

Rivista mensile - Anno IX, Numero 3

maggio
2019

MEDIA APPALTI

Il criterio al minor prezzo può essere applicato anche nei casi di servizi e forniture ad alta intensità di manodopera, a condizione che i medesimi abbiano caratteristiche standardizzate o le cui condizioni siano definite dal mercato. Analisi, presupposti, orientamenti recenti del Consiglio di Stato e dubbi interpretativi. Il decreto legge 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. "Sblocca cantieri")

Dei rapporti tra il responsabile unico del procedimento e la commissione di gara

Prime note sulle modifiche al subappalto apportate dal decreto "sblocca-cantieri"

"Guida pratica in materia di appalti pubblici"

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

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

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

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

Media
Graphic





**approfondimento
aggiornamento
giurisprudenza
informazione
consulenza
normativa**

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

**maggio
2019**

Sicurezza al ribasso

Il primo maggio abbiamo celebrato la Festa del Lavoro, il 28 aprile la Giornata Mondiale della Salute e della Sicurezza sul Lavoro.

Di lavoro non si può parlare senza riflettere sulla sicurezza. "Il lavoro – ha detto l'Arcivescovo di Campobasso e Bajano Giancarlo Bregantini – deve essere un'opportunità per affermare la dignità della persona e la sua capacità di collaborare all'opera creativa di Dio". Dignità. Una delle parole che più abbiamo ascoltato nei discorsi pronunciati in occasione della festa del lavoro. Dignità significa essere fieri di se stessi, di quello che si è e di quello che si fa. Purtroppo, non la si ottiene facilmente.

Spesso non dipende dalla propria volontà. Per il lavoro è qualcosa completamente dipendente dai terzi. Dai datori di lavoro. Dal sistema politico e sociale nel quale si vive. La dignità del lavoro è

la somma di vari aspetti. Innanzitutto bisogna avere un lavoro. Avuto questo, è necessario che sia remunerato in maniera congrua, che sia svolto in un numero limitato di ore giornaliere, che sia eseguito in condizioni di sicurezza. Non c'è dignità in un lavoro svolto in presenza di fattori di rischio. Soffermiamoci su quest'ultimo aspetto.

I dati prodotti dall'Inail per i primi mesi del 2019 non sono confortanti. Gennaio, febbraio e marzo seguono lo stesso trend del 2018: 100.290 infortuni sul lavoro, 121 morti bianche, 9337 casi di malattie professionali. Gli infortuni sono aumentati del +4,33% rispetto allo stesso periodo del 2018. Decessi e malattie sono allineati al 2018.

Le vittime appartengono in maniera indistinta al mondo del lavoro privato, del lavoro pubblico, degli appalti pubblici.

“Di lavoro purtroppo si continua a morire perché questi numeri evidenziano come in questi anni non si è fatto abbastanza per costruire una solida cultura della prevenzione dei rischi nei datori di lavoro e nei lavoratori. Da una parte si fatica a vedere la sicurezza come un valore aggiunto, un investimento, e dall'altra non si dimostra sufficientemente matura la consapevolezza dei rischi presenti all'interno di un ambiente di lavoro”.

È il commento del Presidente dell'Anmil Franco Bettoni.

La sicurezza sul lavoro deve essere intesa come un investimento e non come un costo. Fino a quando sarà considerata un costo, sarà trattata come tale: come qualcosa da eliminare.

A rischiare che si agisca in questo modo potrebbero essere i lavoratori che opereranno nell'ambito di lavori pubblici al di sotto della soglia comunitaria.

Secondo lo “Sblocca Cantieri” devono essere affidati con il criterio del minor prezzo. Una corsa al ribasso che nasconde, anche in maniera poco efficace, prassi che mettono a rischio la qualità dell'opera e la qualità delle condizioni di lavoro.

L'impresa opera per ottenere un profitto. E non vi rinuncerà se dovesse proporsi di lavorare “sottocosto”. In qualche modo dovrà ottenere il suo utile. Da qualche parte deve risparmiare. Si tagliano i costi.

Tra la voce costi, i costi della sicurezza sul lavoro.

Ci sono due modi per ridurli: in maniera diretta se non vengono utilizzati tutti i dispositivi e le procedure di sicurezza adeguati; indirettamente se, ad esempio, per ridurre i tempi di esecuzione dell'opera venissero imposti turni più lunghi o comunque se venissero imposte condizioni che mettano sotto stress il lavoratore.

Anche quest'ultima “soluzione” è un fattore di rischio per la sicurezza sul lavoro. Un lavoratore demotivato è distratto. E la scarsa concentrazione potrebbe indurlo ad eseguire operazioni che mettano in pericolo la propria e l'altrui incolumità.

Se parliamo di investimenti è diverso. Si investe perché ciò che viene investito produrrà benefici. Si dovrebbe parlare quindi di investimenti in sicurezza sul lavoro. Se si investe in sicurezza, si promuove il benessere del lavoratore. Creare un ambiente di lavoro sano permette di avere operai più attenti e produttivi. Se si investe in sicurezza sul lavoro si riducono i costi (questa volta sì che sono costi) che si dovranno sopportare nel caso in cui si verificano incidenti sul lavoro. Costi economici, di giustizia amministrativa e penale.

Nel discorso pronunciato in occasione della Festa del Lavoro Sergio Mattarella ha detto che “riqualificare il lavoro, creare buon lavoro, assicurare ai giovani un futuro adeguato si impone come una priorità nazionale su cui far convergere le energie del Paese”. Ha affermato che si devono “orientare gli investimenti pubblici in modo che accrescano la competitività sui mercati non meno della qualità della vita”.

Il ritorno al prezzo più basso per i “sotto soglia”, reintroduce un sistema di assegnazione che potrebbe mettere in discussione i buoni propositi auspicati dal Presidente della Repubblica. Un sistema in precedenza abolito a favore di un meccanismo che premiava l'offerta economicamente più vantaggiosa, che teneva conto dell'affidabilità dei candidati e che dava al prezzo un peso che non superava il 30%. Sembrava la strada giusta.

E infatti è rimasta per i lavori al di sopra della soglia europea. Per i sottosoglia si è preferito puntare su una accelerazione delle procedure. Ma la velocità non è quasi mai sinonimo di qualità. Lo si era capito. E lo si è dimenticato.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

Sicurezza al ribasso

4

In evidenza

Dei rapporti tra il responsabile unico del procedimento e la commissione di gara

7

Sotto la lente

Il criterio al minor prezzo può essere applicato anche nei casi di servizi e forniture ad alta intensità di manodopera, a condizione che i medesimi abbiano caratteristiche standardizzate o le cui condizioni siano definite dal mercato. Analisi, presupposti, orientamenti recenti del Consiglio di Stato e dubbi interpretativi. Il decreto legge 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. "Sblocca cantieri")

12

Hanno collaborato a questo numero:

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

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

Avv. Ilenia Paziani
Esperta in materia di appalti pubblici

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Avv. Francesca Scura
Avvocato amministrativista, esperto 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

Avv. Riccardo Gai
Esperto in materia di appalti pubblici

Avv. Ilenia Filippetti - Avvocato, Responsabile della Sezione Monitoraggio appalti di servizi e forniture della Regione Umbria, Presidente dell'Associazione Forum Appalti

Avv. Giuseppe Totino
Esperto in infrastrutture e contratti pubblici

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in appalti pubblici

Il Punto

Il nuovo regime delle riserve dell'appaltatore alla luce del DM 49 del 7 marzo 2018 n. 49: spunti di riflessione ad un anno dall'entrata in vigore del decreto

18

L'Adunanza plenaria sulle conseguenze del deficit di corrispondenza tra il requisito di qualificazione dichiarato e posseduto e la quota dei lavori assunta nell'ambito di un r.t.i.

26

Vincolatività dell'offerta e autotutela della stazione appaltante prima della firma del contratto

34

L'esclusione dalla gara per gravi illeciti professionali: conseguenze delle dichiarazioni rese in sede di partecipazione dai concorrenti

43

Prime note sulle modifiche al subappalto apportate dal decreto "sblocca-cantieri"

50

Pareri & Sentenze

57

A Domanda Rispondiamo

63

In pillole

67

Osservatorio sulla Corte dei Conti

Dei rapporti tra il responsabile unico del procedimento e la commissione di gara

di Stefano Usai

IN
EVIDENZA

Premesse

La nuova posposizione sull'entrata in vigore della dinamica dell'Albo dei commissari di gara (art. 78 del codice e linee guida n. 5 dell'ANAC) - giusta comunicazione del Presidente dell'autorità anticorruzione del 10 aprile di differimento della vigenza dell'albo dei commissari per 90 giorni dal 15 aprile 2019 -, ripropone la questione della nomina dell'organo collegiale e dei rapporti tra questo ed il RUP della stazione appaltante. Tanto nel caso in cui questo soggetto faccia parte del collegio (ai sensi del comma 4, articolo 77, del codice) tanto nel caso in cui non sia stato inserito nel collegio.

Per subito chiarire l'ambito dell'analisi - su come siano distribuite le competenze (e gli obblighi correlati)

tra i due organi fondamentali del procedimento contrattuale - è bene da subito sottolineare che la commissione ha il ruolo di valutatore dell'offerta. Solo in casi residuali - e soprattutto in questo momento transitorio - è possibile affidare qualche funzione anche di controllo (es. verifica formale dei plichi/ domande di partecipazione alla competizione).

La funzione del RUP, invece, è essenzialmente una funzione di controllo non solo sull'operato della commissione di gara (nel caso di appalto da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) e del seggio di gara (nel caso di appalto da aggiudicarsi al minor prezzo), ma anche delle restanti operazioni e conseguenti provvedimenti da adottare

Quella del RUP, invece, è essenzialmente una funzione di controllo non solo sull'operato della commissione di gara (nel caso di appalto da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) e del seggio di gara (nel caso di appalto da aggiudicarsi al minor prezzo), ma anche delle restanti operazioni e conseguenti provvedimenti da adottare (si pensi al caso delle ammissioni ed

esclusioni dal procedimento).

1. La questione della nomina della commissione di gara nel periodo transitorio

La posposizione dell'entrata in vigore dell'albo dei commissari di gara conferma la perdurante validità della norma transitoria indicata nel comma 12 dell'articolo 216 del codice.

Pertanto, la stazione appaltante è tenuta a chiarire anticipatamente in che modo intende procedere per la costituzione dei collegi secondo regole di trasparenza e competenza che ciascun RUP è tenuto a rispettare nel momento in cui propone la nomina al proprio dirigente/responsabile del servizio (salvo che le due figure non coincidano).

Nel bando di gara – secondo le indicazioni contenute nelle linee guida n. 5 ancora in vigore nonostante l'adozione del decreto legge 32/2019 (c.d. Sblocca Cantieri) entrato in vigore il 19 aprile 2019 che elimina parzialmente l'esperienza delle linee guida (sopprimendo il potere dell'ANAC di adottare linee guida in tema di RUP e nell'ambito del sotto soglia comunitario) – il RUP avrà cura di indicare, come si vedrà meglio più avanti, una serie di informazioni sulla composizione, sulla scelta del presidente e sulle funzioni/compiti.

Sulla composizione è bene annotare che non esiste – nel periodo transitorio – alcuna preclusione alla nomina di componenti interni.

Ciò che il RUP dovrà evitare è la circostanza delle incompatibilità: se qualche commissario è stato coinvolto attivamente nella predisposizione degli atti (o, evidentemente, risulta coinvolto personalmente) non potrà far parte del collegio a pena dell'annullamento – innanzi al giudice amministrativo – di ogni atto compiuto).

È, ovviamente, di importanza fondamentale chiarire se la commissione abbia solo compiti di valutazione e/o sia stata incaricata di altri compiti che, in assenza di diversa specificazione, competono sicuramente al responsabile unico del procedimento.

2. La funzione della commissione di gara

Secondo il codice dei contratti pubblici la commissione giudicatrice è responsabile della valutazione delle offerte tecniche ed economiche. Per l'ANAC, la stazione appaltante può prevedere ulteriori adempimenti per la commissione, purché questi siano indicati – come si diceva – nella documentazione di gara.

Tra questi sono ipotizzabili forme di ausilio al RUP nella valutazione della congruità delle offerte tecniche, rimessa a quest'ultimo dalle Linee guida n. 3. Si allude in particolare all'esame della potenziale anomalia dell'offerta.

In questo caso, il RUP può chiedere il supporto della commissione di gara oppure dell'ufficio ad hoc (se costituito all'interno della stazione appaltante) o richiedere la nomina di una specifica commissione (sempre che si dimostri che la commissione di valutazione non abbia la professionalità sufficiente né questa professionalità può essere reperita all'interno della stazione appaltante). È da ritenere possibile, ma come *estrema ratio* anche la nomina di esperti. È chiaro che nel momento in cui il RUP si determini a proporre al proprio responsabile l'incarico e/o nomina di esperti, tale determinazione dovrà avere una adeguata motivazione (considerate le implicanze erariali).

Alla commissione di gara – secondo l'autorità anticorruzione – non possono essere attribuiti compiti di amministrazione attiva, che competono al RUP. Rientrano in questi compiti, non attribuibili al collegio, l'esercizio del potere e l'adozione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione.

Nel periodo transitorio – in assenza di riferimenti specifici al netto delle indicazioni dell'ANAC (comunque valide come parametri virtuosi, o in certi casi come prassi vincolante – si pensi ai bandi tipo per gli enti locali) – è ipotizzabile che la commissione di gara possa avere anche compiti di amministrazione attiva.

È bene, però, che ciò risulti chiaramente esplicitato nel bando di gara o atto omologo. In assenza di tali indicazioni è bene che tali prerogative vengano esercitate dal RUP.

Sulle competenze, più in dettaglio, qualche perplessità si pone per la possibilità della commissione di gara di attivare il soccorso istruttorio integrativo che dovrebbe essere demandato al RUP.

Per quanto concerne il soccorso meramente specificativo (si pensi alla necessità di chiarire alcuni aspetti formali delle offerte tecnico/economiche), si può ritenere che tali prerogative – per evitare lungaggini procedurali – possano essere esercitate direttamente dal presidente della commissione di gara. In ogni caso anche questo aspetto ben potrebbe essere disciplinato nel bando/atto omologo.

Secondo l'ANAC è opportuno che vengano anche previamente specificati i criteri per la scelta del Presidente. Questo anche nel periodo transitorio (la circostanza sarà obbligatoria una volta entrata in vigore la dinamica della scelta dall'albo dei commissari).

Tra questi criteri possono essere previsti quello della competenza, la valutazione dei *curricula*, gli anni di esperienza maturati o il sorteggio;

Negli atti di gara sarà necessario indicare anche la durata prevista per i lavori della commissione giudicatrice, numero di sedute, pubbliche o riservate, previste per la commissione e i mezzi tecnici necessari per consentire ai commissari che ne facciano richiesta di lavorare a distanza, in modo da assicurare la riservatezza delle comunicazioni.

3. I compiti della commissione

In relazione ai compiti – e ciò risulta espressamente chiarito nelle linee guida n. 5 dell'ANAC (non incise, come detto, dal decreto legge 32/2019 c.d. Sblocca Cantieri) -, in generale, il collegio:

1. è tenuto ad aprire, in seduta pubblica (la deroga è consentita nelle dinamiche telematiche), i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica dell'integrità e della presenza dei documenti richiesti nel bando di gara ovvero della lettera

di invito.

Tale prerogativa compete alla commissione in via generale, è altresì vero - sempre che sia stato specificato nel bando di gara o atto omologo – che la stazione appaltante possa assegnare tale incombenza ad un seggio di gara presieduto dal RUP o da soggetto da questo incaricato.

Qualora tale compito venga affidato alla commissione (e ciò vale anche nel caso in cui venga assegnato ad un seggio), il collegio predisporrà un apposito verbale delle operazioni con le ammissioni/esclusioni rimettendolo al RUP per l'adozione, previo controllo, dei provvedimenti conseguenti.

Da notare che il recentissimo decreto legge n. 32/2019 ha profondamente modificato l'articolo 29 del codice dei contratti abrogando le disposizioni che esigevano la pubblicazione dei provvedimenti di esclusione/ammissione nel sito della stazione appaltante (amministrazione trasparente) entro due giorni dall'adozione per far decorrere i termini del c.d. rito superaccelerato (impugnazione degli atti entro trenta giorni). Ora tale dinamica, a far data dal 19 aprile 2019 è stata soppressa.

2. in una o più sedute riservate, o lavorando da remoto attraverso uno specifico canale telematico che assicuri l'autenticità nonché la riservatezza delle comunicazioni, la commissione è tenuta a valutare le offerte tecniche con conseguente assegnazione dei relativi punteggi applicando i criteri e le formule indicati nel bando o nella lettera di invito;

Tali operazioni, evidentemente, di importanza cruciale sono oggetto di controllo dal RUP che, secondo la giurisprudenza, è tenuto ad entrare nel merito delle operazioni verificando non solo l'aspetto formale.

Questa forma di controllo è sostanziale, nel senso che se il responsabile unico del procedimento si avvedesse di errori commessi (sia nella fase di valutazione) sia nella stessa fase di applicazione dei criteri è tenuto a segnalare formalmente tali criticità alla stessa commissione di gara non potendo adottare provvedimenti in sostituzione del collegio.

È molto importante che il RUP non si ingerisca nei

compiti della commissione in quanto, in questa fase, la sua funzione – si ripete – è di mero controllo. Ecco perché sarebbe opportuno che il RUP rivestisse, più che il ruolo di commissario, il ruolo di segretario verbalizzante dei lavori della commissione in modo da segnalare in tempo reale ogni possibile deviazione dalle indicazioni declinate nel bando di gara o atto omologo.

3. successivamente, in seduta pubblica, la commissione è tenuta a dare lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procedendo alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche e, data lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse;

4. di seguito, la commissione, procede alla individuazione delle offerte che superano la soglia di anomalia di cui all'art. 97, comma 3 del codice dei contratti pubblici ovvero indica al RUP le offerte che, secondo quanto previsto dall'art. 97, comma 6 del codice dei contratti pubblici (e quindi in relazione ai minimi salariali o in tema di oneri della sicurezza) appaiono, sulla base di elementi specifici, potenzialmente anomale, ferma restando la facoltà del RUP di decidere al riguardo.

4. I compiti di controllo del RUP

La fase cruciale del procedimento di assegnazione dell'appalto quindi – ovvero la valutazione delle offerte tecnico/economiche – è rimessa esclusivamente alla commissione di gara (cfr. Tar Lombardia, Brescia, sez. II, n. 906/2018). Sul potere "consumato" da parte del collegio deve esplicitarsi, però, la funzione di controllo e verifica da parte del RUP.

Questa distinzione è, ovviamente, fondamentale e in nessun modo la stazione appaltante può apportarvi delle deroghe.

Anche qualora assegnasse dei compiti di amministrazione attiva al collegio (almeno nel periodo transitorio) è opportuno che su questi mantenga ferma la prerogativa del controllo da parte del responsabile unico del procedimento.

In questo senso, abbastanza chiaramente, si è espresso il Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza n. 5863/2018.

Come si diceva sopra, la fase di competenza della commissione di gara, nel momento in cui giunge alla individuazione di ipotesi potenziale anomalia si "sospende" con invio degli atti al RUP ai fini delle valutazioni

necessarie sulla congruità/correttezza delle offerte.

A tal proposito, secondo l'ANAC - sia con le linee guida sia con i bandi tipo - nonchè secondo la giurisprudenza, è assodato che il compito di valutare la potenziale anomalia è rimessa al responsabile unico del procedimento.

L'assegnazione di tale incombenza alla commissione di gara, a parere di chi scrive, potrebbe risultare pericolosa (ed è meglio evitarla).

È forse ammissibile nel periodo transitorio e sempre che il bando lo chiarisca, ma – sotto il profilo pratico/operativo – è bene che tali competenze rimangano in capo al RUP che è tenuto anche ad adottare i provvedimenti di esclusione e/o comunque ad esercitare il correlato potere con la predisposizione della proposta al proprio responsabile del servizio (nel caso, ad esempio degli enti locali, in cui il RUP non coincida con il dirigente/responsabile del servizio).

Il recentissimo decreto legge n. 32/2019 ha profondamente modificato l'articolo 29 del codice dei contratti abrogando le disposizioni che esigevano la pubblicazione dei provvedimenti di esclusione/ammissione nel sito della stazione appaltante (amministrazione trasparente) entro due giorni dall'adozione per far decorrere i termini del c.d. rito superaccelerato (impugnazione degli atti entro trenta giorni). Ora tale dinamica, a far data dal 19 aprile 2019 è stata soppressa.



5. La proposta di aggiudicazione

L'operato della commissione di gara si esaurisce, quindi, "soltanto con l'approvazione del suo operato da parte dei competenti organi dell'amministrazione appaltante, mediante adozione del provvedimento di aggiudicazione" (in questo senso la sentenza del Tar Lazio, Roma sez. II-ter n. 5613/2017).

Fino a quando non intervenga tale approvazione la commissione rimane "titolare" di poteri di controllo, ritiro dei propri atti/operazioni compiute.

Il controllo, come si diceva, è esercitato dal RUP che è tenuto a predisporre la proposta formale di aggiudicazione dell'appalto al proprio responsabile di servizio (sempre che non coincida con questo soggetto).

Nella fase di redazione della proposta, quindi, sarà tenuto a svolgere ogni tipo di controllo anche nel merito sulle operazioni compiute dall'organo collegiale. Non può, come detto, adottare però atti che incidano sulle prerogative della commissione ad esempio non potrebbe riformulare la valutazione e/o dichiarare non aggiudicatario il soggetto che, secondo la commissione, risulti tale.

Il controllo del RUP può essere assimilato, piuttosto, ad una sorta di controllo di legittimità sull'operato della commissione e, in caso di deviazione dal modello teorico che il collegio è tenuto a seguire, dovrà limitarsi a reinviare gli atti allo stesso evidenziando le perplessità e/o gli errori potenziali riscontrati.

A questo rinvio, la commissione dovrà valutare/decidere come "replicare". In caso di conferma del proprio operato e del mantenimento da parte del RUP della propria posizione è chiaro che arbitro

del procedimento è direttamente il dirigente/responsabile del servizio che dovrà adottare la decisione finale.

L'atto "conclusivo" del procedimento, pertanto, è l'atto che compete al RUP ovvero la proposta di aggiudicazione o di non aggiudicazione, per il proprio dirigente/responsabile del servizio.

L'operato della commissione di gara si esaurisce, quindi, "soltanto con l'approvazione del suo operato da parte dei competenti organi dell'amministrazione appaltante, mediante adozione del provvedimento di aggiudicazione" (in questo senso la sentenza del Tar Lazio, Roma sez. II-ter n. 5613/2017).



Atto che un volta confermato (con determina di aggiudicazione) ha il valore dell'aggiudicazione pur non ancora efficace considerato il condizionamento (dell'efficacia) alla verifica sul possesso dei requisiti generali e speciali richiesti, eventualmente, dalla stazione appaltante. Controllo, naturalmente, che compete al RUP.

Il criterio al minor prezzo può essere applicato anche nei casi di servizi e forniture ad alta intensità di manodopera, a condizione che i medesimi abbiano caratteristiche standardizzate o le cui condizioni siano definite dal mercato.

Analisi, presupposti, orientamenti recenti del Consiglio di Stato e dubbi interpretativi.

Il decreto legge 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. “Sblocca cantieri”)

di Beatrice Corradi

SOTTO
LA
LENTE

1. Inquadramento giuridico

L'art. 95 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (a seguito delle modifiche introdotte dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56) stabilisce che <<Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla

base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96>>(comma 2).

Il comma successivo elenca una serie di contratti che <<Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo>>; fra questi, <<i contratti relativi [...] ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a)>> (comma 3, lett. a)).

Infine, la medesima disposizione prevede che possa <<[...] essere utilizzato il criterio del minor prezzo>>, [...] per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato>> invece la disposizione che lo prevedeva per <<[...] i servizi e le forniture di importo fino a 40.000 euro, nonché per i servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro e sino alla soglia di cui all'articolo 35 solo se caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo>> (comma 4, lett. b) e c)), è stata ora abrogata dal decreto legge 18 aprile 2019, n. 32 (Sblocca cantieri).

Il D.lgs. n. 50/2016 – come modificato, a suo tempo, dal c.d. correttivo del 2017 – ha sancito, in linea di massima, la preminenza del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, incentrato sul rapporto qualità-prezzo, da utilizzarsi obbligatoriamente per talune categorie ex art. 95 comma 3:

1. i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall'art. 50 comma 1, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a);
2. i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro;
3. **i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo (di nuova introduzione, come previsto dal citato decreto).**

L'art. 1, comma 1, lett. gg), della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 per i contratti relativi (tra gli altri) ai servizi "ad alta intensità di manodopera", precisa, infatti, quale criterio direttivo, che l'aggiudicazione debba avvenire "esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, escludendo in ogni caso l'applicazione del solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo

più basso o del massimo ribasso d'asta".

Numerosa giurisprudenza si è poi così orientata (cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014, T.A.R. Liguria, sez. II, 21 novembre 2018, n. 908; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 30 luglio 2018, n. 1872; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 20 aprile 2018, n. 434; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 19 febbraio 2018, n. 389). L'analisi della questione tuttavia mette in risalto la situazione dibattuta e controversa che si è formata nella complessiva giurisprudenza di settore.

Il criterio del prezzo più basso, è previsto per le ipotesi contemplate dall'art. 95, comma 4, lettera b) secondo cui può essere utilizzato, indipendentemente dalla soglia economica, per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato e, secondo il decreto cd. "sblocca cantieri", per i contratti sotto soglia, tranne in alcune fattispecie contrattuali.

L'art. 95 comma 3 definisce, quindi, quali contratti sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata, sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

Tuttavia è da evidenziare che proprio il decreto legge 18 aprile 2019, n. 32 (cd. Sblocca cantieri) all'art. 1 (modifiche al codice dei contratti), punto 7) con riferimento all'art. 36 del Codice degli appalti, recita: "dopo il comma 9, è aggiunto il seguente: "fatto salvo quanto previsto all'art. 95, comma 3, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei contratti di cui al presente articolo sulla base del criterio del minor prezzo ovvero, previa motivazione, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa". Questo con riferimento ai contratti sotto soglia.

A fronte del nuovo comma 9 bis dell'art. 36, il criterio del minor prezzo pare costituire la regola per gli appalti sotto soglia, dovendo l'Amministrazione motivare, invece, la scelta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'obbligo persiste per

quest'ultimo criterio, non occorrendo quindi motivazione per la relativa adozione, con solo riferimento ai contratti come descritti all'art. 95 comma 3, data l'esigenza di valutarne, in questo caso, la qualità in considerazione della natura intellettuale, innovativa, tecnologica o del bene da curare – in riferimento a servizi sociali, di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica – della relativa prestazione.

Le gare sotto soglia presuppongono, a questo punto, una procedura ispirata ad una maggiore semplificazione e negli adempimenti a fronte del criterio di aggiudicazione, come se in tali casi l'elemento economico fosse l'unico parametro di valutazione necessario, tanto da dover

motivare l'eventuale ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per garantire e tutelare la celerità nella procedura da esperire, considerata finalità prioritaria.

2. Gli orientamenti giurisprudenziali presenti fino ad oggi relativamente alla presenza dell'elemento dell'alta intensità di manodopera e delle caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato

Il parere reso dal Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo recante "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione", evidenzia la <<manifesta preferenza delle direttive e della legge delega>> per il criterio dell'offerta

economicamente più vantaggiosa (cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., 1 aprile 2016, n. 855).

Nel citato parere si evidenziava l'aspetto che i contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture sono una voce significativa della spesa pubblica, con la duplice implicazione di costituire una leva importante della politica economica e sociale di un Paese, e di essere particolarmente sensibili a pratiche corruttive e fenomeni di inquinamento del mercato. Nella disciplina dei contratti pubblici occorre quindi coniugare apertura del mercato, flessibilità e semplificazione burocratica con la tutela dei valori di trasparenza. La giurisprudenza ha quindi ben esplicitato i timori che una competizione basata unicamente sul prezzo possa determinare

A fronte del nuovo comma 9 bis dell'art. 36, il criterio del minor prezzo pare costituire la regola per gli appalti sotto soglia, dovendo l'Amministrazione motivare, invece, la scelta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'obbligo persiste per quest'ultimo criterio, non occorrendo quindi motivazione per la relativa adozione, con solo riferimento ai contratti come descritti all'art. 95 comma 3, data l'esigenza di valutarne, in questo caso, la qualità in considerazione della natura intellettuale, innovativa, tecnologica o del bene da curare – in riferimento a servizi sociali, di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica – della relativa prestazione.

"esternalità negative", quali l'impiego di manovalanza non specializzata, di prodotti a basso costo, di minor qualità del servizio reso all'Amministrazione, scaricando sulla collettività il costo in termini di inquinamento, abbassamento del tenore di vita dei lavoratori, mancato sviluppo delle imprese di settore (arg. ex T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 4 maggio 2018, n. 5023).

La sentenza del Tar Veneto, Venezia, Sez. III, 13 novembre 2017, ha, tra l'altro, affermato che: "se è vero, infatti, che l'art. 95, III comma del D.Lgs n. 50/2016 stabilisce che sono aggiudicati esclusivamente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa "i contratti relativi... ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1" (e cioè "quelli nei quali il costo della manodopera è pari

almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto"), è altresì vero che il successivo IV comma consente l'aggiudicazione con il criterio del minor prezzo, tra l'altro, per l'affidamento di "servizi e forniture di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo".

Alcuni orientamenti giurisprudenziali hanno quindi gettato le basi per le nuove disposizioni adottate dal decreto "sbocca cantieri", che non considera più un'eccezione il criterio del prezzo più basso.

Anche il Cons. Stato, sez. III, 13 marzo 2018, n. 1609 ha osservato che sebbene la legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 ed il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sulla scia delle direttive del 2014, pongono una tendenziale preferenza per l'aggiudicazione tramite il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, tuttavia il cit. art. 95, comma 4, lett. b), espressamente consente, in via di eccezione, che "per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato" possa farsi l'applicazione del criterio del "minor prezzo".

Tale indicazione – ha osservato il Consiglio di Stato nella sopra citata sentenza – è finalizzata a garantire una significativa accelerazione della procedura soprattutto quando le prestazioni:

- non devono assolutamente differire da un esecutore ad un altro;
- data la natura dei servizi e forniture, le medesime sono strettamente vincolate a precisi ed inderogabili standard tecnici o contrattuali, e per le quali non vi è alcuna reale necessità di dar luogo

all'acquisizione di offerte differenziate. In tali casi può prescindersi da una peculiare e comparativa valutazione della qualità dell'esecuzione, in quanto questa è fissata inderogabilmente a priori dal committente nell'allegato tecnico;

- non comportano un'autonoma valutazione e valorizzazione degli elementi non meramente economici delle offerte, perché queste, proprio perché strettamente assoggettati allo standard, devono assolutamente coincidere tra le varie imprese.

Tale argomentazione introduce una ulteriore riflessione: la difficoltà di ricostruzione del rapporto fra il comma 3 ed il comma 4 dell'art. 95 decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 discende, verosimilmente, dal fatto che il legislatore, nel confezionare le disposizioni in esame, ha preso in considerazione delle tipologie astratte e stereotipate di contratti aventi però connotazione omogenea, senza considerare la possibilità che

il singolo contratto può riunire in sé una pluralità di caratteristiche (ad. es. essere ad alta intensità di manodopera e standardizzato allo stesso tempo) e, dunque, risultare a connotazione eterogenea.

Il ricorso al criterio di aggiudicazione del minor prezzo, presuppone che l'affidamento del servizio abbia caratteristiche ripetitive ed altamente standardizzate e che il medesimo sia privo quindi

per definizione di originalità e di discrezionalità nel modus operandi degli esecutori.

In virtù del rapporto di complementarità esistente tra i commi 3 e 4 dell'art. 95 del D. Lgs. 50/2016, si ritiene che la disposizione derogatoria del quarto comma dell'art. 95 consenta di aggiudicare, quindi, l'appalto con il criterio del minor prezzo (Tar Veneto febbraio 2019). Tra l'altro, medesima giurisprudenza ha poi affermato che l'art. 95

Per i contratti con caratteristiche standardizzate non vi è alcuna ragione né utilità di far luogo ad un'autonoma valutazione e valorizzazione degli elementi non meramente economici delle offerte, perché queste, proprio perché strettamente assoggettati allo standard, devono assolutamente coincidere tra le varie imprese (Cons. Stato, sez. III, 13 marzo 2018, n. 1609).

del D.Lgs. 50/2016 non prevede un onere motivazionale "rafforzato" in capo alla stazione appaltante, osservando che le Linee Guida n. 2 ANAC, delibera 21 settembre 2016, n. 1005, sono del tutto ininfluenti (cfr Tar Veneto febbraio 2019) rispetto, ovviamente, al dettato normativo.

Quest'ultima interpretazione è stata poi confermata dal decreto cd. "sblocca cantieri", introducendo, mediante una norma, l'obbligo di motivazione per l'offerta economicamente più vantaggiosa (fatto salvo quanto previsto all'art. 95, comma 3 del decreto legislativo 50/2016).

L'Anac, con parere di precontenzioso del 19 gennaio 2019, ha poi affermato che, tenuto conto della giurisprudenza secondo cui nel regime introdotto dal d.lgs. n. 50 del 2016, alle amministrazioni appaltanti è riconosciuta una certa discrezionalità nella scelta del criterio di aggiudicazione ritenuto maggiormente rispondente alle proprie esigenze di approvvigionamento, il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso può essere utilizzato, in particolare, quando le caratteristiche della prestazione da eseguire sono già ben definite dalla stazione appaltante nel capitolato d'oneri, in cui sono previste tutte le caratteristiche e condizioni della prestazione e, pertanto, il concorrente deve solo offrire un prezzo (Tar Emilia Romagna, 23 ottobre 2018, n. 783; Tar Lazio, 7 agosto 2017, n. 9249). Dal momento che il capitolato tecnico descrive, quindi, nel dettaglio le caratteristiche dei singoli prodotti oggetto della fornitura, la scelta del criterio di aggiudicazione del minor prezzo non apparirà immotivata.

3. La recente sentenza del Consiglio di Stato Sez. 3[^] - 5 febbraio 2019, n. 882

Con la sentenza del Consiglio di Stato Sez. 3[^] - 5 febbraio 2019, n. 882, è rimesso all'adunanza plenaria il quesito se il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, tra il comma 3 lettera a del d.lgs. n. 50/2016 (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali, quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 lettera b (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali quello dei servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato), vada incondizionatamente declinato nei termini di specie a genere, con la conseguenza per cui, ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3, debba ritenersi, comunque, predicabile un obbligo cogente ed inderogabile di adozione del criterio dell'o.e.p.v.

Il TAR Toscana con sentenza n. 18 del 2018 ha attribuito valore dirimente, alla circostanza che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un appalto costituisce espressione tipica della discrezionalità della stazione appaltante, incidente sul merito dell'azione amministrativa e sindacabile nei soli limiti della manifesta illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza o macroscopico travisamento del fatto.

Nell'economia di tale diversa ed alternativa ricostruzione, il profilo del servizio standardizzato costituirebbe, dunque, un elemento "particolarmente" specializzante, di per stesso idoneo a giustificare, nell'impianto regolatorio dell'articolo 95 del codice dei contratti, lo scorporo dalla previsione operativa di cui al comma 3.

In altri termini, l'elemento della "standardizzazione" consentirebbe di isolare,

all'interno del più ampio *genus* dei servizi caratterizzati dall'alta intensità di manodopera, un particolare sottoinsieme che il legislatore, in virtù di tali peculiari caratteristiche che connoterebbero la prestazione come tendenzialmente infungibile dal punto di vista tecnico/qualitativo, avrebbe inteso sottoporre a disciplina differenziata.

Il suddetto approdo conduce, dunque, alla conclusione secondo cui gli appalti caratterizzati da alta intensità di manodopera vanno inseriti nella previsione di cui al comma 3 lettera a) dell'articolo 95 comma 3 del d.lgs. 50/2016, e dunque restano soggetti al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a meno che, pur essendo contrassegnati dal suddetto profilo caratterizzante (alta intensità di manodopera), non evidenzino anche l'aggiuntiva caratteristica della cd. standardizzazione della prestazione, dovendosi, in tale caso, fare applicazione del comma 4 lett. b) con conseguente possibilità di applicazione del criterio del minor prezzo.

Il Consiglio di Stato, in sede consultiva (nell'ambito della Commissione speciale costituita con d.p.c.s. dell'11 settembre 2017), chiamato ad esprimere il proprio avviso sullo schema di linee guida per l'affidamento del servizio di vigilanza privata (parere n. 1173/2018 del 3.5.2018), dopo aver riportato la posizione dell'ANAC, secondo cui "il rapporto fra comma 3 (ricorso all'OEPV per gli appalti ad alta intensità di manodopera) e comma

4 del predetto articolo 95 (possibilità dell'utilizzo del minor prezzo negli specifici casi contemplati) sarebbe di specie a genere ..", ha così, sul punto, concluso "..questo Consesso rileva solo la confusione tra "genere" e "specie" contenuta

nell'ultimo capoverso di pag. 11 dello schema di linee guida", lasciando così ipotizzare una possibile portata derogatoria della previsione di cui al comma 4.

In conclusione, il quesito che si sottopone all'attenzione dell'Adunanza Plenaria è volto a chiarire se il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, tra il comma 3, lettera a) (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali, quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 lettera b) (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali quello dei servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui

condizioni sono definite dal mercato), vada incondizionatamente declinato nei termini di specie a genere, con la conseguenza per cui, ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3, debba ritenersi, comunque, predicabile un obbligo cogente ed inderogabile di adozione del criterio dell' o.e.p.v.

Questo aspetto va approfondito tenuto conto che con il nuovo decreto, il criterio del prezzo più basso si

applica, in via generale, ai contratti sotto soglia tranne nei casi, tra l'altro, di contratti ad alta intensità di manodopera.

L'elemento della "standardizzazione" consentirebbe di isolare, all'interno del più ampio genus dei servizi caratterizzati dall'alta intensità di manodopera, un particolare sotto insieme che il legislatore, in virtù di tali peculiari caratteristiche che connoterebbero la prestazione come tendenzialmente infungibile dal punto di vista tecnico/qualitativo, avrebbe inteso sottoporre a disciplina differenziata.



Il nuovo regime delle riserve dell'appaltatore alla luce del DM 49 del 7 marzo 2018 n. 49: spunti di riflessione ad un anno dall'entrata in vigore del decreto

di Ilenia Paziani

IL
PUN
TO

Premesse: Brevi cenni sull'istituto delle riserve

Fin dal Regio Decreto n. 350 del 1895, la disciplina degli appalti pubblici ha regolato le modalità con cui l'appaltatore, durante il corso dell'esecuzione del contratto, può avanzare delle pretese nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Si tratta in particolare di richieste ulteriori rispetto ai fatti registrati nei documenti contabili; o, più in generale, di tutti quei fatti che potrebbero avere come effetto quello di determinare la richiesta di indennizzi o altri compensi non previsti originariamente dal contratto.

L'aspetto in questione assume particolare rilevanza nella materia degli appalti pubblici, in quanto gran parte delle controversie tra impresa esecutrice ed Amministrazione traggono essenzialmente origine proprio da tali pretese.

Per far valere queste pretese, l'appaltatore deve presentare una domanda da iscrivere nei documenti contabili (o nel primo documento disponibile) entro un determinato termine.

La mancata proposizione della domanda nei modi e nei termini stabiliti dalla legge o, come si vedrà meglio, secondo le modalità indicate nella *lex specialis* di gara, comporta **la decadenza per l'appaltatore di far valere le proprie pretese, seppur fondate.**

Sicché, per tutelare l'interesse dell'appaltatore a formulare una domanda completa e consapevole, già l'articolo 54 del Regio Decreto n. 350 del 1895 prevedeva la possibilità di **firmare i documenti contabili "con riserva"**.

Impropriamente si tende a parlare di "riserve dell'appaltatore" per indicare la domanda stessa; tuttavia **la riserva costituisce solo lo strumento** attraverso cui la *pretesa* o *domanda* può essere

esplicata dall'appaltatore in un momento successivo rispetto alla firma dei documenti contabili.

La *riserva* non è quindi la domanda in sé; bensì lo strumento attraverso cui l'appaltatore **conserva** il diritto di spiegare la pretesa per quindici giorni (nella disciplina previgente) dalla firma dell'atto contabile.

La *riserva* è dunque strumentale ad assolvere un doppio onere: da un lato di **proposizione**; dall'altro di **esplicazione**.

Ne discende che: laddove l'appaltatore firmi *con riserva*, avrà a disposizione il termine di quindici giorni per esplicitare la domanda; viceversa, scaduto tale termine, ovvero qualora abbia firmato senza riserva, l'appaltatore decadrà dal far valere ogni pretesa, con conseguente accettazione ed accertamento definitivo di quanto riportato nel documento contabile.

Secondo la regola generale, la domanda deve essere iscritta **sul primo atto dell'appalto idoneo a riceverla** (per esempio: un verbale di sospensione dei lavori, il libretto delle misure, il verbale di consegna ecc..) contestuale o immediatamente successivo

al fatto da cui la pretesa trae origine; la domanda deve essere poi **reiterata** nel registro di contabilità ed infine confermata nel conto finale.

Nel caso in cui ciò non avvenga, la domanda si intende rinunciata.

L'unica eccezione a tale regola generale riguarda i casi in cui il presupposto della pretesa aggiuntiva si sia verificato solo successivamente alla firma dei saldi contabili.

Ciò premesso, si evidenzia il contenuto delle possibili pretese che l'appaltatore può far valere nei confronti dell'Amministrazione attraverso lo strumento delle riserve:

- pretese di maggiori corrispettivi rispetto a quelli determinati nella contabilità dei lavori (per esempio: quando l'appaltatore ritenga che siano

state contabilizzate quantità di lavori inferiori a quelle realmente eseguite; ovvero quando alle quantità eseguite siano stati applicati prezzi di elenco inferiori a quelli dovuti);

- pretese connesse a fatti di forza maggiore che rendono più onerosa la prestazione dell'appaltatore rispetto a quella contrattualmente prevista);

- pretese di natura risarcitoria, in quanto traggono origine da comportamenti illeciti dell'amministrazione (es., una sospensione dei lavori illegittima perché conseguente a negligenze dell'ente appaltante).

Secondo la giurisprudenza maggioritaria, per ogni richiesta dell'appaltatore che riguardi maggiori somme rispetto al corrispettivo pattuito incombe

l'onere dell'iscrizione della riserva; tuttavia, tale onere è escluso per le pretese che riguardino l'origine e la stessa vita del contratto (come la risoluzione, l'annullamento ed il recesso).

Sono inoltre escluse: le pretese che traggono origine da fatti illeciti

dell'Amministrazione che non siano direttamente collegate all'esecuzione dell'opera; le pretese che riguardano eventi estranei alla contabilità, come i debiti di valore relativi alla rivalutazione monetaria; ovvero gli interessi legali e moratori derivanti dai ritardi dei pagamenti dei SAL.

La riserva non è la domanda, bensì lo strumento attraverso cui l'appaltatore conserva il diritto ad esporre la propria pretesa



1. Le riserve nel DPR 207/2010: la differenza tra appalti di lavori e di servizi

Prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti Pubblici la disciplina delle riserve era contenuta nella parte II, titolo IX, capo I del DPR 207/2010.

In particolare l'articolo 190 rubricato "Eccezioni e riserve dell'esecutore sul registro di contabilità" stabiliva che «1. Il registro di contabilità è firmato

dall'esecutore, con o senza riserve, nel giorno in cui gli viene presentato.

2. Nel caso in cui l'esecutore, non firmi il registro, è invitato a farlo entro il termine perentorio di quindici giorni e, qualora persista nell'astensione o nel rifiuto, se ne fa espressa menzione nel registro.

3. Se l'esecutore, ha firmato con riserva, qualora l'esplicazione e la quantificazione non siano possibili al momento della formulazione della stessa, egli esplica, a pena di decadenza, nel termine di quindici giorni, le sue riserve, scrivendo e firmando nel registro le corrispondenti domande di indennità e indicando con precisione le cifre di compenso cui crede aver diritto, e le ragioni di ciascuna domanda.

4. Il direttore dei lavori, nei successivi quindici giorni, espone nel registro le sue motivate deduzioni. Se il direttore dei lavori omette di motivare in modo esauriente le proprie deduzioni e non consente alla stazione appaltante la percezione delle ragioni ostative al riconoscimento delle pretese dell'esecutore, incorre in responsabilità per le somme che, per tale negligenza, la stazione appaltante dovesse essere tenuta a sborsare.

5. Nel caso in cui l'esecutore non ha firmato il registro nel termine di cui al comma 2, oppure lo ha fatto con riserva, ma senza esplicitare le sue riserve nel modo e nel termine sopraindicati, i fatti registrati si intendono definitivamente accertati, e l'esecutore decade dal diritto di far valere in qualunque termine e modo le riserve o le domande che ad essi si riferiscono.

6. Ove per qualsiasi legittimo impedimento non sia possibile una precisa e completa contabilizzazione, il direttore dei lavori può registrare in partita provvisoria sui libretti, e di conseguenza sugli ulteriori documenti contabili, quantità dedotte da misurazioni sommarie. In tal caso l'onere dell'immediata riserva diventa operante quando in sede di contabilizzazione definitiva delle categorie

di lavorazioni interessate vengono portate in detrazione le partite provvisorie».

L'articolo 191 individuava invece il contenuto e la forma delle riserve specificando che «1. L'esecutore, è sempre tenuto ad uniformarsi alle disposizioni del direttore dei lavori, senza poter sospendere o ritardare il regolare sviluppo dei lavori, quale che sia la contestazione o la riserva che egli iscriva negli atti contabili.

2. Le riserve sono iscritte a pena di decadenza sul primo atto dell'appalto idoneo a riceverle, successivo all'insorgenza o alla cessazione del fatto che ha determinato il pregiudizio dell'esecutore. In ogni caso, sempre a pena di decadenza, le riserve sono iscritte anche nel registro di contabilità all'atto della firma immediatamente successiva al verificarsi o al cessare del fatto pregiudizievole. Le riserve non espressamente confermate sul conto finale si intendono abbandonate.

3. Le riserve devono essere formulate in modo specifico ed indicare con precisione le ragioni sulle quali esse si fondano. In particolare, le riserve devono contenere a pena di inammissibilità la precisa quantificazione delle somme che l'esecutore, ritiene gli siano dovute.

4. La quantificazione della riserva è effettuata in via definitiva, senza possibilità di successive integrazioni o incrementi rispetto all'importo iscritto».

Come anticipato, tale disciplina confluiva nel titolo IX del DPR 207 rubricato "Contabilità dei lavori" ed era applicabile esclusivamente agli appalti di lavori. Per gli appalti di servizi e di forniture invece, né il regolamento di attuazione n. 207/2010, né il previgente Codice d.lgs. 163/2016 prevedevano alcun rinvio alla disciplina delle riserve.

Vigeva quindi una immotivata ed irrazionale **differenza di trattamento** tra gli appalti di lavori, per i quali le istanze risarcitorie o di oneri aggiuntivi erano ben definite nel modo e nel tempo; e gli appalti di servizi e di forniture per i quali non era prevista alcuna disciplina.

Il DPR 207/2010 ed il d.lgs. 163/2006 non disciplinavano le riserve negli appalti di servizi e di forniture



Ciononostante, vale la pena evidenziare che le disposizioni vigenti prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti Pubblici non prevedevano alcun divieto di contrattualizzazione della disciplina delle riserve negli appalti di servizi e di forniture; sicché le Amministrazioni restavano comunque libere di inserire tali riferimenti all'interno dei contratti.

2. Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici e la disciplina transitoria

Il D.lgs. n. 50/2016 (Nuovo Codice dei Contratti Pubblici) all'articolo 217 comma 1 lett. u) ha previsto l'abrogazione, dalla data di entrata in vigore del Codice (19 aprile 2016), del DPR 207/2010.

Tuttavia, l'articolo 216 prevede espressamente alcune ipotesi di ultrattività del DPR 207/2010 fino alla data di entrata in vigore degli atti attuativi; come è noto infatti il Nuovo Codice per la disciplina di specifici aspetti rinvia a successivi decreti di attuazione o a linee guida.

Per quanto concerne il controllo tecnico, contabile e amministrativo – tra cui rientrano anche le riserve dell'appaltatore - l'articolo 111 del D.lgs. 50/2016, comma 1, stabilisce che con decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti saranno approvate le linee guida che individueranno le modalità e la tipologia di atti attraverso cui il direttore dei lavori effettuerà le attività relative al controllo tecnico, contabile ed amministrativo affinché i lavori siano eseguiti a regola d'arte; saranno inoltre indicate le modalità di svolgimento della verifica di conformità in corso di esecuzione e finale e la relativa tempistica.

Nelle more dell'adozione del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (periodo che avrebbe dovuto essere di 90 giorni, ma che è durato oltre un anno), in virtù delle disposizioni transitorie dell'articolo 216, alla contabilità di

lavori si continuava ad applicare la disciplina prevista dalla Parte II, Titolo IX, capi I e II del DPR 207/2010.

Pertanto, nonostante l'abrogazione, nel periodo intercorrente tra il 19 aprile 2016 (data di entrata in vigore del nuovo Codice) ed il 30 maggio 2018 (data di entrata in vigore del decreto n. 49 del MIT) la contabilità dei lavori risultava ancora disciplinata dal DPR 207/2010.

L'aspetto particolarmente innovativo riguarda però gli appalti di servizi e di forniture.

Come visto, nel vecchio Codice non era previsto alcun rinvio all'istituto delle riserve per gli appalti di servizi e di forniture; al contrario, il comma 2 dell'articolo 111 del d.lgs. 50/2016 stabilisce che nelle more dell'adozione di tale decreto del MIT e fino alla sua data di entrata in vigore, si applica l'articolo 216, comma 17 del d.lgs. 50/2016.

Si tratta appunto della disciplina della contabilità dei lavori, tra cui è incluso anche l'articolo 190 del DPR 2017/2010 sulle riserve dell'appaltatore.

Conseguentemente, tra il 19 aprile 2016 (entrata in vigore del d.lgs. 50/2016) ed il 30 maggio 2018 (entrata in vigore decreto MIT 49/2018) l'articolo 190 del DPR 207/2010 pare applicabile

anche ai contratti di servizi, per espresso richiamo dell'articolo 111, comma 2.

Tale aspetto appare particolarmente rilevante in quanto introduce una parificazione di disciplina non prevista nella vecchia normativa.

D'altra parte, la scelta di uniformare la disciplina delle riserve prevista per gli appalti di lavori a quelli di servizi e di forniture, già nella fase transitoria, risulta pienamente coerente con quanto poi introdotto dal DM n. 49 del 2018.

La disciplina transitoria anticipa l'uniformazione dell'istituto delle riserve tra appalti di lavori e appalti di servizi e di forniture



3. Le riserve nel Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 49 del 7 marzo 2018

Il Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti è entrato in vigore il 30 maggio 2018.

Il DM dedica alle riserve due articoli: l'articolo 9 per i lavori ed l'articolo 21 per i servizi e le forniture.

Entrambe le disposizioni stabiliscono che «*il direttore dei lavori (il direttore dell'esecuzione, per i servizi e le forniture n.d.r.), per la gestione delle contestazioni su aspetti tecnici e delle riserve, si attiene alla relativa disciplina prevista dalla stazione appaltante e riportata nel capitolato d'appalto*».

Ebbene, appaiono immediatamente evidenti le due maggiori novità apportate dal Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti in materia di riserve:

- da un lato, il Decreto **non ha previsto alcuna differenza tra appalti di lavori e appalti di servizi e di forniture;**
- dall'altro lato, in entrambi casi (lavori e servizi/ forniture) **la scelta sulla gestione degli aspetti tecnici e delle riserve è stata rimessa alla stazione appaltante, la quale è oggi chiamata a riportare tali scelte nel capitolato.**

Quanto al primo aspetto, l'omogeneizzazione dell'istituto delle riserve tra appalti di lavori ed appalti di servizi e di forniture, anticipata già nella fase transitoria, risulta senz'altro positiva, in quanto elimina un'irragionevole differenza di trattamento nella disciplina delle contestazioni nel corso dell'esecuzione del contratto.

Quanto invece al secondo aspetto, il Decreto ha operato una vera e propria liberalizzazione delle riserve; tuttavia sono molte le incertezze che tale soluzione potrebbe produrre.

Il Decreto contiene numerosi riferimenti alla possibilità di iscrivere riserve sia negli appalti di lavori, sia in quelli di servizi e di forniture.

In particolare:

- l'articolo 3 comma 1 specifica che «*l'esecutore è tenuto ad uniformarsi alle disposizioni*

contenute negli ordini di servizio, fatta salva la facoltà di iscrivere le proprie riserve»;

- l'articolo 5, comma 9 che «*nel caso di consegna parziale conseguente alla temporanea indisponibilità delle aree e degli immobili, l'esecutore è tenuto a presentare, a pena di decadenza dalla possibilità di iscrivere riserve per ritardi, un programma di esecuzione dei lavori che preveda la realizzazione prioritaria delle lavorazioni sulle aree e sugli immobili disponibili*»;
- l'articolo 5, comma 14 che «*la richiesta di pagamento degli importi spettanti a norma del primo periodo è formulata a pena di decadenza mediante riserva da iscrivere nel verbale di consegna dei lavori e da confermare, debitamente quantificata, nel registro di contabilità*»;
- l'articolo 8, comma 6 che «*ove l'esecutore non iscriva riserva negli atti contabili, i prezzi si intendono definitivamente accettati*»;
- l'articolo 10, comma 4 che «*la diffida proposta ai fini sopra indicati, è condizione necessaria per poter iscrivere riserva all'atto della ripresa dei lavori, qualora l'esecutore intenda far valere l'illegittima maggiore durata della sospensione*»;
- l'articolo 14, comma 1, lettera e) che «*l'esecutore non può iscrivere domande per oggetto o per importo diverse da quelle formulate nel registro di contabilità durante lo svolgimento dei lavori e deve confermare le riserve già iscritte negli atti contabili, per le quali non siano intervenuti la transazione di cui all'articolo 208 del codice o l'accordo bonario di cui all'articolo 205 del codice*»;
- l'articolo 14, comma 5, lettera f) che la documentazione relativa al conto finale deve contenere anche «*la sintesi dell'andamento e dello sviluppo dei lavori con l'indicazione delle eventuali riserve e la menzione delle eventuali transazioni e accordi bonari intervenuti, nonché una relazione riservata relativa alle riserve dell'esecutore non ancora definite*»;
- l'articolo 17, comma 1, che «*l'esecutore è tenuto ad uniformarsi alle disposizioni contenute negli ordini di servizio, fatta salva la facoltà di iscrivere le proprie riserve secondo quanto previsto all'articolo 21*»;

- l'articolo 22, comma 5, lettera b) che «se l'esecutore non accetta i nuovi prezzi così determinati e approvati, la stazione appaltante può ingiungergli l'esecuzione delle prestazioni sulla base di detti prezzi; ove l'esecutore non iscriva riserva negli atti contabili, i prezzi si intendono definitivamente accettati».

Come visto al paragrafo 1, la disciplina previgente stabiliva a livello generale una regolamentazione precisa e dettagliata dell'istituto delle riserve.

In particolare, gli articoli 190 e 191 del DPR 207/2010 prevedevano il contenuto della riserva, le tempistiche per la sua iscrizione e per l'esplicazione, la forma, lo svolgimento della procedura e la gestione e la sua valutazione.

Gli articoli 9 e 21 innovando completamente rispetto alla previgente disciplina (artt. 164, 190 191 del DPR 207/2010), nonché rispetto alle precedenti bozze del decreto stesso, non prevedono invece una regolamentazione specifica delle modalità in cui l'appaltatore può contestare aspetti tecnici che possono influire sull'esecuzione dei lavori, nonché sulle modalità attraverso cui l'esecutore stesso può esercitare il diritto di iscrivere riserva nei documenti contabili.

Al contrario, il Decreto pur prevedendo molteplici casi in cui l'appaltatore può apporre delle riserve, non prevede alcuna disciplina dei modi e dei termini di apposizione ed esplicazione delle riserve, né dei documenti idonei a riceverle, ma rinvia il tutto alla *lex specialis* di gara, in particolare al Capitolato speciale d'appalto.

Tale scelta trae origine da un espresso rilievo del Consiglio di Stato nel Parere del 12 febbraio 2018 n. 360 nel quale si invita il Ministero a valutare «l'opportunità di prevedere che siano le stazioni appaltanti ad inserire nei capitolati speciali le norme contenute nel presente schema di regolamento, piuttosto che dettare direttamente la disciplina».

Tuttavia, non si può non rilevare come una simile impostazione possa destare molte perplessità.

Come evidenziato dall'ANCE (Associazione Nazionale Costruttori Edili), all'indomani della pubblicazione del decreto n. 49, «tale scelta non

appare assolutamente condivisibile, oltreché foriera di possibile aumento di contenzioso perché **rimette la regolamentazione di un istituto a carattere generale, che indice direttamente sull'equilibrio contrattuale, alla discrezionalità delle singole stazioni appaltate, ossia di una delle parti, e non alla legge con disposizione a carattere generale**».

Occorre infatti tenere bene a mente che la riserva assolve il ruolo di strumento di riequilibrio contrattuale, laddove il sinallagma venga ad essere alterato da circostanze e fatti sopravvenuti, **non previsti né prevedibili al momento della stipula del contratto**.

Per definizione quindi le modalità di esercizio di tale strumento devono essere standardizzate e previste e prevedibili *a priori* in modo da consentire all'appaltatore di poter esercitare i propri diritti in maniera chiara e trasparente.

L'importanza dell'istituto delle riserve è fondamentale, basti qui ricordare che la mancata apposizione di una riserva o il ritardo nell'esplicazione comportano conseguenze particolarmente rilevanti sia per le imprese, sia per le amministrazioni.

Come pacificamente riconosciuto da un consolidato orientamento giurisprudenziale infatti «l'appaltatore ... ove voglia contestare la contabilizzazione dei corrispettivi effettuata dall'amministrazione e/o avanzare pretese comunque idonee ad incidere sul compenso complessivo spettante, è tenuto a iscrivere tempestivamente apposita riserva nel registro di contabilità o in altri appositi documenti contabili, ad esporre nel modo e nei termini indicati dalla legge, gli elementi idonei ad individuare la sua pretesa nel titolo e nella somma e a confermare la riserva all'atto della sottoscrizione del conto finale; l'impresa che, pur avendo tempestivamente formulato la riserva, non la riproduca e non la espliciti nei termini e nei documenti previsti dalla legge, **decade dalle relative domande**» (Trib. Civ. Palermo, sez. V, 19 giugno 2014, n. 3373; cfr. anche Cass. civ. Sez. I, 27 giugno 2017, n. 15937). Come visto, si tratta di un istituto di fondamentale importanza il quale, oltre a comprendere tutte le richieste e le ragioni giustificatrici idonee ad

incidere sul compenso spettante all'imprenditore, assolve anche una funzione a tutela della pubblica amministrazione appaltante, «*la quale deve essere messa in condizione di esercitare prontamente ogni verifica necessaria a valutare l'esistenza o meno di una propria obbligazione, onde il corrispondente onere a carico dell'appaltatore non subisce deroghe nel caso in cui la pretesa fatta valere si riferisca a lavori resi necessari da eventi non previsti. Pertanto, i lavori addizionali eventualmente effettuati dall'appaltatore, che non siano stati previamente autorizzati e per i quali, quindi, egli non abbia diritto ad aumento di prezzo, possono dare luogo a compenso a condizione che essi formino oggetto di tempestiva riserva ovvero che siano stati, riconosciuti come tali dall'amministrazione committente*» (Cass. civ., Sez. I, 11 marzo 2011, n. 5871).

Una corretta regolamentazione delle modalità di esplicitazione delle riserve e dei casi in cui la riserva può essere apposta consente inoltre alla stazione appaltante di conoscere il *quantum* dell'esborso eventualmente necessario a far fronte alla pretesa dell'appaltatore.

Nella nuova formulazione invece nessuna regola viene dettata dal legislatore; sicché spetta alla stazione appaltante stabilire la disciplina applicabile che potrebbe anche variare caso per caso.

In tal quadro, appare senz'altro maggiormente difficile l'individuazione delle specifiche modalità di esercizio del diritto di apporre riserva, con il conseguente verificarsi di tutta una serie di problemi applicativi **derivanti da una regolamentazione ogni volta diversa e non ispirata alle previsioni generali di fonte primaria.**

Sono quindi evidenti i rischi di una possibile compressione dei diritti dell'appaltatore. Le stazioni appaltanti potrebbero infatti stabilire dei tempi di esplicitazione delle riserve estremamente ridotti, tali da non consentire all'appaltatore di esporre le

proprie ragioni con piena consapevolezza.

Non remoto pare inoltre il caso in cui le stazioni appaltanti (anche per mera negligenza) non prevedano affatto alcuna disciplina delle riserve; in tal caso non ci sarebbe alcuna regola generale applicabile in caso un "vuoto regolamentare", il DM si limita infatti esclusivamente ad indicare alcuni casi in cui può emergere l'esigenza (o l'onere) si apporre riserva.

Tale "vuoto" potrebbe comportare, da un lato, l'incertezza dell'appaltatore di non conoscere le modalità attraverso cui poter far valere le proprie pretese, senza incorrere in decadenze; dall'altro lato, esporrebbe l'amministrazione a contestazioni per un arco temporale indefinito, con importanti conseguenze dal punto di vista economico.

La stessa stazione appaltante potrebbe inoltre prevedere discipline diverse rispetto a diversi contratti di cui è parte, con conseguente aggravio tanto in fase di redazione degli atti di gara, quanto in sede di esecuzione dei contratti.

Proprio in ragione di ciò, la legislazione sui contratti pubblici ha sempre (fin dal 1895!) contenuto una disciplina rigorosa e dettagliata delle modalità di esercizio del diritto di iscriverne delle riserve, essendo questo un diritto connaturato al rapporto contrattuale.

Al fine di superare tali gravi incertezze e rischi di compressione dei diritti, si auspica all'elaborazione da parte di ANAC dei capitolati-tipo, come peraltro previsto dall'articolo 213 comma 2 del D.lgs. 50/2016, ma non ancora attuato.

L'adozione dei capitolati-tipo, unita alla progressiva riduzione delle stazioni appaltanti potrebbero consentire il raggiungimento di una standardizzazione delle procedure di affidamento e rendere omogenea la disciplina dell'esecuzione dei contratti.

Solo l'adozione di Capitolati-tipo da parte di ANAC e la standardizzazione delle procedure di affidamento possono superare le difficoltà applicative della cd liberalizzazione delle riserve



Nel frattempo, le stazioni appaltanti, per ridurre il rischio di contenzioso e tutelare maggiormente sia i propri diritti, sia quelli degli appaltatori, potrebbero recepire all'interno dei propri capitolati il contenuto degli articoli 190 e 191 del DPR n. 207/2010, rendendo quindi pattizia la disciplina prevista dalla vecchia normativa, oggi abrogata.

L'Adunanza plenaria sulle conseguenze del deficit di corrispondenza tra il requisito di qualificazione dichiarato e posseduto e la quota dei lavori assunta nell'ambito di un r.t.i.

di Adriana Presti

IL
PUN
TO

1. La questione al vaglio del Consiglio di Stato

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 27 marzo 2019, n. 6 ha definitivamente risolto il contrasto interpretativo in ordine alla mancanza del requisito di qualificazione di una impresa in misura corrispondente alla quota dei lavori assunta all'interno del raggruppamento temporaneo di imprese in sede di presentazione dell'offerta, sancendo il principio secondo cui la mancanza di detto requisito è causa di esclusione dell'intero raggruppamento dalla gara.

In particolare la V Sez. del Consiglio di Stato con ordinanza 18 ottobre 2018, n. 5957, ritenendo sussistente ex art. 99, comma 1, Cod. proc. amm. un contrasto giurisprudenziale in materia aveva rimesso all'Adunanza plenaria la questione concernente la possibilità (o meno) per un'impresa componente un raggruppamento temporaneo di imprese, in possesso di un requisito di qualificazione in misura insufficiente a "coprire" la quota di lavori dichiarata in sede di presentazione dell'offerta, di ridurre la propria quota di esecuzione, così da renderla coerente con il requisito di qualificazione effettivamente posseduto, nel caso in cui il r.t.i. nel suo complesso fosse in possesso di requisiti di

qualificazione sufficienti a coprire l'intera quota di esecuzione dei lavori oggetto di appalto.

La fattispecie sottoposta al vaglio del Consiglio di Stato concerne(va) in specie l'esclusione di un raggruppamento di imprese di tipo orizzontale da una procedura di gara, stante la rilevata insufficienza del requisito di qualificazione (SOA per la categoria OG3, classifica IV bis) speso da una delle imprese mandanti in rapporto alla quota di esecuzione dei lavori dalla stessa impresa assunta in sede di presentazione dell'offerta.

In tal quadro il raggruppamento impugnava l'esclusione dinnanzi al Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna sulla base di un unico articolato motivo nel quale si richiedeva in sostanza l'applicazione della giurisprudenza amministrativa che, in casi analoghi, aveva ritenuto non consentita l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura laddove (i) lo scostamento tra il valore attestato dalla SOA posseduta e il valore dei lavori per il quale l'operatore si è impegnato non è eccessivo, (ii) il raggruppamento, nel suo complesso, è comunque in possesso di requisiti sufficienti a coprire l'intero ammontare dell'appalto, (iii) il raggruppamento ha la forma di raggruppamento orizzontale.

Il predetto orientamento, a giudizio del RTI ricorrente, era applicabile al caso di specie atteso che il raggruppamento aveva, come si è anticipato, natura orizzontale, lo scostamento tra il valore attestato dalla SOA posseduta e il valore dei lavori da eseguire era inferiore al 5% ed altre società componenti il raggruppamento possedevano il requisito di qualificazione in misura sovrabbondante rispetto alla quota di lavori alla cui esecuzione si erano impegnate.

Il TAR adito con la sentenza 6 marzo 2018, n. 206, disponeva la reiezione del ricorso attraverso il seguente *iter* argomentativo: stante il principio della necessaria corrispondenza tra la qualificazione posseduta e la quota di lavori da eseguire secondo la ripartizione interna al raggruppamento (tratto dall'art. 92, comma 2, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e ribadito dal par. 2.4 del disciplinare di gara) è irrilevante che il raggruppamento fosse, nel suo insieme, qualificato ad eseguire anche le prestazioni per le quali una delle componenti non era qualificata.

La sentenza di prime cure si dichiarava dunque di contrario avviso rispetto all'orientamento espresso da talune pronunce (rappresentative di un orientamento ritenuto minoritario) per il quale è possibile considerare lo scostamento tra la quota dei lavori che una delle imprese si è impegnata a svolgere e il tetto di qualificazione, come "errore materiale che può essere sanato con il soccorso istruttorio", anche perché il raggruppamento ricorrente non è incorso in alcun errore per essere ben consapevole, al momento della formulazione dell'offerta, delle soglie di qualificazione possedute da ciascun membro.

In sede di appello, il raggruppamento assumeva l'erroneità della sentenza di primo grado stante il ritenuto contrasto con la giurisprudenza che - ferma la doverosa e necessaria corrispondenza tra i requisiti di partecipazione di ciascun raggruppamento e il valore dei lavori da eseguire - nel caso di scostamento tra la quota di lavori da eseguire dal singolo partecipante al raggruppamento e il requisito di partecipazione da questi posseduto nega la necessità di esclusione in presenza delle condizioni innanzi esposte.

Di tal ché non vi sarebbe dunque ragione per disporre l'esclusione se, come nel caso di specie i) lo scostamento non è di rilevante entità; ii) il raggruppamento sia nel complesso in possesso dei requisiti necessari all'esecuzione dei lavori; iii) il raggruppamento abbia natura orizzontale. Con la conseguenza che nella fattispecie in esame la stazione appaltante avrebbe dovuto, pertanto, avviare un dialogo con il raggruppamento per consentirle di modificare le quote di esecuzione dei lavori dei partecipanti così da ripartire tra gli altri la parte mancante ad una di essi.

2. I rilievi dell'ordinanza di remissione all'Adunanza plenaria e il contrasto giurisprudenziale

Prima di esporre i termini del contrasto interpretativo è necessario precisare che l'art. 92, comma 2, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, *ratione temporis* applicabile al caso di specie, prevede che: "*Le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato*"; la norma sancisce il principio di necessaria corrispondenza tra le quote di partecipazione al raggruppamento e i requisiti di qualificazione posseduti.

Tale principio è rafforzato dalla previsione contenuta nell'ultima parte del 2° comma dell'art. 92, per la quale: "*I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate*".

Vale la pena rammentare che in passato era richiesta una triplice corrispondenza tra quota di partecipazione, quota di esecuzione e requisito di qualificazione. L'art. 37, comma 13, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 prevedeva, infatti, che "*i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al*

raggruppamento”.

Successivamente, la triplice corrispondenza fu limitata agli appalti di lavori (dall’art. 1, comma 2-bis, lettera a), del d.l. 6 luglio 2012 n. 95 conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135), per poi essere definitivamente superata dall’art. 12, comma 8, d.l. 28 marzo 2014, n. 47 conv. in l. 23 maggio 2014, n. 80 che ha abrogato la disposizione contenuta nell’art. 37, comma 13, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Il Codice degli appalti di cui al D.Lgs. n. 50/2016 non prevede la triplice corrispondenza, bensì soltanto l’obbligo, nel caso di lavori, forniture o servizi di specificare nell’offerta *“le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati”* (art. 48, comma 4).

Pertanto, pur essendo venuto meno l’obbligo di corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione dei lavori, costituisce orientamento consolidato quello secondo cui se le imprese componenti il raggruppamento dichiarano, in sede di offerta, una quota di partecipazione corrispondente alla quota di lavori da eseguire, è necessario che il requisito di qualificazione sia coerente con entrambi (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2018, n. 4036; V, 13 giugno 2018, n. 3623; V, 5 febbraio 2018, n. 730; V, 25 febbraio 2016 n. 786).

È sorta, allora, la questione se sia consentito ad un’impresa componente il raggruppamento, che possieda il requisito di qualificazione in misura insufficiente per la quota di lavori dichiarata in sede di offerta, di ridurre la propria quota di esecuzione, così da renderla conforme al requisito di qualificazione effettivamente posseduto, nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso di requisiti di qualificazione sufficienti a coprire l’intera quota di esecuzione dei lavori. Su tale questione si è registrato il contrasto giurisprudenziale che si passa ad esporre.

Secondo **un primo orientamento, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota di lavori** cui si era impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento in sede di presentazione dell’offerta **è causa di esclusione** dell’intero raggruppamento, anche se, per ipotesi, il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all’esecuzione dell’intera quota dei lavori.

In tal senso si è da ultimo espressa la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 2 luglio 2018, n. 4036¹. Secondo tale pronuncia occorre muovere una distinzione tra requisiti di qualificazione, quote di partecipazione e quote di esecuzione:

- i requisiti di qualificazione attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che aspira all’aggiudicazione e consentono alla stazione appaltante di valutare la capacità imprenditoriale del concorrente a realizzare quella parte di lavoro che gli sarà poi eventualmente aggiudicata;
- la quota di partecipazione, invece, altro non è che la percentuale di “presenza” all’interno del raggruppamento e ha riflessi sulla responsabilità del componente all’interno del raggruppamento stesso;
- la quota di esecuzione è infine la parte di lavoro, servizio o fornitura che verrà effettivamente realizzata nel caso di affidamento.

Così definiti questi tre elementi, la sentenza n. 4036/2018 esclude che il requisito di qualificazione possa essere preso in considerazione per il raggruppamento nel suo complesso, dovendo necessariamente riguardare il singolo componente del raggruppamento. A tal riguardo si legge, infatti, che *“Né può ritenersi che il possesso dei requisiti di qualificazione prescritti dalla legge di gara potesse essere soddisfatto dal raggruppamento complessivamente considerato, come sostiene parte appellante, dovendo invece ciascuna impresa del raggruppamento essere adeguatamente qualificata in relazione alla specifica parte del*

1. Sono riconducibili all’orientamento appena descritto anche Cons. Stato, sez. V, 22 agosto 2016, n. 3666; sez. V, 22 febbraio 2016, n. 786.

servizio che assume: condizione questa non soddisfatta per le due mandanti che, compilando il modulo predisposto dalla Stazione appaltante, hanno attestato di non essere qualificate per eseguire le parti di servizio assunte.”.

Il che non significa reintrodurre surrettiziamente il principio della triplice corrispondenza, ma soltanto rendere necessaria la corrispondenza tra la quota di esecuzione e quella di qualificazione, in applicazione del dettato normativo.

Un **secondo orientamento** invece ritiene **non consentita l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura, in presenza di tre condizioni**: che lo scostamento tra il requisito di qualificazione dichiarato e la quota di lavori per la quale l'operatore si è impegnato non sia eccessivo; che il raggruppamento nel suo complesso sia comunque in possesso dei requisiti sufficienti a coprire l'intero ammontare dell'appalto; che il raggruppamento abbia la forma di raggruppamento orizzontale.

A sostegno della tesi della non esclusione del raggruppamento, è stato addotto:

- il principio del *favor participationis*, che risulterebbe frustrato dall'esclusione di un raggruppamento che, nel suo complesso, possieda i requisiti di partecipazione (cfr. Cons. St., sez. V, 8 novembre 2017, n. 5160);
- la considerazione che una modesta rettifica delle quote di partecipazione non è idonea a incidere sull'affidabilità del raggruppamento, né è in grado di modificare il regime della responsabilità dello stesso, soprattutto nei casi di raggruppamento orizzontale, nel quale la suddivisione delle quote attiene solo al profilo quantitativo. In altre parole, nei raggruppamenti orizzontali, per essere la responsabilità delle imprese consociate è paritaria e solidale - come si ricava dall'art. 48 D. Lgs. 50/2016 -, non v'è rischio per la stazione appaltante di ricevere una prestazione non adeguata all'impegno assunto dall'aggiudicatario;
- che non viene messo in discussione il principio della *par condicio* o la serietà ed affidabilità dell'offerta, che viene posta in linea con i requisiti di qualificazione effettivi di ogni

impresa riunita. Del resto, la ripartizione delle quote nelle A.t.i. orizzontali può essere la più varia, e pertanto non si vede perché, atteso il possesso dei requisiti da parte dell'ATI nel suo complesso, si debba vietare la modifica delle quote di esecuzione (Cons. St., sez. V, 6 marzo 2017, n. 1041).

Appare, quindi, evidente che i due orientamenti richiamati si basano ed accolgono una diversa concezione del requisito di qualificazione. In specie il primo orientamento lo ritiene *"personale"*, ossia riferito alla singola impresa facente parte del raggruppamento; il secondo orientamento invece lo ritiene riferibile al raggruppamento nel suo complesso, con la conseguenza che non costituisce motivo di esclusione il caso in cui il singolo componente non possieda un requisito di qualificazione sufficiente per l'esecuzione della propria quota di lavori, se il raggruppamento nel suo complesso è *"sovrabbondante"* rispetto al requisito di qualificazione richiesto dal bando.

Giova infine evidenziare che l'adesione al secondo orientamento c.d. (erroneamente) sostanzialista lascia(va) aperte due questioni subordinate:

- (i) la possibilità per l'impresa, che ha assunto una quota di lavori eccessiva rispetto al requisito di qualificazione posseduto, di modificare in corso di procedura la quota di esecuzione dei lavori, comporta la definizione delle condizioni in presenza delle quali detta modifica può ammettersi. Le sentenze aderenti al secondo orientamento, lo si rammenta, hanno infatti posto la condizione che lo scostamento (tra quota di esecuzione assunta e requisito di qualificazione posseduto) sia minimo, al punto da poter qualificare lo stesso alla stregua di un errore materiale (in tal senso Cons. St., sez. V, 6 marzo 2017, n. 1041).
- (ii) a fronte del riconoscimento dello scostamento da parte della stazione appaltante, occorre definire se la medesima stazione appaltante debba ricorrere al soccorso istruttorio (opzione esclusa da Cons. St., sez. V, 2 luglio 2018, n. 4036) per concedere al raggruppamento di operare la modifica consentita, o possa farne a

meno procedendo direttamente alla valutazione dell'offerta, per avere essa stessa – si potrebbe dire "d'ufficio" – accertato che la riduzione della quota di esecuzione in capo ad una delle imprese è compensata dal maggior requisito di qualificazione posseduto da altro componente.

Occorre a tal proposito evidenziare che il Consiglio di Stato, sebbene con riferimento al diverso caso in cui la quota di qualificazione dichiarata era inferiore a quella realmente posseduta, ha affermato che *"l'errata specificazione delle quote di partecipazione non determina di per sé l'esclusione dalla procedura selettiva, potendo al più indurre l'amministrazione ad esercitare il potere di soccorso istruttorio per l'acquisizione degli eventuali chiarimenti, con l'ulteriore precisazione per cui laddove la legge di gara preveda misure espulsive per le predette ipotesi di irregolarità, queste, essendo in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46 comma 1 bis c.c.p. sono da considerare nulle e improduttive di effetti"*. (Cons. St., sez. V, 19 febbraio 2018, n. 1026). La V Sezione del Consiglio di Stato, aveva pertanto osservato nell'ordinanza di rimessione che i principi delineati, pur riguardando un caso diverso da quello in esame, avrebbero potuto considerarsi validi per tutti i casi di erronea indicazione delle quote, anche a fronte di un diverso requisito di qualificazione.

3. L'opzione interpretativa prescelta dall'Adunanza Plenaria n.6/2019

Come anticipato l'Adunanza Plenaria, nel condividere il primo dei due orientamenti espressi dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, ha ritenuto che, in applicazione dell'art. 92, comma 2, d.P.R. n. 207/2010, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori **è causa di esclusione dell'intero raggruppamento**. L'Adunanza in particolare ha escluso la rilevanza di altre e diverse considerazioni, volte a valorizzare vuoi la natura del raggruppamento, vuoi l'entità (minima) dello scostamento e, in particolare, la circostanza che il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione

dell'intera quota dei lavori.

Il primo argomento a favore delle conclusioni cui è pervenuta la Adunanza Plenaria è di tipo letterale e discende dalla lettura dell'art. 92, comma 2, del d.p.r. n. 207/2010 (recante, nell'ambito del regolamento di esecuzione ed attuazione del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, la disciplina dei "soggetti abilitati ad assumere lavori"). Dal testo della disposizione appare evidente un duplice contenuto normativo:

- in primo luogo, che vi è piena libertà in capo alle imprese partecipanti al raggruppamento di stabilire la quota di partecipazione al raggruppamento medesimo, con il solo limite rappresentato "dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato";
- in secondo luogo, la possibilità di modifica "interna" delle quote di esecuzione, purché vi sia a tal fine autorizzazione della stazione appaltante "che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate".

In sostanza, la disposizione riconosce la piena libertà delle imprese partecipanti al raggruppamento di suddividere tra loro le quote di esecuzione dei lavori, sia in via preventiva (art. 92, co. 2, secondo periodo), sia in via successiva (art. 92, co. 2, quarto periodo, sia pure previa autorizzazione), fermo il limite rappresentato dai requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa associata.

In tal modo, però, appare evidente come le norme evocate ne presuppongano un'altra ad esse preordinata, e precisamente la norma secondo la quale l'impresa associata partecipa alle gare in base ai (e nei limiti dei) propri requisiti di qualificazione.

Se, infatti, la quota di esecuzione dei lavori da parte dell'impresa associata, in sede di attribuzione preventiva e/o di definizione successiva, può essere liberamente stabilita nei limiti del possesso dei corrispondenti requisiti di qualificazione, ciò significa a tutta evidenza che è la partecipazione stessa alla gara da parte dell'impresa associata in r.t.i. che può avvenire solo a condizione del possesso di requisiti di qualificazione corrispondenti

alla quota di esecuzione per essa prevista.

Le conclusioni cui si perviene sulla base di una interpretazione letterale del testo normativo, secondo l'alto Consesso, risultano, peraltro, del tutto coerenti con la natura e la finalità dei requisiti di qualificazione, i quali attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che partecipa alla gara ed aspira all'aggiudicazione.

Il tutto al fine di assicurare la stazione appaltante sulle sue serietà, professionalità e capacità imprenditoriale in ordine alla realizzazione di quella parte di lavoro che potrebbe, in caso di esito positivo della gara, essergli affidata.

In questo senso, secondo il Collegio, appare evidente come non sia possibile contrapporre - come ipotizzato dall'ordinanza di rimessione - ad una interpretazione del requisito di qualificazione come "personale" (cioè riferito alla singola impresa facente parte del raggruppamento), un'altra interpretazione che, invece, ritenga tale requisito come riferito, complessivamente, all'intero raggruppamento, in tal modo rendendo possibile sopperire alle eventuali "carenze" di una impresa associata con la "sovrabbondanza" di requisito eventualmente presente in capo ad altra impresa associata.

Ed infatti:

- per un verso, poiché il sistema dei requisiti di qualificazione ha la funzione di garanzia di serietà ed affidabilità tecnica ed imprenditoriale dell'impresa, esso non può (per avere e mantenere le ragioni della sua previsione)

che riferirsi ad ogni singola impresa, ancorché associata in un raggruppamento;

- per altro verso, diversamente opinando, si finirebbe con il conferire una sorta di "soggettività" al raggruppamento, al di là di quella delle singole imprese partecipanti; e ciò in quanto una sorta di interscambiabilità dei requisiti di partecipazione, quale quella ipotizzata, risulta più agevolmente ipotizzabile laddove si riconoscesse (ma così non è) una personalità giuridica propria al r.t.i.; tale ipotesi interpretativa pone, dunque, le premesse proprio per un (non ammissibile) riconoscimento (espresso o implicito che sia) di una soggettività autonoma del raggruppamento;
- per altro verso ancora, l'utilizzazione (ancorché parziale) dei requisiti di qualificazione può finire per rappresentare, nella sostanza, una sorta di avvalimento anomalo ed in contrasto con quanto previsto dall'art.

89, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, anche con riferimento agli adempimenti procedurali previsti a pena di nullità (co.1).

L'Adunanza ha altresì rilevato come l'interpretazione cd. "sostanzialistica", nel richiedere, tra le condizioni per evitare l'esclusione dalla gara del r.t.i. per mancanza di corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione lavori, quella della misura "minima" o "non eccessiva" dello scostamento, finisce per dar luogo:

- per un verso, ad un non consentito fenomeno di integrazione normativa, attesa la chiara prescrittività del dato normativo in favore della corrispondenza. Nel caso di specie,

**L'Adunanza Plenaria ha enunciato, in conclusione, il seguente principio di diritto:
"In applicazione dell'art. 92, co. 2, DPR 5 ottobre 2010 n. 207, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell'offerta, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un'altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori".**



infatti, l'interprete finirebbe non già per individuare l'esatto contenuto normativo della disposizione (che prevede un chiaro principio di corrispondenza), quanto per aggiungere ad essa una norma ulteriore, peraltro di incerta prescrittività;

- per altro verso, ad una invasione del campo riservato alla pubblica amministrazione, valutando *ex post* - in luogo di questa ed in assenza di dato normativo - quando uno scostamento possa definirsi minimo e, dunque, non rilevante ai fini dell'esclusione;
- per altro verso ancora, ad una lesione del principio della *par condicio dei concorrenti*, laddove si consentisse alla stazione appaltante di valutare *ex post* quando (ed in che misura) lo scostamento può definirsi irrilevante.

Delle considerazioni (e preoccupazioni) ora esposte si era resa, in effetti, conto anche la stessa ordinanza di rimessione laddove, per il caso di adesione alla tesi cd. sostanzialistica, aveva in via subordinata richiesto che l'Adunanza Plenaria determini "la soglia superata la quale lo scostamento non possa più essere considerato minimo".

Il che dimostra, contemporaneamente, il timore per l'esercizio da parte della stazione appaltante di un potere discrezionale *ex post* e non sorretto da indicazioni normative e la natura di integrazione normativa (e non di interpretazione) di quanto richiesto.

4. Conclusioni

L'Adunanza Plenaria, come si è visto, ha ritenuto insanabile, attraverso la "rimodulazione" delle quote nell'ambito di un r.t.i. sovrabbondante in ordine al requisito di qualificazione in questione, il deficit di corrispondenza tra il requisito di qualificazione posseduto e la quota di esecuzione dei lavori assunta in sede di offerta, anche in presenza delle tre condizioni più volte innanzi indicate a supporto della tesi c.d. sostanzialista.

Nel giungere a siffatta conclusione la pronuncia ha contestato il rilievo della presunta natura "formalistica" dell'interpretazione offerta

a fronte dell'altra interpretazione (erroneamente ritenuta) di tipo "sostanzialistico".

Dall'analisi letterale della norma e dalla valorizzazione degli interessi protetti dalle disposizioni in materia emerge il primato del principio della necessaria affidabilità degli offerenti. Del resto appare evidente come l'Adunanza plenaria abbia ancora una volta ritenuto preminente e null'affatto formalistica la funzione cui sono preordinati i requisiti di qualificazione, attesa la natura "sostanziale" a cui la loro *ratio* è preordinata.

Di tal che una non corrispondenza, in sede di partecipazione alla gara, tra requisito e quota dei lavori da eseguire si risolve non già in una imprecisione formale ovvero in una sorta di errore materiale, bensì in una violazione sostanziale di regole disciplinanti l'intero sistema dei contratti pubblici e vevoli oggettivamente per tutti i partecipanti alle gare.

Né, inoltre, può dirsi pretermesso e/o non

I requisiti di qualificazione sono funzionali alla cura e tutela dell'interesse pubblico alla selezione di contraenti affidabili, onde garantire al meglio il risultato cui la pubblica amministrazione tende con l'indizione della gara: un risultato che non pertiene alla pubblica amministrazione come soggetto, ma al più generale interesse pubblico del quale l'amministrazione/stazione appaltante risulta titolare e custode.



correttamente considerato il principio del libero accesso alle gare, posto che tale accesso è certamente "libero" per i soggetti che rispondono ai requisiti previsti dall'ordinamento per la partecipazione.

A tal riguardo, il Supremo Consesso non ha mancato di rilevare che il principio di più ampia partecipazione alle gare non agisce per così dire "*in astratto*", ma esso, nella sua concreta attuazione, non può che riferirsi ad imprese che – per serietà ed affidabilità tecnico-professionale (appunto validate dal possesso dei requisiti) – sono potenzialmente idonee ad assumere il ruolo di contraenti con gli operatori economici pubblici.

Sul punto ad avviso di chi scrive l'Adunanza Plenaria coglie nel segno allorquando valorizza l'aporia del ragionamento volto alla legittimazione *ex post* della possibilità di modulazione (o per meglio dire di "rimodulazione") delle quote che può e deve già correttamente avvenire *ex ante*, in sede di ripartizione tra i componenti del r.t.i. delle quote dei lavori.

Nella specie si è inteso così affermare che nulla vieta al r.t.i. la partecipazione alla gara, ben potendo questa avvenire con una attribuzione *ex ante* delle quote di lavori tra le imprese associate coerente con i loro requisiti di partecipazione: il che dimostra come non sussista alcun irragionevole restringimento del principio di ampia e libera partecipazione alle gare.

In altre parole nel contesto normativo di riferimento il principio della più ampia e libera partecipazione alle gare non può ragionevolmente fungere da grimaldello per legittimare un improprio soccorso istruttorio, atteso che tale principio risulta *ab initio* tutelato e garantito dalla possibilità di definire *ex ante* la compagine del partecipando r.t.i..

Diversamente opinando, come altrettanto correttamente ritenuto dall'Adunanza Plenaria, si convaliderebbe un non consentito fenomeno di integrazione normativa, attesa la chiara prescrittività e la non equivocità del dato normativo che prevede un chiaro principio di corrispondenza, nonché una assenza di certezza in ordine alla misura dello scostamento da ritenere irrilevante.

Vincolatività dell'offerta e autotutela della stazione appaltante prima della firma del contratto

di Francesca Scura

IL
PUN
TO

Premesse

Sul tema dei vincoli nascenti per il concorrente dalla presentazione dell'offerta si è soffermata, di recente, l'ANAC (Deliberazione A.N.AC. 6/3/2019 n. 174).

Dalla disamina dell'Autorità emerge tutta la complessità della fase che, muovendo dalla aggiudicazione, precede la stipula del contratto, in cui al diritto, da un lato, dell'aggiudicatario di svincolarsi dall'offerta presentata, al ricorrere di determinate condizioni, si affianca, dall'altro, il potere della stazione appaltante, il cui esercizio talvolta è obbligatorio, di porre nel nulla l'intera procedura.

1. La revocabilità dell'aggiudicazione

Ai sensi dell'art. 32 del D.Lgs. 50/2016 («Codice»), una volta divenuta efficace l'aggiudicazione, la stazione appaltante procede alla stipula del contratto nel termine di 60 giorni o nel diverso termine previsto dalla *lex specialis*¹.

L'avvenuta aggiudicazione non esclude, tuttavia, l'intervento successivo in autotutela della Stazione appaltante, con la revoca dell'aggiudicazione.

Prima del perfezionamento del contratto, infatti, l'aggiudicazione è pacificamente revocabile, mentre dopo la stipula viene in rilievo il diverso strumento del recesso².

1. V. il comma 8 dell'art. 32: «*Diventa efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate ...*».

2. Consiglio di stato, Adunanza Plenaria 29 giugno 2014, n. 14.

In particolare, vi sono casi in cui la Stazione appaltante può o deve rifiutare la stipula del contratto (con revoca dell'aggiudicazione e - se ritenuto - l'affidamento del contratto al secondo concorrente in graduatoria):

1. in presenza di circostanze che comportino una rivalutazione dell'interesse pubblico tale da giustificare l'esercizio di poteri di autotutela (è il caso dell'art. 32, comma 8: «*fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti*»);
2. in caso di perdita dei requisiti generali e speciali da parte dell'aggiudicatario e negli altri casi in cui la revoca è imposta da norme di legge e costituisce «atto vincolato».

Occorre poi rammentare che il contratto, pur stipulato, può non avere esecuzione e non acquistare efficacia in quanto per legge:

1. è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie della stazione appaltante (art. 32 comma 12 del Codice);
2. è soggetto all'eventuale approvazione dell'organo competente e agli altri controlli nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti dell'amministrazione aggiudicatrice, decorrenti dal ricevimento del contratto approvato da parte dell'organo competente o di controllo. In mancanza, il termine è pari a 30 giorni; decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, il contratto si intende approvato (art. 33 del Codice).

2. Il potere di autotutela della Stazione appaltante

In presenza di circostanze che comportino una rivalutazione dell'interesse pubblico la legge consente alla stazione appaltante l'esercizio di poteri di autotutela. Naturalmente non può trattarsi di un esercizio arbitrario ma si richiede l'effettiva esigenza di tutela di un pubblico interesse.

La stipula del contratto pubblico risponde infatti ad un interesse dell'Amministrazione: ove quest'ultima decida - dopo aver espletato una gara pubblica - di non concludere il contratto con l'aggiudicatario, occorre tale decisione sia giustificata dalla esigenza di tutelare un interesse pubblico parimenti rilevante.

La valutazione dell'interesse pubblico consiste in un apprezzamento discrezionale non sindacabile nel merito dal giudice amministrativo, salvo che non risulti viziato sul piano della legittimità per manifesta ingiustizia ed irragionevolezza.

In tutte le ipotesi di revoca, dunque, appare determinante la circostanza che il relativo provvedimento dia ragionevolmente conto delle motivazioni che hanno indotto l'amministrazione a mutare la propria precedente manifestazione di volontà, dovendo risultare in termini puntuali e specifici gli elementi di inidoneità che giustificano la mancata aggiudicazione allo scopo di rendere palesi i risultati dell'istruttoria e le modalità con le quali questa è stata condotta³.

I presupposti del valido esercizio dello *ius poenitendi* sono definiti dall'art. 21 quinquies L. 241/1990

«In presenza di circostanze che comportino una rivalutazione dell'interesse pubblico, la legge consente alla stazione appaltante la revoca dell'aggiudicazione in autotutela, anche, in taluni casi, a contratto già stipulato.»



3. Cfr. sentenze del Cons. di Stato, 11 giugno 2013, n. 3215; 20 aprile 2015, n. 1994; 10 agosto 2016, n. 3599.

(legge espressamente richiamata come applicabile dal Codice, all'art. 30) - con formule alquanto generali - e consistono nella sopravvenienza di motivi di interesse pubblico, nel mutamento della situazione di fatto (imprevedibile al momento dell'adozione del provvedimento) e in una rinnovata (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico originario (tranne che per i provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici)⁴.

La revoca può dipendere dal comportamento dell'aggiudicatario ovvero della stazione appaltante.

2.1 Revoca per fatto dell'aggiudicatario

Tra i sopravvenuti motivi di pubblico interesse ben possono rientrare anche comportamenti scorretti dell'aggiudicatario che si siano manifestati successivamente all'aggiudicazione definitiva. Per individuare i casi di legittimo esercizio del potere di revoca da parte della Stazione appaltante appare utile richiamare l'interpretazione

fornita dall'Anac e dalla giurisprudenza, che riconoscono tale legittimità ogniqualvolta la condotta dell'aggiudicatario non fornisca garanzie di affidabilità, come, a titolo esemplificativo:

«Il diritto all'indennizzo per l'aggiudicatario non sussiste se la revoca dell'aggiudicazione sia stata determinata da fatti allo stesso imputabili.»



- qualora l'affidatario, a fronte di richieste documentali ricevute, non collabori alla stipula del contratto (ad esempio, ometta di consegnare alla stazione appaltante la

documentazione necessaria per la stipula nei termini previsti)⁵;

- emergano elementi illeciti con riguardo alla condotta dell'aggiudicatario in relazione alla gara stessa (avvisi di garanzia etc.);
- il mancato assolvimento agli obblighi contributivi emerso successivamente all'aggiudicazione (Cons. Stato, 12/6/2017, n. 2804);
- il rifiuto dell'aggiudicatario di stipulare il contratto prima che fossero modificate talune clausole contenute nel capitolato di gara (Cons. Stato, 11 luglio 2016, n. 3054);
- la violazione delle clausole dei Protocolli di legalità (Cons. Stato, 20/1/2015, n. 143).



4. «1. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo.

1-bis. Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico».

5. «... sussiste in capo all'amministrazione la possibilità di esercitare il potere di autotutela e, per l'effetto, dichiarare la decadenza dell'aggiudicazione provvisoria qualora l'affidatario, a fronte di richieste documentali ricevute, non collabori alla stipula del contratto. Infatti, il procedimento di evidenza pubblica ha scopi e valenza ad effetti unitari, fino al momento della stipula del contratto, che non solo consentono - ma anzi impongono, nell'interesse pubblico, anche ai fini della revoca dell'aggiudicazione - la valutazione di tutte le circostanze e gli elementi concernenti il raggiungimento in concreto dell'obiettivo di scegliere l'operatore economico più serio ed affidabile per la più corretta e tempestiva esecuzione dell'appalto» (cfr. Cons. Stato, n. 3395 del 6/6/2014, Tar Sardegna, n. 526 del 2/7/2014).

Queste circostanze sono ritenute valide a motivare il provvedimento di decadenza della aggiudicazione, non solo per l'impossibilità per l'amministrazione di procedere ad un'ulteriore dilatazione dei tempi per stipulare il contratto e conseguentemente non fornire i relativi servizi alla collettività, ma anche per la possibile dimostrazione, nel comportamento dell'impresa, di una dubbia affidabilità dell'operatore economico, anche ai fini dell'esecuzione contrattuale.

Difatti la revoca, la particolare connotazione di «revoca – sanzione», poiché la caducazione degli effetti del provvedimento è giustificata da condotte scorrette del privato beneficiario di precedente provvedimento favorevole dell'amministrazione (Cons. Stato, 11/1/2018, n. 120).

Il potere di annullamento in autotutela del provvedimento amministrativo, nel preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell'azione amministrativa da parte della stessa Stazione appaltante, sussiste anche dopo l'aggiudicazione della gara ed anche nel caso in cui sia intervenuta la stipulazione del contratto con conseguente inefficacia di quest'ultimo (Consiglio di Stato sez. V 1/4/2019 n. 2123; 22/03/2017, n. 1310).

In questi casi la giurisprudenza esclude del tutto la spettanza di un qualsiasi indennizzo all'«ex» aggiudicatario in quanto è evidente che la revoca in autotutela derivi proprio da comportamenti colpevoli (Cons. Stato 17/3/2010 n. 1554).

2.2 Revoca per fatto della stazione appaltante - diritto all'indennizzo

Di regola, la revoca dell'aggiudicazione che comporti pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati determina l'obbligo dell'amministrazione di provvedere al loro indennizzo, salvo che la stessa sia dovuta a comportamenti colpevoli del privato, come sopra visto.

La revoca per fatto dell'amministrazione può essere legittima (ossia esercitata in presenza dei presupposti di legge di cui all'art. 21bis cit.) oppure illegittima.

La legittimità o meno della revoca – secondo i più recenti orientamenti – non è più elemento scriminante ai fini della responsabilità della stazione appaltante.

In altri termini, anche nei casi di revoca esercitata legittimamente, la stazione appaltante può essere chiamata a indennizzare il

concorrente leso, in quanto l'indennizzo è fondato sul legittimo affidamento riposto dall'aggiudicatario in ordine alla conclusione della gara con la stipula del contratto⁶.

Nel caso in cui il provvedimento di revoca sia però illegittimo, ossia disposto senza l'esistenza dei necessari presupposti, l'operatore economico direttamente interessato potrà presentare dinanzi al Giudice amministrativo (la giurisdizione è esclusiva), in aggiunta alla domanda di indennizzo, anche una richiesta di risarcimento (rilevando

«Con recente orientamento, il Consiglio di stato ha riconosciuto la responsabilità dell'Amministrazione revocante e il diritto all'indennizzo per il concorrente anche prima e indipendentemente della aggiudicazione definitiva (Ad. pl. 4/5/2018 n. 5).»



6. Consiglio di Stato, Sez. VI, 5/09/2011, n. 5002; Sez. V, 5 maggio 2016 n.1797 secondo cui vi sarebbe responsabilità dell'amministrazione "... che ha tenuto un comportamento contrario ai canoni di buona fede e correttezza soprattutto perché appena accertasi delle ragioni che consigliavano di procedere in via di autotutela mediante la revoca della già disposta aggiudicazione, non ha immediatamente ritirato i precedenti provvedimenti ma ha invece inutilmente prolungato lo svolgimento della gara, così inducendo le imprese concorrenti a confidare nella chance di conseguire l'appalto".

non solo il danno emergente ma anche il lucro cessante)⁷.

Tale responsabilità può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai doveri di correttezza e buona fede. Con recente orientamento il Consiglio di stato ha riconosciuto la responsabilità contrattuale dell'Amministrazione revocante anche prima e indipendentemente della aggiudicazione definitiva (Adunanza plenaria 4/5/2018 n. 5).

Ad avviso dell'Adunanza plenaria, l'attuale portata del dovere di correttezza è oggi tale da prescindere dall'esistenza di una formale "trattativa" e, a maggior ragione, dall'ulteriore requisito che tale trattativa abbia raggiunto un livello così avanzato da generare una fondata aspettativa in ordine alla conclusione del contratto.

Ciò che il dovere di correttezza mira a tutelare non è, infatti, la conclusione del contratto, ma la libertà di autodeterminazione negoziale: tant'è che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, il relativo danno risarcibile non è mai commisurato alle utilità che sarebbero derivate dal contratto sfumato, ma al c.d. interesse negativo (l'interesse appunto a non subire indebite interferenze nell'esercizio della libertà negoziale) o, eventualmente, in casi particolari, al c.d. interesse positivo virtuale (la differenza tra l'utilità economica ricavabile dal contratto effettivamente concluso e il diverso più e più vantaggioso contratto che sarebbe stato concluso in assenza dell'altrui scorrettezza).

In particolare, ai fini dell'indennizzo in favore del concorrente/aggiudicatario occorre che:

- il comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione durante il corso delle trattative e della formazione del contratto risulti oggettivamente contrario ai doveri di correttezza e di lealtà e buona fede nelle trattative e nella conclusione del contratto ai sensi dell'art. 1337 c.c. (Cons. Stato, 7/2/2012, n. 662);
- che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo;
- che vi sia affidamento incolpevole dell'aggiudicatario inteso come «buona fede soggettiva» circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose (Consiglio di Stato, Sez. V, 11 giugno 2018, n. 3602); non può considerarsi incolpevole l'affidamento che deriva dalla mancata conoscenza della norma imperativa violata);
- che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione.

Con riferimento al danno oggetto di indennizzo (e quindi alla revoca legittima), lo stesso va parametrato al solo "danno emergente" e non anche al c.d. «danno da perdita di chance» o «lucro cessante» come previsto dal comma 1-bis del sopra richiamato articolo 21-quinquies (Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2016 n.1797).

Ciò in quanto si tratta di un rimedio posto a protezione di interessi lesi da atti legittimi dell'amministrazione e dunque leciti.

7. Nello svolgimento dell'attività autoritativa, in generale, l'amministrazione è infatti tenuta a rispettare, oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza. Dalla violazione di tali norme può nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza.

Conseguentemente con esso non possono essere reintegrate tutte le conseguenze patrimoniali negative risentite dai relativi destinatari ma si opera un bilanciamento rimesso all'equo componimento delle parti interessate o, in caso di disaccordo, al giudice amministrativo. Rilevano, in questo contesto, ai fini dell'indennizzo le spese inutilmente sopportate per partecipare alla gara dall'operatore economico che ha subito la revoca. Il danno, ad ogni modo, impossibile da determinare nel preciso ammontare, può essere stabilito in via forfettaria ed equitativa dal Giudice amministrativo, in misura percentuale rispetto alle spese sostenute dal concorrente per i "costi vivi" affrontati per la predisposizione dell'offerta e la partecipazione alla gara.

Nel caso di richiesta risarcitoria (revoca illegittima), invece, tale quantificazione si estende, previo accertamento di tipo probatorio, a tutto il pregiudizio interamente subito, ovvero relativo al danno emergente ed al lucro cessante, derivante dall'illegittima violazione della sfera giuridico patrimoniale del soggetto leso. I giudici arrivano in questi casi a disporre la reintegrazione in forma specifica, mediante la declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato con il secondo in graduatoria.

Guardando alla casistica giurisprudenziale, a titolo esemplificativo, si riportano i seguenti casi di revoca ritenuta legittima:

- (i) sopravvenuta impossibilità di avvalersi della prestazione dell'altra parte;
- (ii) carenza originaria o sopravvenuta della copertura finanziaria;

- (iii) revoca per sopravvenuta non corrispondenza dell'appalto alle esigenze dell'amministrazione;
- (iv) sopravvenuta non convenienza economica dell'appalto
- (v) revoca per inidoneità della prestazione descritta nella *lex specialis* a soddisfare le esigenze contrattuali che hanno determinato l'avvio della procedura⁸.

Queste circostanze sono considerate una valida ragione per disporre la revoca dell'affidamento di un appalto pubblico, anche all'indomani della stipula di quest'ultimo e, quindi, a fortiori lo è, allorché il contratto non sia stato ancora concluso, posto che l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta⁹.

3. La revoca come atto vincolato. La perdita dei requisiti da parte dell'aggiudicatario/contraente

Nel caso di perdita dei requisiti, la revoca della aggiudicazione (e il rifiuto di stipula del contratto) da parte della stazione appaltante non rappresenta esercizio del potere di autotutela decisoria - che, come visto, è discrezionale e orientato al perseguimento dell'interesse pubblico -, ma attività amministrativa vincolata, essendo vietata dalla legge la conclusione di contratti di appalto con operatori economici privi dei requisiti.

«Sussiste il diritto all'indennizzo in favore dell'aggiudicatario che rifiuti la stipula del contratto per protratta inerzia e condotta dilatoria della Stazione appaltante.»



Il mancato esercizio del potere, vincolato, legittimerebbe chi vi abbia interesse ad agire contro la stazione appaltante per violazione dell'obbligo di provvedere. Pertanto, qualora, illegittimamente,

8. Fra le tante, Cons. Stato, 21/4/2016, n. 1599, 29/7/2015, n. 3748; 29/11/2016, n. 5026).

9. Nei contratti pubblici, anche dopo l'intervento dell'aggiudicazione definitiva, non è precluso all'amministrazione appaltante di revocare l'aggiudicazione stessa, in presenza di un interesse pubblico individuato in concreto, che ben può consistere nella mancanza di risorse economiche idonee a sostenere la realizzazione dell'opera (TAR Napoli, 139/2018; Cons. Stato, n.4116/2012, n. 4809/2013;n. 6406/2014; n. 2013/2015; n. 1599/2016; TAR Campania, Napoli, n. 5875/2017; n. 2263/2010).

sia stato stipulato un contratto di appalto con un operatore economico privo dei requisiti per contrarre con la Pubblica Amministrazione, è consentito, a chi vi abbia interesse e sia legittimato a contestare la stipulazione, agire in giudizio per chiedere l'accertamento della illegittimità del comportamento della pubblica amministrazione, collegato al mancato esercizio del potere di dichiarare la decadenza dell'aggiudicatario, per ottenere dal giudice amministrativo l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato (in questo senso TAR Lazio, sez. I quater 25/2/2019 n. 2547; TAR Campania, Napoli, sez. IV, n. 3809/2018, confermata dal Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza n. 946/2019)¹⁰.

In questi casi si deve escludere la spettanza di un qualsiasi indennizzo all'«ex» aggiudicatario in quanto la revoca in autotutela derivi proprio da comportamenti colpevoli.

3.1 Rifiuto legittimo - Vincolatività dell'offerta

L'offerta è vincolante solo per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per 180 giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione.

Secondo la consolidata giurisprudenza l'art. 32, comma 4, del Codice tutela l'offerente perché limita la vincolatività dell'offerta entro un lasso di tempo entro il quale si presume che la stessa conservi la propria remuneratività e decorso il quale l'offerente può ritenersi sciolto dall'offerta presentata¹¹.

L'aggiudicatario ha quindi il diritto di sciogliersi legittimamente da ogni vincolo e rifiutare di stipulare o recedere dal contratto:

1) se la stipulazione del contratto non avviene nel predetto termine (60 gg. o diverso termine previsto

dalla *lex specialis*);

2) se il controllo previsto dall'art. 33 di regolarità formale previsto dall'ordinamento della stazione appaltante non avviene nel termine ivi previsto (in questo caso è richiesto atto notificato alla stazione appaltante).

L'esercizio di tale diritto potestativo, in assenza del quale l'offerta conserva la propria efficacia, deve avvenire attraverso una univoca manifestazione di volontà in tal senso da parte dell'interessato. La ratio della norma ha condotto la giurisprudenza a ritenere che, decorsi i 180 giorni o il diverso termine fissato nella *lex specialis*, il concorrente può validamente svincolarsi dalla propria offerta senza soggiacere ad un onere di motivazione o ad un termine per l'esercizio di tale diritto potestativo¹².

All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate (fermo restando il rimborso delle spese sostenute in caso di anticipata esecuzione del contratto in via d'urgenza) e al contempo lo stesso non incorrerà in nessuna sanzione per la mancata tipula del contratto.

Tuttavia, alcuni rilevanti orientamenti giurisprudenziali hanno riconosciuto il diritto all'indennizzo in favore del privato nel caso di rifiuto a stipulare giustificato da condotta "colpevole" della stazione appaltante nonché - ove l'aggiudicatario intenda conseguire il contratto - la possibilità di ricorrere avverso il silenzio innanzi al giudice amministrativo ovvero di impugnare in sede di giurisdizione generale di legittimità innanzi a detto giudice eventuali atti di autotutela.

È possibile, invero, considerare vincolante l'offerta per l'aggiudicatario per il suddetto limitato termine dalla comunicazione dell'aggiudicazione, ma ciò ovviamente se le condizioni della gara siano rimaste immutate, nel senso che il legislatore, nel

10. Cfr. TAR Lazio Roma sez. I quater 25/2/2019 n. 2547; Cons. Stato, Ad. Pl., 20 luglio 2015, n. 8.

11. Da ultimo si veda la Deliberazione A.N.AC. 6/3/2019 n. 174.

12. TAR Toscana, sez. I, 31 marzo 2017 n. 496.

disciplinare tale fase, ha considerato una ordinaria procedura selettiva che si sia svolta nel periodo di tempo di efficacia della cauzione provvisoria (180 giorni ovvero altro termine previsto nel bando), essendo l'intera disciplina legislativa orientata a regolare la fase fisiologica del procedimento e non tenendo in considerazione, né disciplinando, le conseguenze delle patologie e degli interventi giudiziari condizionanti il termine di conclusione della procedura ad evidenza pubblica.

Una ipotesi di rifiuto legittimo alla stipula è stata poi ravvisata dal Consiglio di Stato (sentenza n. 2630/2018) nel caso di una società aggiudicataria di un appalto di servizi che era stata sanzionata con la revoca dell'aggiudicazione, l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'ANAC, per essersi rifiutata di stipulare un contratto che prevedeva l'esecuzione del servizio secondo modalità diverse da quelle previste nella *lex specialis* (per un periodo di tempo non coincidente con quello indicato nel bando e per il quale la stessa aggiudicataria aveva presentato la propria offerta economica).

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che le vicende che possono incidere temporalmente sull'avvio successivo dell'esecuzione del contratto (e quindi la sua stipula) rispetto ai termini previsti dal bando ed il conseguente slittamento in avanti nel tempo della durata contrattuale, fatta esclusione delle ipotesi in cui i ritardi siano effettivamente ed esclusivamente imputabili al comportamento del concorrente, non giustificano l'imposizione della modifica della durata del contratto rispetto a quanto previsto nella *lex specialis*, imponendo unilateralmente alla stazione appaltante di ridurre la durata contrattuale per un periodo corrispondente al tempo ormai trascorso e potendo, semmai, dare luogo all'avvio di una nuova trattativa con

l'aggiudicatario, nel rispetto delle regole fissate dall'art. 57 d.lgs. 163/2006 (potendosi al più considerare l'ipotesi della ripetizione di servizi analoghi di cui all'art. 57, comma 5, lett. b), d.lgs. 163/2006).

Si è così ritenuto che la condotta della Stazione Appaltante contrasti con le regole ed i principi della responsabilità precontrattuale e che tali principi – come affermato dalla Adunanza Plenaria n. 5/2018 – trovino applicazione in qualsiasi fase della procedura ad evidenza pubblica. In tale contesto è stato pertanto ritenuto giustificabile il rifiuto di stipulare il contratto da parte dell'aggiudicataria (e conseguentemente illegittima sia la revoca dell'aggiudicazione, che l'escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza).

Un'ulteriore ipotesi di rifiuto legittimo è stata ravvisata della protratta inerzia e condotta dilatoria della P.A. nonostante si fosse in presenza di un giudicato da cui derivava l'obbligo dell'Amministrazione di aggiudicare e stipulare con la parte vittoriosa in giudizio. Infatti un conto è la conduzione di una trattativa contrattuale, da cui non deriva mai un obbligo di stipulare un contratto, ma solo l'obbligo del rispetto dei principi di buona fede (con conseguente responsabilità precontrattuale in caso di inosservanza), un conto è essere obbligati, in virtù di un giudicato, a procedere ad aggiudicazione e stipulazione (cfr. Cons. Stato VI 11 gennaio 2010 n. 20; Tar Calabria, Reggio Calabria, 22/11/2012, n. 695).

In questo caso è stato stabilito il diritto al risarcimento ex art. 2043 c.c.¹³. Tuttavia l'importo da risarcire è stato ridotto in quanto l'imprenditore normalmente diligente (cfr. art. 1227 Cod. civ.) non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma persegue occasioni contrattuali

13. «... in tema di responsabilità extracontrattuale da fatto illecito, sulla somma riconosciuta al danneggiato a titolo di risarcimento occorre inoltre considerare anche il nocumento finanziario (lucro cessante) subito a causa della mancata tempestiva disponibilità della somma di denaro dovuta a titolo di risarcimento (somma che, se corrisposta per tempo, avrebbe potuto essere investita per lucrare un vantaggio finanziario). Siffatto danno forfettariamente risarcibile a mezzo degli interessi al saggio legale, deve essere calcolato non sulla somma originaria, né sulla rivalutazione al momento della liquidazione, ma sulla somma originaria rivalutata anno per anno ovvero sulla somma originaria rivalutata in base ad un indice medio con la decorrenza già indicata, in linea con il fondamentale insegnamento di Cass. SS.UU. n. 1712/1995».

alternative, dalla cui esecuzione trae il relativo utile (Cons. Stato, sez. VI, n. 115/2012) e nel caso di specie non è stato dimostrato che l'impresa non ha percepito nulla dallo svolgimento di attività lucrative diverse.

La riduzione del risarcimento risponde anche ai principi di cui agli artt. 1227 comma 2 c.c. e 30 comma 3 codice del processo amministrativo, che dispongono che il risarcimento non è dovuto per i danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti.

3.2 Rifiuto illegittimo

Per contro, negli altri casi, in virtù dell'art. 32, comma 8, e dell'art. 93 del Codice, l'aggiudicatario ha un obbligo *ex lege* di stipulare il contratto, la cui inosservanza è fonte di responsabilità contrattuale. Peraltro, il Codice prevede che la garanzia fornita dall'aggiudicatario copra proprio la mancata sottoscrizione del contratto «per fatto dell'affidatario», essendo svincolata automaticamente solo al momento della sottoscrizione del contratto medesimo.

È vero infatti che l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta e che il vincolo negoziale tra ente appaltante e aggiudicatario sorge solamente a seguito della stipula del contratto; ma è vero anche che lo stesso aggiudicatario, avendo presentato un'offerta irrevocabile, se rifiuta di addvenire alla stipula del contratto non adempie a un proprio obbligo derivante dall'irrevocabilità dell'offerta e di conseguenza commette un illecito, da cui discende l'obbligo di risarcire il danno subito dall'ente appaltante.

L'aggiudicatario definitivo che rifiuta la stipula del relativo contratto è quindi tenuto a risarcire il danno subito dall'ente appaltante in conseguenza di tale rifiuto (Cons. Stato 3755 del 31/8/2016).

A titolo esemplificativo quando:

- la scadenza del termine per la stipula è fatto non imputabile alla stazione appaltante, ma esclusivamente all'aggiudicatario che si è rifiutato

di depositare la documentazione prescritta dalla *lex specialis* e di porre in essere le attività necessarie e prodromiche alla stipula;

- manchi dei requisiti speciali oppure dei requisiti generali;

- l'offerta tecnica sia palesemente incongruente rispetto alla realtà effettiva quale appurata all'esito dei controlli propedeutici alla stipula del contratto e che hanno impedito il perfezionamento dell'aggiudicazione definitiva;

- la mancata comparizione per la sottoscrizione del contratto integra, in assenza di idonee ragioni giustificative.

La possibilità di incamerare la cauzione provvisoria in questo contesto assume carattere sanzionatorio, quale vera e propria clausola penale con liquidazione preventiva e forfettaria del danno subito dall'amministrazione per la mancata stipula del contratto.

Essa riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per fatto dell'affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile (Tar Lazio n. 7206/2017).

La giurisprudenza è concorde nel ritenere, in questi casi, che l'esclusione dalla gara e l'escussione della cauzione sia possibile, anzi rappresenti atto dovuto quale effetto automatico di quella determinata infrazione e che l'Amministrazione difetti di facoltà di scelta in merito.

Si è altresì precisato che la stazione appaltante ha diritto di ottenere il risarcimento dell'intero danno subito, anche qualora lo stesso ecceda l'importo della cauzione provvisoria, agendo in giudizio per la quantificazione del «*danno effettivo*», tenendo conto dei «*maggiori oneri economici*» che la stessa deve sopportare a seguito dell'aggiudicazione e della conseguente conclusione del contratto con il secondo classificato, la cui offerta potrebbe recare condizioni economiche peggiorative magari rispetto a quella dell'originario aggiudicatario ovvero le spese di indizione di una nuova gara (in caso di unico partecipante).

L'esclusione dalla gara per gravi illeciti professionali: conseguenze delle dichiarazioni rese in sede di partecipazione dai concorrenti

di Riccardo Gai



IL
PUN
TO

1. Il concetto di "grave illecito professionale" nel d.lgs. 50/2016: le incertezze interpretative prima della riforma

L'indicazione dei gravi illeciti professionali rilevanti, contenuta nella lettera c) del comma 5 dell'art. 80 del Codice dei contratti (D.Lgs. n. 50/2016) – nella sua originaria formulazione –, è stata ritenuta dalla giurisprudenza prevalente quale meramente esemplificativa e non comportante una preclusione automatica della valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante (v. Cons. di Stato, 2 marzo 2018, n. 1299).

In particolare, detta norma prevedeva che le stazioni appaltanti potessero escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico nel caso si dimostri con mezzi adeguati che si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua

integrità o affidabilità, facendo riferimento alla seguente elencazione che – come detto – è stata ritenuta dal massimo consesso amministrativo meramente esemplificativa:

- 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.

Per quanto concerne i “mezzi adeguati” citati dal Codice, sono state emanate le Linee guida ANAC n. 6 recanti appunto “Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) del Codice”.

Il Consiglio di Stato, in riferimento all’interpretazione dell’art. 80, comma 5, lett. c), del Codice dei contratti (che era rimasto invariato dopo l’entrata in vigore del D.Lgs. n. 56/2017, c.d. decreto correttivo), ha confermato la non tassatività dell’elencazione dei gravi illeciti professionali e, quindi, la possibilità per la stazione appaltante di valutare discrezionalmente la gravità di inadempienze che, pur non immediatamente riconducibili a quelle tipizzate, quanto agli effetti prodotti, siano tuttavia qualificabili come “gravi illeciti professionali” e perciò ostative alla partecipazione alla gara perché rendono dubbie l’integrità o l’affidabilità del concorrente.

Da ricordare che le Linee guida ANAC n. 6 individuano i) significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto; ii) gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara, nonché iii) altre situazioni idonee a porre in dubbio l’integrità o l’affidabilità dell’operatore economico.

L’esclusione dalla gara ai sensi dell’art. 80, comma 5, lettera c), dunque, ad avviso dell’ANAC deve essere disposta all’esito di un procedimento in contraddittorio con l’operatore economico interessato.

La rilevanza delle situazioni accertate ai fini dell’esclusione deve essere valutata nel rispetto del principio di proporzionalità, assicurando che le determinazioni adottate dalla stazione appaltante perseguano l’obiettivo di assicurare che l’appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità; inoltre, l’esclusione deve essere disposta soltanto quando il comportamento illecito incida in concreto sull’integrità o sull’affidabilità dell’operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare, il tutto in esito ad una valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata.

La Stazione appaltante è chiamata ad operare una valutazione discrezionale dell’idoneità del comportamento del concorrente che sia idoneo a porre in dubbio l’integrità o l’affidabilità del concorrente, valutazione che attiene all’esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante e deve essere effettuata con riferimento alle circostanze dei fatti, alla tipologia di violazione, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, il tutto in relazione all’oggetto e alle caratteristiche dell’appalto



Tuttavia, non sono mancati sul punto orientamenti giurisprudenziali di segno contrario, che hanno invece ritenuto che l’elencazione contenuta nell’art. 80, co. 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016, avesse invece carattere tassativo e fosse, perciò, da considerare di stretta interpretazione. Si è infatti ritenuto in proposito che l’elencazione contenuta nel ridetto comma 5 lettera c) è da ritenersi tassativa e non integrabile al di fuori delle fattispecie in essa elencate come sviluppate dalle Linee Guida dell’ANAC (TAR Lazio, Sez. III quater, 2 maggio 2018, n. 4793). A seguito dell’approvazione del DL 135/2018, tuttavia, come verrà analizzato al paragrafo seguente, tali dubbi interpretativi

sembrano essere stati definitivamente risolti ad appannaggio dell’orientamento maggioritario, che intende attribuire alla stazione appaltante maggior potere discrezionale senza vincolare la stessa ad ipotesi tassative.

2. Il grave illecito professionale nel DL "semplificazioni" (DL 135/2018; convertito con l. 12/2019)

L'art. 80, comma 5, lett. c) del D. Lgs. n. 50/2016 è stato modificato dal D.L. n. 135/2018 (c.d. "decreto semplificazioni") convertito con la l. 12/2019.

Tutti quei comportamenti che la previgente disciplina di cui all'art. 80, co. 5, lett. c), faceva rientrare nel concetto di "grave illecito professionale", secondo un'elencazione ritenuta di carattere esemplificativo dalla giurisprudenza prevalente, rappresentano ora individualmente delle autonome cause di esclusione e alle lettere c-bis) ("l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione") e c-ter) ("l'operatore economico abbia dimostrato

significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa").

Alla lettera c), invece, rimane la causa di esclusione che fa riferimento a "gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità", senza a questo punto far riferimento neanche a comportamenti esemplificativi, ma dando luogo,

sostanzialmente, ad una fattispecie escludente "aperta", e quindi con un notevole ed ulteriore ampliamento del margine di discrezionalità amministrativa.

Del resto, anche la giurisprudenza immediatamente antecedente alla modifica normativa di cui sopra, (Cons. di Sez. III, 12 dicembre 2018, n. 7022) nel ribadire la natura esemplificativa delle condotte indicate nell'art. 80, comma 5, lett. c) nella versione antecedente all'entrata in vigore del D.L. n. 135/2018, aveva osservato che esse pur agevolando gli obblighi dimostrativi della stazione appaltante per il caso in cui quest'ultima ritenga di addivenire all'esclusione dell'operatore economico colpevole delle condotte tipizzate, non ne limitavano la discrezionalità nella valutazione di altre situazioni, ritenute tali da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente.

Già in quella circostanza, infatti, il giudice amministrativo ravvisava come il fatto che l'operatore economico si sia reso "colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità" rappresentasse un tipico concetto giuridico indeterminato e la

categoria dei concetti giuridici a contenuto indeterminato attenesse ad una particolare tecnica legislativa nella quale, "per individuare il fatto produttivo di effetti giuridici, la norma non descrive la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva, ma rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici" (v. Cons. di Stato, Sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467).

Già nel quadro normativo previgente, quindi, la previsione del comma 5, lett. c) non comportava

Tutti quei comportamenti che la previgente disciplina di cui all'art. 80, co. 5, lett. c), faceva rientrare nel concetto di "grave illecito professionale", secondo un'elencazione ritenuta di carattere esemplificativo dalla giurisprudenza prevalente, rappresentano ora individualmente delle autonome cause di esclusione e alle lettere c-bis) e c-ter)



una preclusione circa la valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante della gravità di inadempienze che, pur non immediatamente riconducibili a quelle tipizzate, fossero astrattamente qualificabili come "gravi illeciti professionali", sì da essere ostative alla partecipazione alla gara.

Ora, con l'entrata in vigore della novella introdotta dal D.L. n. 135/2018 il legislatore ha compiuto una diversa declinazione della norma prevedendo un'autonoma causa di esclusione generica la cui valutazione viene rimessa interamente alla discrezionalità della stazione appaltante.

La ratio di tale disposizione sembrerebbe risiedere nell'esigenza di tutelare il vincolo fiduciario che deve sussistere tra stazione appaltante ed aspirante affidatario della commessa, consentendo di attribuire rilevanza ad ogni tipologia di illecito che per la sua gravità sia in grado di compromettere l'integrità morale e professionale di quest'ultimo. Ogni condotta collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa potrà pertanto essere valutata come possibile causa di esclusione dalla stazione appaltante, anche in mancanza di un accertamento giudiziale definitivo.

3. I conseguenti oneri dichiarativi del concorrente

Abbiamo visto fino a questo punto come l'impianto normativo – assecondato dalla giurisprudenza – abbia sostanzialmente riconosciuto in capo alla stazione appaltante un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di "integrità o affidabilità" dei concorrenti. Ciò vale a dire che questi ultimi, al fine di rendere possibile il corretto esercizio di tale potere, sono tenuti a dichiarare qualunque circostanza che possa

ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'Amministrazione; deve inoltre ritenersi che le condotte significative ai fini di una possibile esclusione non siano solo quelle poste in essere nell'ambito della gara all'interno della quale la valutazione di "integrità o affidabilità" dev'essere compiuta, ma anche quelle estranee a detta procedura.

I concorrenti, al fine di rendere possibile il corretto esercizio del potere di apprezzamento discrezionale dei gravi illeciti professionali, sono tenuti a dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'Amministrazione



In questo senso, ad esempio, il concorrente è tenuto a dichiarare le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che ne avevano causato la risoluzione anticipata, rientrando nell'ambito dell'obbligo dichiarativo di cui si discute tutti gli eventi che, benché oggetto di contestazione ed ancora *sub iudice*, avessero dato corso ad azioni di risoluzione contrattuale

ovvero ad azioni risarcitorie ad iniziativa del committente pubblico, in ragione della valutata commissione di gravi errori nell'esecuzione dell'attività professionale.

In soggetta materia vengono dunque in rilievo gli immanenti principi di lealtà e affidabilità professionale dell'aspirante contraente che presiedono in genere ai contratti e in specifico modo – per ragioni inerenti alle finalità pubbliche dell'appalto e dunque a tutela di economia e qualità della realizzazione – alla formazione dei contratti pubblici e agli inerenti rapporti con la stazione appaltante. Il concorrente è perciò tenuto a segnalare tutti i fatti della propria vita professionale potenzialmente rilevanti per il giudizio della stazione appaltante in ordine alla sua affidabilità quale futuro contraente, a prescindere da considerazioni su fondatezza, gravità e pertinenza di tali episodi.

4. Le conseguenze in ordine alle dichiarazioni omesse, reticenti o false: la giurisprudenza più recente

Anche la giurisprudenza più recente è in linea con l'impostazione sopra illustrata in merito alla necessità che il concorrente dichiararsi in sede di partecipazione ogni elemento delle proprie pregresse vicende professionali che potrebbe essere ritenuto rilevante ai fini dell'apprezzamento discrezionale da parte della stazione appaltante in merito al requisito della moralità professionale (v. Cons. di Stato, Sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407).

Secondo la citata sentenza, infatti, la stazione appaltante può desumere il compimento di "gravi illeciti" da ogni vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui è stata accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa.

Tuttavia, proprio per consentire alla stazione appaltante un'adeguata e ponderata valutazione sull'affidabilità e sull'integrità dell'operatore economico, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, sono posti a carico di quest'ultimo gli obblighi informativi: l'operatore è tenuto a fornire una rappresentazione quanto più dettagliata possibile delle proprie pregresse vicende professionali in cui, per varie ragioni, gli è stata contestata una condotta contraria a norma o, comunque, si è verificata la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti.

La sentenza in commento si occupa poi di declinare in modo dettagliato le tipologie di violazione di detti obblighi dichiarativi. In particolare, il Consiglio di Stato spiega che la dichiarazione resa dall'operatore economico nella domanda di partecipazione circa le pregresse vicende professionali suscettibili di integrare "gravi illeciti professionali" può essere omessa, reticente o completamente falsa.

V'è omessa dichiarazione quando l'operatore economico non riferisce di alcuna pregressa condotta professionale qualificabile come "grave illecito professionale"; v'è dichiarazione reticente quando le pregresse vicende sono solo accennate senza la dettagliata descrizione necessaria alla stazione appaltante per poter compiutamente apprezzarne il disvalore nell'ottica dell'affidabilità del concorrente. Infine, la falsa dichiarazione consiste in una *immutatio veri*; ricorre, cioè, se l'operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero (3). 4. L'art. 80, comma 5, lett. f-bis) del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede l'esclusione

automatica dell'operatore economico che abbia reso falsa dichiarazione ovvero abbia presentato falsa documentazione ("documentazioni o dichiarazioni non veritiere", secondo l'espressione utilizzata dal legislatore). Nel caso invece di dichiarazione reticente sussiste la facoltà della stazione appaltante di valutare tale omissione o reticenza ai fini dell'attendibilità e

dell'integrità dell'operatore economico.

È da considerare reticente la dichiarazione nel caso in cui in quest'ultima siano stati riportati, in maniera generica, taluni episodi della pregressa attività professionale suscettibili di integrare "gravi illeciti professionali". In quanto dichiarazione reticente, tale condotta si pone in violazione dei c.d. obblighi informativi con onere da parte della stazione appaltante di apprezzare l'affidabilità e l'integrità dell'operatore ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016.

In merito ai documenti astrattamente idonei a far rilevare fatti incidenti sulla moralità professionale del concorrente, altra recente giurisprudenza si è occupata di precisare che i fatti suscettibili di apprezzamento devono trovare traccia al fine di generare il corrispondente onere dichiarativo in capo all'impresa interessata, in atti/documenti

L'operatore è tenuto a fornire una rappresentazione quanto più dettagliata possibile delle proprie pregresse vicende professionali in cui, per varie ragioni, gli è stata contestata una condotta contraria a norma o, comunque, si è verificata la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti.



dotati di un *minimum* di attendibilità e valenza dimostrativa, onde fornire alla stazione appaltante la base probatoria (i "mezzi adeguati" di cui alla disposizione citata) al fine di formulare le eventuali conseguenti contestazioni di inaffidabilità professionale.

La sentenza citata si è in particolare soffermata sul fatto che tale livello di significatività probatoria non possa ritenersi raggiunto dalle notizie di stampa, cronologicamente collocate nel 2014, in ragione della intrinseca inaffidabilità di tale fonte informativa, per sé considerata, sia in considerazione del notevole lasso di tempo trascorso da tali notizie, troppo per ritenere che le notizie diffuse fossero ancora attuali alla data della presentazione dell'offerta (e tali, quindi, da generare in capo all'impresa interessata il predicato obbligo dichiarativo).

5. Criticità e nodi irrisolti

Ovviamente, il descritto ampliamento del potere discrezionale delle stazioni appaltanti nell'apprezzamento dei fatti rilevanti e suscettibili di incidere sulla moralità professionale del concorrente, porta con sé l'inevitabile conseguenza, come visto, che gli stessi concorrenti si trovino costretti a dichiarare ogni fatto – anche quello apparentemente più insignificante – onde evitare il rischio di incorrere in una dichiarazione omessa o reticente che potrebbe cagionarne l'esclusione dalla gara.

Il rischio che una disposizione del genere incida sui principi costituzionali posti a tutela della difesa sembra piuttosto alto dal momento che si introduce

un regime più restrittivo suscettibile di anticipare gli effetti pregiudizievoli del giudicato penale, civile o amministrativo.

Il descritto ampliamento del potere discrezionale delle stazioni appaltanti nell'apprezzamento dei fatti rilevanti e suscettibili di incidere sulla moralità professionale del concorrente, porta con sé l'inevitabile conseguenza che gli stessi concorrenti si trovino costretti a dichiarare ogni fatto – anche quello apparentemente più insignificante – onde evitare il rischio di incorrere in una dichiarazione omessa o reticente che potrebbe cagionarne l'esclusione dalla gara



Sotto questo ultimo profilo, molto critico è stato il parere dell'ANCE (Associazione Nazionale Costruttori Edili), la quale ha ritenuto che "Le suddette modifiche sembrano aprire ad una maggiore indeterminazione della categoria del 'grave illecito professionale', che in tal modo diviene 'altro' rispetto a quelle che erano, in precedenza, le sue ipotesi più esemplificative. La norma, infatti, nulla precisa in merito a quali possano essere le ipotesi di gravi illeciti professionali idonei

a mettere in dubbio l'integrità o affidabilità dell'operatore, e quindi causarne l'esclusione; ipotesi, che, logicamente, dovrebbero essere ulteriori rispetto alle fattispecie di cui alle nuove lettere c-bis e c-ter".

In merito alla lettera c-ter) l'ANCE ha rilevato inoltre che "ai fini dell'esclusione, conta la 'semplice' risoluzione per inadempimento del contratto, non essendo più previsto che la risoluzione sia non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio".

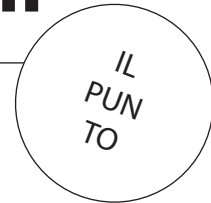
Effettivamente, le perplessità manifestate dall'ANCE paiono abbastanza condivisibili, poiché l'attuale assetto normativo pare essere eccessivamente penalizzante per le imprese che aspirano a concorrere nei pubblici appalti, poiché da un lato, come sopra accennato, sembrerebbe sussistere una evidente compressione delle garanzie costituzionali poste a presidio del diritto di difesa, dall'altro, la necessità per le imprese di dichiarare ogni vicenda pregressa pena l'esclusione

in caso di dichiarazione omessa o reticente pone in capo ai concorrenti un onere piuttosto gravoso ai fini della partecipazione alla gara.

È auspicabile che con l'imminente riforma del codice appalti (o con l'adozione di un nuovo codice) venga riveduta e corretta la disciplina relativa ai gravi illeciti professionali ed ai conseguenti – gravosi – oneri dichiarativi in capo alle imprese concorrenti, attraverso l'adozione di una disciplina maggiormente garantista e rispondente a principi di tipicità delle fattispecie in ossequio ai principi costituzionali sopra richiamati e per assicurare il giusto perseguimento del principio di massima partecipazione alle gare.

Prime note sulle modifiche al subappalto apportate dal decreto “sblocca-cantieri”

di Ilenia Filippetti



Premesse

Con il recente decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 – pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 92 del 18 aprile 2019 ed entrato in vigore a partire dal 19 aprile 2019 – sono state dettate importanti “Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici”. Il presente contributo costituisce un primo approccio, a prima lettura, alle principali modifiche apportate alle norme applicabili in materia di subappalto, modifiche particolarmente impattanti che – come si vedrà – non hanno inciso soltanto sulla quota subappaltabile ma anche su molti altri aspetti importanti dell’esecuzione del contratto.

La quota del contratto che può essere data in subappalto passa al 50%

1. Cambia la percentuale della quota subappaltabile

Ai sensi dell’art. 105, comma 2 del codice dei contratti, il subappalto è il contratto con il quale l’appaltatore affida a terzi l’esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto: costituisce, in ogni caso, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l’impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, **qualora l’incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell’importo del contratto da affidare, ed inoltre si tratti, anche alternativamente, di attività che siano, singolarmente:**

- **di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate, oppure:**
- **di importo superiore a 100.000 euro.**

Il calcolo dell'incidenza della manodopera va effettuata ai sensi dell'art. 23, comma 16 del codice dei contratti.

Come ormai ampiamente divulgato in esito all'approvazione delle nuove disposizioni contenute all'interno del decreto sblocca-cantieri, il legislatore ha oggi eliminato la previsione in base alla quale l'eventuale subappalto non poteva superare la quota del 30 per cento ed **ha innalzato la predetta percentuale al 50 per cento, sempre con riferimento all'importo complessivo del contratto.**

È stata invece introdotta la previsione secondo la quale il subappalto deve essere sempre indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara (sempre, e non solo "eventualmente").

Con le modifiche apportate all'articolo 105 del codice viene quindi posto a carico delle stazioni appaltanti **l'obbligo di indicare sempre, nel bando di gara, la possibilità per i concorrenti di ricorrere al subappalto.**

La vera novità, derivante dalla volontà del legislatore nazionale di recepire le indicazioni formulate dalla Commissione europea nell'incipiente procedura di infrazione comunitaria, consiste quindi nell'aumento della **quota del contratto che può essere data in subappalto, la cui percentuale passa dal 30 al 50 per cento del complessivo importo contrattuale.**

Si tratta di un'ennesima misura di stampo certamente pro-concorrenziale, che nondimeno, se non attentamente applicata dalle amministrazioni e non verificata con cura in sede di esecuzione contrattuale, rischia di diventare una pericolosa porta di ingresso aperta a favore di un amplissimo numero di soggetti che non sono stati sottoposti a controllo in fase di aggiudicazione al pari

dell'impresa risultata affidataria del contratto. Risulta quindi essenziale che i sub-contrattanti vengano attentamente verificati, dalle stazioni appaltanti, nella fase post-gara relativa, più propriamente, all'esecuzione contrattuale.

2. Rimane invariato l'obbligo di comunicare alla stazione appaltante i dati di tutti i sub-contratti

Per quanto concerne la quota del contratto che può essere sub-affidata, va nondimeno che, anche dopo le modifiche apportate al codice dei contratti ad opera del decreto sblocca-cantieri, è rimasta comunque invariata la previsione di cui all'art. 105, comma 2, in base alla quale **l'affidatario è tenuto a comunicare alla stazione appaltante per tutti i sub-contratti** (che non rientrano nella categoria dei subappalti, come definiti nella prima parte del medesimo comma):

- il nome del sub-contrattante;
- l'importo del sub-contratto;
- l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura che viene sub-affidato;
- le eventuali modifiche alle predette informazioni, che si verifichino nel corso dell'esecuzione del sub-contratto.

È bene notare che la norma impone che **le anzidette comunicazioni devono essere trasmesse dall'appaltatore alla stazione appaltante "prima dell'inizio della prestazione" sub-affidata ai terzi.**

Per l'esecuzione delle predette attività non viene tuttavia prescritta la necessità di un'apposita autorizzazione, né la necessità, per la stazione appaltante, di procedere al controllo circa il possesso, da parte dei sub-contrattanti, dei requisiti di ordine generale ai sensi dell'art. 80 del codice dei contratti pubblici. Resta fermo, in ogni caso, quanto previsto all'art. 91 del d.lgs. n. 159/2011, in relazione alla necessità di procedere all'acquisizione dell'informativa antimafia per tutti

Obbligo dell'informativa antimafia per tutti i sub-contratti sopra 150.000 euro

i **sub-contratti di importo pari o superiore a 150.000 euro (e, pertanto, anche quando si tratti di contratti nei quali l'incidenza del costo della manodopera e del personale non sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare).**

3. La verifica dei requisiti di ordine generale sul subappaltatore

All'art. 105, comma 4, nella parte in cui si prevede che **gli appaltatori possono affidare in subappalto le prestazioni comprese nel contratto previa autorizzazione** della stazione appaltante, sono state eliminate le previsioni (che, prima delle recenti modifiche, si configuravano entrambe come presupposti per poter effettivamente procedere al subappalto), secondo le quali:

a) l'affidatario del subappalto non doveva aver partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto;

d) il concorrente doveva dimostrare (attestando la relativa sussistenza già in fase di gara, prima ancora di diventare aggiudicatario del contratto), l'assenza, in capo ai subappaltatori, dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 del medesimo codice.

All'interno del medesimo comma 4 è stata **invece mantenuta come invariata la condizione per cui:**

b) il subappaltatore deve essere qualificato nella relativa categoria.

Con il decreto sblocca-cantieri è stata inoltre aggiunta la prescrizione in forza della quale, con evidente riferimento alla fase dell'esecuzione contrattuale, il subappaltatore deve essere in possesso dei requisiti di cui all'articolo 80.

È rimasta invece inalterata la previsione in base alla quale, al fine di poter richiedere l'autorizzazione a subappaltare una parte del contratto, occorre che: c) **all'atto dell'offerta il concorrente abbia indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intende subappaltare in fase di esecuzione.**

4. Eliminata l'indicazione della terna dei subappaltatori in fase di gara

In coerenza con le disposizioni appena sopra ricordate, all'art. 105, comma 6 è stata abrogata la previsione secondo la quale era obbligatoria l'indicazione di una terna di subappaltatori in sede di offerta:

- per gli appalti di importo pari o superiore alle soglie di rilievo europeo, nonché:
- per gli appalti che, indipendentemente dall'importo a base di gara, abbiano ad oggetto le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge n. 190/2012.

È stata parimenti eliminata anche la previsione per cui, nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori doveva essere indicata con riferimento a ciascuna delle tipologie di prestazioni omogenee previste nel bando di gara.

Con l'eliminazione della terna, è stata anche superata la prescrizione per cui nel bando o nell'avviso di gara la stazione appaltante doveva prevedere:

- le modalità e le tempistiche per la verifica (in relazione all'appaltatore ed ai subappaltatori, prima della stipula del contratto), delle condizioni di esclusione di cui all'articolo 80;
- l'indicazione dei mezzi di prova richiesti, per la dimostrazione delle circostanze di esclusione per gravi illeciti professionali come previsti dal comma 13 dell'articolo 80.

I requisiti generali del subappaltatore vanno verificati in corso di esecuzione (e non più per l'aggiudicazione della gara)



Il decreto sblocca-cantieri, abrogando integralmente il comma 6 dell'art. 105 in commento, ha così eliminato l'obbligo per le imprese concorrenti di indicare, già in fase di gara, la **"terna" di subappaltatori che, si noti bene, andava sempre indicata non soltanto per i contratti sopra soglia, ma anche "indipendentemente dall'importo a base di gara", quando il contratto aveva ad oggetto le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa.**

In altri termini, prima del vigore delle nuove norme anche per gli appalti sottosoglia andava indicata, in gara, la terna dei subappaltatori ai quali sarebbe stato possibile affidare una o più delle seguenti attività, trattandosi di prestazioni definite dalla stessa norma come maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa (art. 1, comma 53 della legge n. 190/2012):

- a) trasporto di materiali a discarica per conto di terzi;
- b) trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi;
- c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti;
- d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume;
- e) noli a freddo di macchinari;
- f) fornitura di ferro lavorato;
- g) noli a caldo;
- h) autotrasporti per conto di terzi;
- i) guardiania dei cantieri.

I soggetti a tali fini indicati nella terna dovevano essere sottoposti a tutti i controlli ex art. 80, da parte della stazione appaltante, ai fini della stessa aggiudicazione della gara a favore del concorrente.

Con l'eliminazione della terna da indicare in sede di gara, peraltro, **non sono venute meno le cautele antimafia prescritte dalla normativa anticorruzione del 2012**, con la conseguenza

che resta ferma la disposizione che impone lo svolgimento delle predette attività, per qualunque importo, soltanto ad opera dei soggetti che siano iscritti (o abbiano presentato l'istanza di iscrizione) negli appositi elenchi prefettizi, con l'ulteriore conseguenza che, soprattutto per gli appalti di lavori (ma non solo per essi) sarà compito del progettista indicare con attenzione e cura se e quali delle sopra indicate attività l'aggiudicatario dovrà realizzare (direttamente o in subappalto).

In aderenza alle predette modifiche, all'art. 80 del codice, che disciplina i motivi di esclusione dalla gara, è stato eliminato, al comma 1, il riferimento al subappaltatore laddove la norma prevede che costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 c.p.p., per uno dei reati ivi dettagliatamente elencati. Ad oggi, i predetti motivi di esclusione vanno pertanto verificati, in sede di gara, esclusivamente in capo alle imprese che concorrono alla gara.

Parimenti, al comma 5, è stato eliminato il riferimento al subappaltatore anche nella parte in cui viene previsto che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle situazioni ivi indicate (irregolarità contributive o fiscali, gravi illeciti disciplinari ecc.).

5. Come cambia il subappalto nelle concessioni

Per quanto concerne l'aggiudicazione dei contratti di concessione, all'interno delle nuove disposizioni viene previsto che – ferma restando la disciplina di cui all'articolo 30 del codice, contenente i principi generali per l'aggiudicazione e l'esecuzione dei contratti – in relazione ai contratti di concessione si applicano, per quanto attiene la materia del

Eliminata la terna dei subappaltatori per gli appalti sopra soglia e per le attività delle "white list"



subappalto, le disposizioni di cui all'art. 174 del codice, comma 1.

Per le concessioni non si assiste, in altri termini, ad un richiamo integrale all'art. 105 ma solo alle correlative e specifiche disposizioni espressamente richiamate dall'appena sopra citato art. 174.

Si noti, a titolo esemplificativo, come al comma 8 di tale ultima disposizione vengono espressamente richiamate le specifiche norme dettate in materia di subappalto relativamente:

- **all'intervento sostitutivo** in caso di ritardo nel pagamento dei contributi – come risultante dal documento unico di regolarità contributiva – e delle retribuzioni dovute al personale dipendente dell'esecutore o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi (comma 10 e comma 11 dell'articolo 105);
- **ai piani di sicurezza di cui al d.lgs. n. 81/2008 e di coordinamento di tutti i subappaltatori** operanti nel cantiere, al fine di rendere gli specifici piani redatti dai singoli subappaltatori compatibili tra loro e coerenti con il piano presentato dall'affidatario del contratto principale (comma 17 dell'art. 105).

Al comma 2 dell'art. 174 viene previsto, in parallelo con quanto disposto per i contratti d'appalto, che gli operatori economici indicano in sede di offerta le parti del contratto di concessione che intendono subappaltare a terzi.

Viene tuttavia specificato che, ai predetti fini, **non si considerano come terzi le imprese che si sono raggruppate o consorziate per ottenere la concessione, né le imprese ad esse collegate; se il concessionario ha costituito una società**

di progetto, in conformità all'articolo 184, **non si considerano terzi i soci**, alle condizioni di cui al comma 2 del citato articolo 184 (ovverosia che i soci siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle normative vigenti e ferme restando le disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali che prevedano obblighi di affidamento dei contratti a soggetti terzi).

Al comma 2 è stata poi eliminata la previsione per cui, per le concessioni soprasoglia, in sede di offerta gli operatori economici, che non fossero microimprese, piccole e medie imprese, dovevano indicare una terna di nominativi di subappaltatori nei seguenti casi:

- a) concessioni per le quali non risultava necessaria una particolare specializzazione;
- b) concessioni per le quali era possibile reperire sul mercato una terna di nominativi di subappaltatori da indicare, atteso l'elevato numero di operatori in grado di svolgere le

prestazioni da sub-concedere.

Parallelamente, con le nuove norme al comma 3 del medesimo art. 174 è stata eliminata la previsione per cui ogni concorrente:

- aveva l'obbligo di dimostrare, nel corso della gara, l'assenza, in capo ai subappaltatori indicati nella terna dei motivi di esclusione;
- doveva provvedere a sostituire subito, fin dalla

partecipazione alla gara, i subappaltatori in relazione ai quali fosse emersa l'esistenza di motivi di esclusione di cui all'articolo 80.

Nel contempo, in relazione alla successiva fase di esecuzione del contratto, al comma 3 del medesimo art. 105 è **stata**

introdotta la previsione per cui l'impresa risultata affidataria della concessione sarà

Non è subappalto l'affidamento della concessione ai componenti della società di progetto



Non è subappalto l'affidamento del contratto alla consorziata indicata in gara come esecutrice



tenuta a sostituire, durante la vigenza del contratto, i subappaltatori a carico dei quali sussistano i motivi di esclusione di cui all'articolo 80.

6. I rapporti tra consorzio e consorziate non costituiscono subappalto

Con le nuove disposizioni è stata eliminata, all'art. 47, comma 2 del codice – recante disposizioni relative ai requisiti per la partecipazione alle gare da parte dei consorzi – la previsione per cui i consorzi stabili di imprese ed i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria potevano utilizzare i requisiti di qualificazione:

- maturati in proprio dal consorzio nel suo complesso, oppure:
- posseduti dalle singole imprese consorziate che il consorzio aveva designato per l'esecuzione dell'appalto, oppure:
- posseduti dalle singole imprese consorziate che non erano state designate per l'esecuzione del contratto, facendo tuttavia ricorso, in questo caso, all'istituto dell'avvalimento.

È stata inoltre abrogata la previsione che demandava ad apposite linee guida dell'ANAC – peraltro non ancora emanate – l'individuazione dei criteri per l'imputazione, ai fini della qualificazione, delle prestazioni eseguite al consorzio oppure ai singoli consorziati.

Nel contempo, lo sblocca-cantieri ha introdotto, al medesimo comma 2 dell'art 47, l'espressa previsione secondo la quale i sopra citati consorzi stabili potranno eseguire le prestazioni dedotte nel contratto d'appalto:

- direttamente con la propria struttura, oppure:
- **tramite i consorziati indicati in sede di gara, senza che ciò costituisca subappalto**, con precisazione che resta ferma la responsabilità solidale, del consorzio e delle consorziate, nei confronti della stazione appaltante.

Per i lavori, ai fini della qualificazione, viene demandato al Regolamento unico l'individuazione

dei criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni. L'art. 216, comma 27-octies come modificato dal decreto sblocca-cantieri, prevede, infatti, la **prossima adozione di un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del codice dei contratti pubblici**. Tale regolamento dovrà essere adottato entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore delle nuove norme.

Il regolamento dovrà così disciplinare, tra l'altro, anche il **sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di cui all'art. 84 del codice**, in sostituzione delle linee guida ANAC originariamente previste ma, di fatto, mai effettivamente adottate dall'Autorità. Nella pratica operativa, le stazioni appaltanti dovranno quindi continuare ad applicare, in quanto compatibili (almeno fino al 16 ottobre 2019) le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III – cfr. articoli da 60 a 96: sistema di qualificazione delle imprese nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate – del D.P.R. n. 207/2010.

L'auspicio è che le nuove disposizioni regolamentari siano in grado di superare le incertezze applicative derivanti dal ricorso al sistema delle Linee guida. **Non è chiaro, tuttavia, quale potrà essere il preciso quadro normativo di riferimento nel caso in cui il regolamento unico non venga effettivamente adottato entro il termine di 180 giorni previsto dalle nuove disposizioni** (va peraltro notato che il decreto-legge n. 32/2019 dovrà essere convertito entro il 16 giugno 2019 e che, proprio in sede di conversione, alle norme in commento potrebbero essere anche apportate ulteriori modifiche).

7. Il pagamento diretto del subappaltatore diventa la regola generale

Infine, con le modifiche introdotte dallo sblocca-cantieri all'art. 105, comma 13 del codice viene oggi previsto che la stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori,

l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi:

- b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore;
- c) su richiesta del subappaltatore.

All'interno del medesimo comma sono state eliminate le seguenti ulteriori due condizioni che, prima delle nuove norme, dovevano invece sempre ricorrere per procedere al pagamento diretto del subappaltatore:

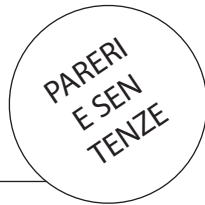
- a) che il subappaltatore o il cottimista fosse una microimpresa o piccola impresa;
- c) che la natura del contratto di subappalto consentisse di effettuare il pagamento diretto.

È stato così **introdotto il principio generale del pagamento diretto del subappaltatore, senza le previgenti limitazioni**, e, pertanto, a prescindere dalla dimensione dell'impresa subappaltatrice (ovverosia anche nel caso in cui l'impresa superi i limiti europei che individuano le micro e le piccole imprese: cfr. raccomandazione 2003/361/CE della Commissione). È importante sottolineare, inoltre, che le nuove norme esonerano le stazioni appaltanti dal verificare, di volta in volta, se la natura di ciascun singolo contratto consenta o meno il pagamento anticipato.

Il pagamento diretto del subappaltatore diventa la regola generale



Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. V, 30/4/2019, n. 2796

I termini per l'impugnazione dell'aggiudicazione possono essere incrementati di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità

"...la giurisprudenza del Consiglio di Stato, anche in considerazione delle particolari esigenze di tutela connesse alla derivazione comunitaria delle disposizioni sostanziali e processuali richiamate e nel bilanciamento fra i vari interessi coinvolti, ha anche affermato che deve essere condiviso il principio interpretativo secondo cui il termine di trenta giorni per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione – nel caso di specie secondo l'art. 79 del d. lgs. 163 del 2016, ad oggi ai sensi dell'art. 76 del d. lgs. 50 del 2016 - ma può essere "incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità, laddove questi non fossero oggettivamente evincibili dalla richiamata comunicazione e – comunque per l'allora vigente sistema entro il limite dei dieci giorni che il richiamato comma 5-quater dell'art. 79 fissava per esperire la particolare forma di accesso - semplificato ed accelerato - ivi disciplinata" (Cons. Stato, III, del 28 agosto 2014 n. 4432). Tale interpretazione, infatti, consente il sostanziale rispetto delle esigenze acceleratorie, di cui è portatore l'art. 120 del c.p.a., e, nello stesso tempo, non incide sul consolidato principio secondo il quale solo dalla piena conoscenza dell'atto censurato inizia a decorrere il termine per la sua impugnazione..."

Consiglio di Stato, Sez. V, 29/4/2019, n. 2720

Il principio di tutela dell'affidamento inibisce alla stazione appaltante di escludere dalla gara pubblica un'impresa che abbia compilato l'offerta in conformità al facsimile all'uopo dalla stessa predisposto

"Il disciplinare di gara, al punto 18, disponeva che la busta "offerta economica" dovesse contenere una dichiarazione in carta semplice, sottoscritta, a pena di esclusione, dal legale rappresentante, redatta possibilmente in conformità al facsimile Dichiarazione Offerta Economica, e recante comunque tutte le dichiarazioni/attestazioni ivi contenute per giurisprudenza consolidata, anche se il principio del favor participationis, volto a favorire la più ampia partecipazione alle gare pubbliche, ha di norma carattere recessivo rispetto al principio della par condicio, tuttavia l'esigenza di apprestare tutela all'affidamento inibisce alla stazione appaltante di escludere dalla gara pubblica un'impresa che abbia compilato l'offerta in conformità al facsimile all'uopo dalla stessa predisposto, potendo eventuali parziali difformità rispetto al disciplinare costituire oggetto di richiesta di integrazione (necessariamente, mediante soccorso istruttorio), atteso che nessun addebito poteva a detta impresa essere contestato per essere stata indotta in errore, all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, da un negligente comportamento della stazione appaltante, che aveva predisposto la modulistica da allegare alla domanda (in termini Cons. Stato, V, 5 luglio 2011, n. 4029; V, 2 dicembre 2015, n. 5454)."

TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 24/4/2019, n. 478

In caso di procedura telematica su MEPA la data certa del contratto di avvalimento esibito a seguito di soccorso istruttorio, firmato digitalmente ma privo della marcatura temporale, è desumibile dall'esame contestuale degli altri documenti prodotti

"... il contratto di avvalimento prodotto in sede di soccorso istruttorio è stato sottoscritto dalle parti con firma digitale, senza la contestuale apposizione della cosiddetta marcatura temporale, idonea ad attribuire data certa ai documenti digitali. Le parti resistente e controinteressata hanno documentato che, dalle proprietà del file, risulta comunque che la sottoscrizione del contratto di avvalimento da parte dei due contraenti sarebbe stata antecedente alla scadenza dei termini di partecipazione alla gara. Come correttamente osservato dalla difesa dell'amministrazione, in pratica, la sussistenza dell'avvalimento ed il suo contenuto erano evincibili dal complesso della documentazione prodotta, essendo stato omesso il solo contratto, regolarmente prodotto in sede di soccorso istruttorio. In siffatto contesto il documento contrattuale prodotto, munito di data ancorchè non certa, esattamente come una qualunque scrittura privata cartacea la cui data non è ex se normalmente "certa", non per questo non è suscettibile di valutazione nel contesto complessivo della gara.

Diversamente opinando si dovrebbe sostenere, anche per le gare condotte in forma cartacea, che quasi mai è ammissibile il soccorso istruttorio in mancanza di un documento, non avendo la maggior parte dei documenti ex se data certa, salva evidentemente la loro valutazione di attendibilità nel generale contesto della gara."

Consiglio di Stato, Sez. III, 23/4/2019, n. 2599

Sul concetto del requisito posseduto dalla mandataria in misura "maggioritaria"

"Non può essere, infatti, accolta la interpretazione ricavabile dall'atto di appello per cui il requisito maggioritario dovrebbe essere inteso nel senso della maggioranza "assoluta" e non "relativa" del

raggruppamento, non essendoci alcun riferimento né nell'art. 83 comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016 né nella lex di gara per una tale indicazione di requisito maggioritario.

Il dato testuale sia dell'art. 83 comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016 sia della lex di gara si riferisce al requisito in misura "maggioritaria", il che, in assenza di ulteriori previsioni, deve essere inteso nel senso letterale di misura "più grande" rispetto agli altri partecipanti al raggruppamento; né si può fare riferimento alle nozioni di "maggioranza", che riguardano le regole di funzionamento degli organi collegiali.

In ogni caso, la interpretazione letterale dell'art. 83 comma 8 è anche idonea a soddisfare la ratio della norma, di assicurare che l'impresa capogruppo sia il soggetto prevalente nel raggruppamento, in quanto più qualificato e affidatario della parte preponderante dell'appalto al fine di evitare che la mandataria possa assumere, all'interno del raggruppamento, una posizione marginale, che si rifletterebbe poi nell'esecuzione della prestazione (cfr. sulla ratio della previsione dell'art. 83 comma 8, Consiglio di Stato, Sez. V, 8 febbraio 2017, n. 560; Sez. III, 16 aprile 2018, n. 2257)."

Consiglio di Stato, Sez. III, 16/04/2019, n. 2493

Sulla inutilizzabilità delle notizie sull'esistenza di gravi illeciti professionali desunti da organi di stampa

"Con ulteriore doglianza, l'originaria ricorrente deduceva - reiterando la censura in questa sede - che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere il RTI controinteressato in ragione della mancata dichiarazione di fatti suscettibili di apprezzamento ai fini della integrazione della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) d.lvo n. 50/2016, il quale prevede che i soggetti che partecipano alle gare di appalto non debbano aver commesso gravi negligenze o malafede nell'esecuzione di contratti di appalto ovvero gravi errori professionali.

Deve infatti osservarsi che, sulla base della disposizione invocata, la stazione appaltante esclude l'operatore economico dalla gara ove "**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".

È quindi evidente che i fatti suscettibili di apprezzamento, alla luce della stessa, devono trovare traccia, al fine di generare il corrispondente onere dichiarativo in capo all'impresa interessata, in atti/documenti dotati di un minimum di attendibilità e valenza dimostrativa, onde fornire alla stazione appaltante la base probatoria (i "mezzi adeguati" di cui alla disposizione citata) al fine di formulare le eventuali conseguenti contestazioni di inaffidabilità professionale.

Ebbene, tale livello di significatività probatoria non può ritenersi raggiunto dalle notizie di stampa cronologicamente collocate nel 2014, menzionate con il motivo in esame: ciò sia in ragione della intrinseca inaffidabilità di tale fonte informativa, per sé considerata, sia in considerazione del fatto che non è allegato alcun elemento per ritenere che le notizie diffuse fossero ancora attuali alla data della presentazione dell'offerta (e tali, quindi, da generare in capo all'impresa interessata il predicato obbligo dichiarativo)."

Consiglio di Stato, Sez. V, 10/4/2019, n. 2351

Le referenze bancarie secondo la giurisprudenza amministrativa

"...In materia di referenze bancarie, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che:

- costituiscono uno dei mezzi di prova dei requisiti economico - finanziari necessari per l'aggiudicazione dei contratti pubblici, per il fatto notorio che il sistema bancario eroga credito a soggetti affidabili sotto tale profilo (cfr. Cons. Stato, sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5704);
- per quanto siano uno dei mezzi di prova per la qualificazione degli operatori economici sul piano economico - finanziario, possono rivelarsi in concreto inidonee a dimostrare i requisiti minimi di solidità economica e

patrimoniale dell'impresa al momento della partecipazione alla gara, dovendo la stazione appaltante aver riguardo al dato sostanziale come emergente da tutti i documenti in suo possesso (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2018, n. 6292);

- sono suscettibili di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante, che ha anche la possibilità di richiedere la loro integrazione mediante altra documentazione (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 agosto 2018, n. 4810);

- non devono essere consacrate in formule sacramentali, per essere sufficiente, per la loro idoneità, l'indicazione della correttezza e puntualità dei rapporti tra la cliente e l'istituto bancario (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15 gennaio 2016, n. 108);

- le referenze bancarie vanno considerate "idonee" qualora gli istituti bancari abbiano riferito sulla qualità dei rapporti in atto con le società, per le quali le referenze sono richieste, con particolare riguardo alla correttezza e puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, l'assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, che siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso (cfr. Cons. Stato, sez. III, 27 giugno 2017, n. 3134; IV, 29 febbraio 2016, n. 854; IV, 22 novembre 2013, n. 5542);

- è rimesso alla stazione appaltante la valutazione dell'idoneità dei documenti presentati dall'operatore economico, impossibilitato alla produzione delle referenze bancarie (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 luglio 2017, n. 3501)..."

TAR Umbria, Sez. I, 8/4/2019, n. 190

"La trasmissione di un supporto vuoto configura un'irregolarità essenziale non sanabile ai sensi dell'ultimo periodo dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016"

"...Il bando di gara prevedeva, alla sezione VI.3, che "...Il plico, in cui inserire il supporto elettronico (es. cd/chiavetta usb) contenente il DGUE in formato elettronico e la documentazione di cui sopra, sottoscritta digitalmente,...Costitutosi il seggio di gara, nella seduta riservata di prequalifica del 28 e 29 gennaio 2019 provvedeva ad escludere la ricorrente in quanto "il plico fatto pervenire contiene un supporto informatico (CD-recordable) vuoto – manca qualsiasi tipo di documentazione; tale mancanza costituisce irregolarità essenziale insanabile ai sensi dell'art. 83, comma 9 del D.Lgs. 50/2016". ...Pertanto, ai sensi della lex specialis, in questa fase doveva essere trasmesso un unico documento, il DGUE, con le modalità richiamate. Dagli atti di gara è incontestato che la ricorrente abbia trasmesso in busta chiusa unicamente un supporto informatico (CD) vuoto.

Appare, pertanto, condivisibile la posizione espressa dalla stazione appaltante nel confermare il provvedimento di esclusione precedentemente assunto, per cui, nel caso di specie la totale assenza del citato documento all'interno del supporto informatico presentato configura la fattispecie prevista dall'ultimo periodo del comma 9 dell'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016.

È stato osservato anche di recente in giurisprudenza che alla luce della "totale mancanza della documentazione amministrativa richiesta dalla legge di gara, deve ritenersi che l'offerta sia incompleta nei suoi elementi essenziali; anzi si potrebbe addirittura dubitare della rituale trasmissione dell'offerta stessa, manifestante la volontà della ricorrente di prendere parte alla gara...La trasmissione di un supporto vuoto configura nel caso in esame un'irregolarità essenziale non sanabile ai sensi dell'ultimo periodo dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto non consente né l'individuazione del contenuto dell'atto né tanto meno l'individuazione del soggetto responsabile dello stesso, non essendo possibile – neanche facendo riferimento ai dati del mittente presenti sulla busta – ricollegare in modo certo ad un determinato soggetto che rappresenti la società la volontà di quest'ultima di prendere parte alla procedura di gara di cui si discute..."

Corte di Giustizia Europea, 2/5/2019, n. C-309/18

(mancata) Indicazione costi della manodopera tra esclusione (applicazione del principio formale) e soccorso istruttorio (applicazione del principio sostanziale)

“Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione pregiudiziale posta dichiarando che i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, contemplati nella direttiva 2014/24, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un’offerta economica presentata nell’ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l’esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell’ipotesi in cui l’obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d’appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. **Tuttavia**, se le disposizioni della gara d’appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall’amministrazione aggiudicatrice.”

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 1182 DEL 19 dicembre 2018
PREC 230/18/L**

il costo della manodopera da indicare ai sensi dell’art. 95, comma 10, del codice è rappresentato dal costo complessivo, calcolato tenendo conto delle unità di personale da impiegare, delle relative qualifiche, nonché delle retribuzioni previste dal CCNL di riferimento

“...il costo della manodopera da indicare ai sensi dell’art. 95, comma 10, del codice è rappresentato dal costo complessivo, calcolato tenendo conto delle unità di personale da impiegare, delle relative qualifiche, nonché delle retribuzioni previste dal CCNL di riferimento (cfr. Relazione illustrativa al Bando-tipo n. 1/2017 di cui alla deliberazione ANAC n. 1228 del 22 novembre 2017).”

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 1148 DEL 12 dicembre 2018
PREC 212/18/L**

“non possono ritenersi legittime tutte quelle clausole del bando o del disciplinare di gara che limitino in modo ingiustificato tanto la libertà di stabilimento, quanto la libertà di prestazione di servizi”

“VISTI i Pareri di precontenzioso adottati con delibere n. 580 del 18 maggio 2016, n. 353 del 29 marzo 2017, n. 443 del 9 maggio 2018, i quali richiamano tutti il Comunicato del Presidente del 20 ottobre 2010 secondo cui, per generalizzato orientamento conforme della giurisprudenza «i bandi di gara non possono prevedere requisiti soggettivi dei concorrenti legati ad elementi di localizzazione territoriale, con effetti escludenti dalle gare pubbliche o con valore discriminante in sede di valutazione delle offerte, e non

attinenti alle reali esigenze di esecuzione del contratto ma esclusivamente ai requisiti tecnico-organizzativi delle imprese» in quanto simili clausole rappresentano una violazione dei principi di uguaglianza, non discriminazione, parità di trattamento e concorrenza;...non possono ritenersi legittime tutte quelle clausole del bando o del disciplinare di gara che limitino in modo ingiustificato tanto la libertà di stabilimento, quanto la libertà di prestazione di servizi. La medesima giurisprudenza richiama le pronunce della Corte Costituzionale, la quale ha in più occasioni chiarito che discriminare le imprese sulla base di un elemento di localizzazione territoriale contrasta con il principio di eguaglianza, nonché con il principio in base al quale la regione "non può adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose fra le regioni" (art. 120, secondo e terzo comma, della Costituzione) (C. Cost., 26 giugno 2001 n. 207 e 22 dicembre 2006, n. 440);

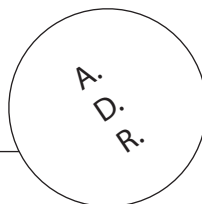
Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

al fine di individuare le imprese da invitare, il criterio di selezione di tipo territoriale della distanza non superiore a 200 km dal luogo di esecuzione, cui è attribuito un punteggio notevole (20 punti), appare restrittivo della concorrenza e lesivo del principio di non discriminazione in quanto, di fatto, conferisce un vantaggio competitivo alle imprese che già operano nel territorio."

A Domanda Rispondiamo

a cura di Maria Teresa Colamorea



1 In caso di gara espletata mediante software telematico che consente la partecipazione dei concorrenti alle sedute di gara, permane comunque l'obbligo in capo alla stazione appaltante di effettuare sedute pubbliche "fisiche" presso la propria sede?

Nelle gare telematiche è garantita non solo la tracciabilità di tutte le fasi procedurali ma anche l'inviolabilità delle buste elettroniche contenenti le offerte, facendo venir meno l'obbligo di svolgimento delle operazioni di apertura delle offerte in seduta pubblica. Detto ciò, la previsione negli atti di gara di sedute pubbliche rimane una facoltà della stazione appaltante la cui mancata indicazione non inficia la legittimità della procedura.

(cfr. TAR Lombardia – Brescia, 12 gennaio 2016 n. 38; cfr. TAR Sardegna, 23 ottobre 2017 n. 665).

2 Quali sono gli obblighi di legge in ambito di archiviazione sostitutiva dei documenti firmati digitalmente?

La gestione dei documenti informatici nell'ambito del loro ciclo di vita deve costruirsi sull'adozione di regole, legali, archivistiche e tecnologiche che possano assicurare, sin dalle prime fasi della loro gestione, una corretta produzione dei medesimi, poiché solo una corretta formazione del documento informatico ne consente una conservazione conforme alla norma.

La conservazione sostitutiva è una procedura giuridico-informatica regolamentata dalla legge italiana, che viene perfezionata utilizzando i seguenti strumenti:

- la Firma Digitale: si tratta di una tecnologia che garantisce l'autenticità, cioè l'identità del soggetto che firma e l'impossibilità di alterare il contenuto del documento dopo la firma;
- il Riferimento Temporale: informazione che contiene la data e l'ora e che viene associata al documento informatico per datarlo in modo certo;
- la Marcatura Temporale: servizio offerto da un Certificatore Accreditato, che permette di associare data e ora certe e legalmente valide ad un documento informatico, consentendo quindi di associare una validazione temporale opponibile a terzi (Art. 20, comma 3 Codice dell'Amministrazione Digitale D.lgs. 82/2005).

3

In base a quali presupposti l'Anac provvede all'iscrizione delle annotazioni nel casellario informatico?

Recentemente, una sentenza del Tar Lazio (n. 2178/2019) ha espressamente previsto che l'Autorità, nel garantire il rispetto della finalità di pubblicità notizia attribuita alle segnalazioni ad essa sottoposte, deve necessariamente ispirarsi "ai canoni di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa".

Ciò comporterebbe un'attenzione maggiore da parte dell'Autorità nella disamina dell'utilità delle segnalazioni in quanto, queste ultime *"incidono comunque in maniera mai indolore nella vita dell'impresa, anche nella forma che non prevede l'automatica esclusione o la conseguente interdizione dalla gare pubbliche, perché comunque rilevanti sia sotto il profilo dell'immagine sia sotto quello dell'aggravamento della partecipazione a selezioni pubbliche.*

La mera valenza di "pubblicità notizia" delle circostanze annotate come "utili" e il fatto che le stesse non impediscano, in via automatica la partecipazione alle gare, non esonera l'ANAC da una valutazione in ordine all'interesse alla conoscenza di dette vicende, la cui emersione deve avvenire in forza di un processo motivazionale che, per quanto sintetico, non può ridursi ad una assertiva affermazione di conferenza della notizia."

4

Decorso il termine di validità dell'offerta, sono previste sanzioni a carico dell'aggiudicatario che decide di non proseguire fino alla stipula del contratto?

Il D.Lgs. 50/2016 all'art 32 prevede che l'amministrazione possa chiedere agli offerenti e all'aggiudicatario un prolungamento dei termini affinché si concludano le operazioni e si arrivi ad una stipula; infatti il c.4 stabilisce che: "L'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine"; e il comma 8 "la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro i successivi sessanta giorni (dall'aggiudicazione efficace), salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario".

L'aggiudicatario, nell'ambito delle sue autonome determinazioni imprenditoriali, sceglie se confermare la sua offerta ormai scaduta, addivenendo alla stipula, ovvero esercitare il suo diritto di recesso dalla fase della stipula." (TAR Napoli, 14.01.2019 n. 201).

5 Una certificazione di qualità deve essere strettamente attinente al settore di attività dell'appalto da svolgere, per il quale essa viene richiesta?

Si. Le attestazioni di conformità devono essere pertinenti sia al settore di attività nel quale l'organismo/laboratorio rilascia la certificazione che al campo di applicazione in cui si intende svolgere una determinata attività. In generale, la certificazione di qualità mira ad assicurare che l'impresa affidataria sia idonea a effettuare la prestazione oggetto del contratto secondo il livello di aspettative, accertato da un organismo qualificato e secondo parametri rigorosi delineati a livello europeo che valorizzino l'organizzazione e il livello complessivo dell'attività nell'intero suo svolgimento (cfr. Cons. Stato, sez. VI, sentenza n. 6619 del 27.10.2003; Parere Anac n. 98 del 19.5.2011; Delibera Anac n. 179 del 21.2.2018).

6 Affinché l'illecito professionale rilevi come motivo di esclusione è necessario che ci sia una sentenza definitiva?

Affinché l'illecito professionale rilevi come motivo di esclusione non è necessario che si sia formato un giudicato, come si poteva invece ritenere in base alla previgente versione dell'art. 80 comma 5, lett. c del D.lgs. 50/2016. Pertanto, fino al giudicato la valutazione del comportamento tenuto nell'esecuzione di appalti o concessioni precedenti spetta soltanto alla stazione appaltante la quale non potrà comunque procedere all'esclusione dell'impresa, se non dopo aver attivato il contraddittorio con quest'ultima. L'esclusione disposta dalla stazione appaltante, ad ogni modo, dovrà comunque dare adeguatamente conto delle ragioni per le quali la risoluzione sia tale da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico, anche avuto riguardo al tempo trascorso dalla presunta violazione e alla gravità della stessa.

7 Le convenzioni ex art. 5 L. 381/91 possono costituire una deroga all'applicazione del principio di rotazione?

L'articolo 5, comma 1, della legge 381/91 prevede la possibilità per gli enti pubblici, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della Pubblica Amministrazione, di stipulare convenzioni con cooperative sociali per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato, al netto dell'I.V.A., sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate.

Lo stesso articolo, prevede espressamente che: "Le convenzioni di cui al presente comma sono stipulate previo svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza".

Se, dunque, lo scopo finale è quello di consentire il reinserimento lavorativo degli occupati per il tramite delle cooperative, l'escludere una sorta di riserva a favore del gestore uscente sarebbe meritevole di tutela anche alla luce del fatto che la dottrina ha chiarito che proprio al fine di favorire l'alternanza, la durata della convenzione deve essere limitata nel tempo.

Tanto si legge nella sentenza del Consiglio di Stato n. 435 del 17 gennaio 2019.

8**Un operatore economico può addurre delle motivazioni volte a non consentire l'accesso agli atti relativo all'offerta tecnica, richieste da un altro concorrente?**

Il D.Lgs. 50/2016 in realtà, tutela la difesa in giudizio dei concorrenti di una procedura, consentendo l'accesso a tutti gli atti di gara; infatti l'art. 53 comma 5 prevede dapprima una tutela delle informazioni relative a segreti tecnici e commerciali: "Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione: a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali..." ma al sesto comma precisa: "In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto".

La giurisprudenza si è più volte espressa sulla questione rilevando che l'esigenza di riservatezza delle imprese, (art. 24 L. n. 241/1990), in relazione all'interesse commerciale o industriale, sia idonea a giustificare esclusioni o limitazioni del diritto d'accesso, nei casi in cui la medesima esigenza risulti apprezzabile, lecita e meritevole di tutela in quanto collegata a potenziali pregiudizi derivanti dalla divulgazione di tali dati, il diritto di accesso ottiene riconoscimento limitatamente a quegli atti o documenti di gara la cui ostensione risulti necessaria per curare o per difendere gli interessi giuridici dell'istante.

Non può essere consentito l'esercizio del diritto di accesso nei casi in cui il partecipante alla gara abbia dichiarato la sussistenza di esigenze di tutela del segreto tecnico o commerciale ed il richiedente non abbia al contempo dimostrato

la concreta (e non solo potenziale) necessità di utilizzare tale documentazione da far valere in un apposito giudizio (TAR Lazio sentenza 13 giugno 2018 n. 6614).

Il diritto di accesso agli atti di una gara di appalto deve essere riconosciuto anche quando vi è l'opposizione di altri partecipanti controinteressati per la tutela di segreti tecnici e commerciali, in quanto esso è prevalente rispetto all'esigenza di riservatezza o di segretezza. Tar Puglia – Bari, Sez. III, 14 gennaio 2019, Ord. n. 49.

I confini “aperti” del soccorso istruttorio

di Giuseppe Croce

IN
PIL
LOLE

La periodica indagine sulle vicende più interessanti del panorama Giurisprudenziale recente, ci porta in direzione “soccorso istruttorio”, istituito dalle mille sfaccettature e che in maniera trasversale abbraccia svariati aspetti del momento più strettamente rituale della commessa pubblica, la fase di gara vera e propria.

L’art. 83 co. 9 con la sua struttura ampia, richiede necessariamente degli interventi specificativi da parte dei Giudici che a più riprese ne costruiscono i limiti.

Di recente il Consiglio di Stato sez. VI 09/04/2019 n. 2344 ragionando sui margini dell’istituto, rammenta che l’art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016 delimita la procedura di soccorso istruttorio alla eventuale “mancanza, 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 giurisprudenza (cfr. CGA, 5 novembre 2018, n. 701) ha chiarito che: “L’istituto del soccorso istruttorio nelle gare di appalto, previsto e disciplinato dall’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, è di latitudine tale da far rientrare nel suo ambito operativo, ben al di là delle mere operazioni di formale completamento o chiarimento cui aveva riguardo l’art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, le carenze di “qualsiasi elemento formale della domanda”, ossia la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità, quand’anche di tipo “essenziale”, purché non involgente l’offerta economica o tecnica in sé considerata”.

Entrando poi nelle casistiche applicative, si richiama l’attenzione sulla pronuncia della Corte di giustizia UE, 02.05.2019 n. C-309/18 che muovendo dalla previsione normativa di cui all’art. 83 c.9, specifica quanto opportuno in tema di indicazione dei costi della manodopera.

Si rammenta infatti che “Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all’articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all’offerta economica e all’offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere ...”; e che inoltre in lettura congiunta con l’articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici: “Nell’offerta economica l’operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell’articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell’aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all’articolo 97, comma 5, lettera d)”.

La Corte si affretta a precisare che secondo una giurisprudenza costante della stessa Corte, nell'ipotesi in cui i documenti relativi all'appalto pubblico imponessero chiaramente taluni obblighi a pena di esclusione, l'amministrazione aggiudicatrice non può ammettere qualsiasi rettifica o omissioni concernenti i medesimi obblighi (v., per analogia, sentenze del 6 novembre 2014, Cartiera dell'Adda, C42/13, EU:C:2014:2345, punti 46 e 48; del 2 giugno 2016, Pizzo, C27/15, EU:C:2016:404, punto 49, e del 10 novembre 2016, Ciclat, C199/15, EU:C:2016:853, punto 30). A tale riguardo, occorre aggiungere che l'articolo 56, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 autorizza gli Stati membri a limitare i casi nei quali le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione asseritamente incomplete, errate o mancanti entro un termine adeguato.

I principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, contemplati nella direttiva 2014/24, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione.

Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice.

Altra interessante pronuncia in tema di soccorso istruttorio è la n. 970 del Tar Lombardia del 30 aprile u.s. ove si discute di mancata presentazione del Pass OE. All'uopo si precisa che l'esclusione di parte ricorrente non discende tanto dalla mancata presentazione del documento costituito dal PassOE, quanto dall'insussistenza, al momento di presentazione della domanda di partecipazione, della stessa registrazione AVCPASS presso il portale ANAC (...).

Così, non pare conferente il richiamo all'art. 83, IX comma, del d.lgs. 150/2016, per il quale "le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio", mediante assegnazione di un termine "perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere".

La registrazione AVCPASS non costituisce tanto una dichiarazione, quanto una procedura articolata, e la sua omissione rappresenta un'irregolarità essenziale e insanabile: invero, se "il PassOE può essere prodotto pure in seguito (in particolare, in esito alla procedura del soccorso istruttorio)", ciò è possibile "purché il prerequisite fondamentale (cioè la registrazione presso i servizi informatici dell'Anac, AVCPass) sia stato perfezionato. In caso contrario, ossia di registrazione non completata prima della scadenza del termine per partecipare alla gara, non si ravvisano margini per procedere al soccorso istruttorio, perché non si tratta più di rendere ex novo, ovvero di integrare o regolarizzare ex post, una dichiarazione, ma, viceversa, di adempiere tardivamente ad un obbligo di legge (cfr. TAR Palermo, 15 gennaio 2016, n. 150.)" (così TAR Roma, III, 6 novembre 2017, n. 11031).

Altra sentenza recente sul tema, è quella a paternità del Tar Campania Napoli n. 2224 del 19/04/2019, relativa all'integrazione della campionatura prodotta, nell'ambito di una procedura da affidarsi secondo il criterio del prezzo più basso. Nella sentenza si evidenzia che la produzione della campionatura da parte del concorrente non rientra né integra l'offerta, posto che trattasi di una procedura da aggiudicare con il

criterio del prezzo più basso, in cui non vi è in radice un'offerta tecnica; per cui l'eventuale esclusione per difetti della campionatura non può prescindere dall'adempimento delle formalità procedurali prescritte del soccorso istruttorio, con la contestazione quindi delle anomalie riscontrate al fine di permettere, in contraddittorio con il concorrente interessato, l'eventuale integrazione e regolarizzazione della campionatura presentata. Ulteriore pronuncia è quella del TAR Perugia, del 08.04.2019 n. 190, nella quale si tratta dell'inserimento all'interno del plico, di un supporto informatico "vuoto".

Il bando di gara prevedeva, alla sezione VI.3: "[I]l DGUE, in formato elettronico, dovrà essere compilato unicamente nelle parti non espressamente barrate, corredato da copie fotostatiche di un documento di identità in corso di validità del sottoscrittore e della documentazione di cui al presente bando...Il plico, in cui inserire il supporto elettronico (es. cd/chiavetta usb) contenente il DGUE in formato elettronico e la documentazione di cui sopra, sottoscritta digitalmente, dovrà pervenire all'Ufficio Protocollo (...) in busta chiusa e sigillata, con la dicitura: (...). Pertanto, ai sensi della *lex specialis*, in questa fase doveva essere trasmesso un unico documento, il DGUE, con le modalità richiamate.

Dagli atti di gara è incontestato che la ricorrente abbia trasmesso in busta chiusa unicamente un supporto informatico (CD) vuoto.

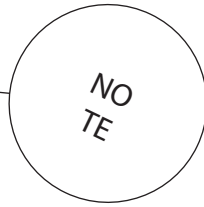
Appare, pertanto, condivisibile la posizione espressa dalla stazione appaltante nel confermare il provvedimento di esclusione precedentemente assunto, per cui, nel caso di specie la totale assenza del citato documento all'interno del supporto informatico presentato configura la fattispecie

prevista dall'ultimo periodo del comma 9 dell'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016.

stato osservato anche di recente in giurisprudenza che alla luce della "totale mancanza della documentazione amministrativa richiesta dalla legge di gara, deve ritenersi che l'offerta sia incompleta nei suoi elementi essenziali; anzi si potrebbe addirittura dubitare della rituale trasmissione dell'offerta stessa, manifestante la volontà della ricorrente di prendere parte alla gara.

Orbene, la giurisprudenza formatasi sull'istituto del soccorso istruttorio di cui agli articoli 38 e 46 dell'abrogato d.lgs. 163/2006 – ma applicabile anche in vigenza dell'attuale d.lgs. 50/2016 – esclude che lo stesso possa essere disposto in caso di totale assenza di dichiarazioni o di elementi essenziali ai fini dell'ammissione, pena in tale caso la violazione del principio della par condicio dei partecipanti, dovendosi anche tenere in considerazione un principio di autoresponsabilità dei partecipanti stessi" (Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 23 marzo 2018; cfr. C.d.S., sez. V, 14 febbraio 2018, n. 956 e 19 maggio 2016, n. 2106).

La trasmissione di un supporto vuoto configura nel caso in esame un'irregolarità essenziale non sanabile ai sensi dell'ultimo periodo dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto non consente né l'individuazione del contenuto dell'atto né tanto meno l'individuazione del soggetto responsabile dello stesso, non essendo possibile – neanche facendo riferimento ai dati del mittente presenti sulla busta – ricollegare in modo certo ad un determinato soggetto che rappresenti la società la volontà di quest'ultima di prendere parte alla procedura di gara di cui si discute (in tal senso TAR Perugia, 08.04.2019 n. 190).



A series of horizontal dotted lines for writing, consisting of 20 lines.

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

i seminari in programma

SEMI
NARI

PROJECT MANAGEMENT

Corso Base di Project Management per RUP, funzionari e dirigenti di P.A., e Società partecipate (ISIPM-Base®)

21, 22 e 23 maggio 2019 Roma; 4, 5 e 6 giugno 2019 Olbia

Percorso di Alta Formazione sul Project Management per RUP, funzionari e dirigenti di P.A. e società partecipate (ISIPM Avanzato®)

11, 12 e 13 giugno 2019 Cagliari; 18, 19 e 20 giugno 2019 Roma

Fondamenti di Project Management. Panoramica per Funzionari e Dirigenti della P.A. e di società partecipate

21 maggio 2019 Bari, 28 maggio 2019 Trieste

APPALTI

La riforma del Codice degli Appalti nel Decreto "Sblocca Cantieri" (d.l. n. 32/2019) e nella Legge Delega

23 maggio 2019 Palermo, 28 maggio 2019 Pescara, 30 maggio 2019 Verona, 04 giugno 2019 Bologna, 04 giugno 2019 Torino, 05 giugno 2019 Ancona, 11 giugno 2019 Genova, 11 giugno 2019 Roma, 11 giugno 2019 Trieste, 18 giugno 2019 Milano, 25 giugno 2019 Cagliari, 25 giugno 2019 Bari, 27 giugno 2019 Napoli, 27 giugno 2019 Olbia, 02 luglio 2019 Firenze, 04 luglio 2019 Bolzano

Subappalto, avvalimento e altre forme integrative delle capacità esecutive delle imprese: le importanti modifiche contenute nello "sblocca cantieri"

02 luglio 2019 Trento, 09 luglio 2019 Pescara

La gestione delle gare telematiche. Cosa è cambiato, cosa inserire nella documentazione di gara, come gestire le varie fasi. Le buone prassi ad alcuni mesi dall'entrata in vigore dell'obbligo di legge.

23 maggio 2019 Torino, 13 giugno 2019 Napoli, 09 luglio 2019 Verona

I contratti sottosoglia. Le questioni ancora controverse, la giurisprudenza, la buona prassi

28 maggio 2019 Genova, 11 giugno 2019 Milano, 18 giugno 2019 Trieste, 27 giugno Bologna

L'esecuzione del contratto nei servizi e forniture

16 maggio 2019 Trieste, 27 giugno 2019 Torino

Appaltare nel MePA beni, servizi e lavori rapidamente e senza errori, utilizzando gli strumenti telematici obbligatori per Legge. Esercitazioni pratiche.

16 maggio 2019 Genova, 21 maggio 2019 Trieste, 30 maggio 2019 Milano, 27 giugno 2019 Ancona

Appaltare nel Sistema Dinamico di Acquisizione (SDAPA) beni e servizi. Modalità per ottemperare all'obbligo di utilizzare strumenti telematici previsto dal Codice e dalle norme di finanza pubblica

31 maggio 2019 Milano

Il monitoraggio delle opere pubbliche tramite applicativo MOP-BDAP – Corso pratico

21 maggio 2019 Napoli, 11 luglio Trieste

La gestione degli adempimenti post-aggiudicazione. Dalle verifiche dei requisiti alla trasmissione delle informazioni agli Osservatori Regionali, al Ministero ed all'ANAC.

16 maggio 2019 Bologna, 18 giugno Pescara, 25 giugno 2019 Palermo, 2 luglio Milano

Responsabilità penali, civili ed amministrative del RUP

16 Maggio Bari

CORSI ONLINE AREA APPALTI

La riforma degli Appalti Pubblici dopo il Decreto Sblocca Cantieri 2019

7 e 14 giugno 2019

CORSI ONLINE AREA ANTICORRUZIONE

Percorso su anticorruzione: norma, documentazione e adempimenti

10 giugno 2019, 17 giugno 2019 e 24 giugno 2019

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



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!



sulla
Corte dei Conti

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

Medi
Graphic
MEDIAAPPALTI

Rubrica bimestrale
a cura di
Stefano Usai

maggio
2019

allegato alla Rivista mensile
MediAppalti

sommario

**Incentivi anche in caso di concessione? Necessità di un chiarimento nomofilatico
(Corte dei Conti, sezione regionale della Lombardia deliberazione n. 96/2019)**

Premessa

1. Incentivo e direttore dell'esecuzione
2. Il primo quesito: incentivo e concessioni di servizi
3. Secondo quesito: modalità di riconoscimento (della misura) dell'incentivo
4. Terzo quesito: stabilire le modalità concrete di erogazione

3

**Per transigere è sempre necessaria una controversia giuridica
(Corte dei Conti, sezione regionale della Puglia, deliberazione n. 29/2019)**

Premessa

1. Il riscontro

11

**Incentivi e contratti di forniture e servizi
(Corte dei Conti sezione regionale del Piemonte, deliberazione n. 25/2019)**

Premessa

1. L'aspetto della programmazione e del controllo
2. La mancanza dell'importo a base d'asta
3. Possibile riconoscere l'incentivo se esiste accantonamento

12

Incentivi anche in caso di concessione? Necessità di un chiarimento nomofilatico

Premessa

Il Sindaco di un comune lombardo premettendo l'intenzione "di affidare in concessione, mediante procedura ad evidenza pubblica, la gestione della segnaletica direzionale, di impianti pubblicitari di servizio, di impianti pubblicitari e di cartellonistica stradale sul suolo pubblico" pone alla sezione alcuni quesiti diretti a verificare la possibilità di corrispondere l'incentivo al RUP anche direttore dell'esecuzione nelle ipotesi specifiche relative alla concessione (e non ad appalto).

In particolare i quesiti posti sono:

1. *"se anche nel caso in cui il flusso economico derivante dalla concessione resti sostanzialmente nella esclusiva disponibilità dell'operatore economico aggiudicatario, l'incentivo per funzioni tecniche debba essere determinato sul valore posto a base di gara e quindi sul fatturato presunto";*

2. *"in caso affermativo, considerato che il canone è versato in quote annuali nella misura di € 20.500 e che l'incentivo, pari a € 62.500, deve invece essere riconosciuto in correlazione all'esigibilità della prestazione effettivamente svolta, se è corretto che l'Ente anticipi, a valere sulle risorse correnti di bilancio, l'importo da erogare al personale dipendente";*

3. «considerato che l'art. 113, comma 5 bis, D.Lgs. 50/2016 prevede che "gli incentivi di cui al presente articolo fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavoro, servizi e forniture" quale condizione per poter considerare detti importi esclusi dal limite di cui all'art. 23, comma 2, D.Lgs. 75/2017 (Corte Conti Sezione delle Autonomie n. 6/SEZAUT/2018/QMIG), e che in questo caso non vi è un capitolo di spesa in quanto non sono previsti nel bilancio comunale costi correlati alla gestione della concessione, in questo caso come occorre contabilizzare l'importo per incentivi per soddisfare la condizione necessaria all'esclusione dal limite previsto per il salario accessorio»;

4. se "stante il combinato disposto degli articoli 31, comma 5 e 113, comma 2, ult. Cpv. del D.Lgs. 50/2016 e viste le Linee guida ANAC n. 3, approvate con deliberazione n. 1007 dell'11/10/2017, con cui al punto 10.2 è stato definito l'importo massimo e la tipologia dei servizi e forniture per le quali il RUP può coincidere con il direttore dell'esecuzione del contratto" sia "legittimo, nel caso prospettato, riconoscere l'incentivo per funzioni tecniche nel caso in cui, con provvedimento dirigenziale, sia nominato direttore dell'esecuzione il RUP. In caso affermativo se è corretto corrispondere al medesimo dipendente l'incentivo sia per le funzioni di RUP che di direttore dell'esecuzione del contratto".

1. Incentivo e direttore dell'esecuzione

Fermo restando che la sezione ritiene il quesito n. 4 inammissibile (visto l'esigenza di rispondere a questioni solamete di carattere "astratto e generale"), in una ottica collaborativa rammenta "come, per effetto delle modifiche apportate all'art. 113 dall'art. 76, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 56 del 2017, i compensi incentivanti in parola siano erogabili, in caso di servizi o forniture, **solo laddove sia stato nominato il direttore dell'esecuzione**, nomina richiesta - come recentemente osservato dalla Sezione delle Autonomie nella precitata deliberazione n. 2/SEZAUT/2019/QMIG - "secondo le Linee guida ANAC n. 3 - par. 10.2, soltanto negli appalti di forniture e servizi di importo superiore a 500.000 euro ovvero di particolare complessità".

L'art. 111, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i. prevede che, di norma, il direttore dell'esecuzione del contratto di servizi o di forniture coincida il responsabile unico del procedimento, ma la disciplina di attuazione contenuta nelle Linee guida A.N.AC. n. 3 - par. 10.2 sopra richiamate individua espressamente i casi in cui il direttore dell'esecuzione del contratto non può coincidere con il responsabile del procedimento (tra cui quelli di prestazioni di importo superiore a 500.000 euro e interventi particolarmente complessi sotto il profilo tecnologico).

Dal disposto normativo sopra richiamato risulta, dunque, che, nei suddetti casi, anche ai fini dell'erogazione dei predetti compensi incentivanti nell'ambito di servizi e forniture, **la figura del direttore dell'esecuzione del contratto deve essere diversa da quella del responsabile unico del procedimento**: diversamente opinando, rileva il collegio, in siffatte ipotesi, "nessun dipendente svolgente le funzioni enumerate dal comma 2 dell'articolo 113 può percepire compensi incentivanti" (cfr. Sezione regionale controllo Lazio, deliberazione n. 57/2018/PAR).

2. Il primo quesito: incentivo e concessioni di servizi

Sul primo quesito “se anche nel caso in cui il flusso economico derivante dalla concessione resti sostanzialmente nella esclusiva disponibilità dell’operatore economico aggiudicatario, **l’incentivo per funzioni tecniche debba essere determinato sul valore posto a base di gara e quindi sul fatturato presunto**” il collegio si richiama (confermandolo) all’orientamento relativo alle deliberazioni della sezione Veneto, (deliberazioni n. 198/2018/PAR e n. 455/2018/PAR) che estende la possibilità di riconoscere l’incentivo per funzioni tecniche ex art. 113 del d.lgs. n. 50/2016 anche con riferimento alle concessioni (e ai contratti di partenariato).

Nonostante alcune difficoltà determinate dalla non chiarezza della norma, il collegio ritiene – come anticipato – che l’incentivo possa essere riconosciuto anche per le concessioni e la tesi estensiva risulta suffragata da una serie di elementi.

In particolare da un serie di argomenti testuali e logico-sistematici da cui si evince che “quando il legislatore abbia inteso non incentivabili attività annoverabili tra le funzioni tecniche svolte nell’ambito di certi contratti pubblici lo ha fatto esplicitamente”.

Inoltre, l’incentivabilità delle funzioni tecniche è prevista in altre disposizioni del codice espressamente applicabili anche alle concessioni o indistintamente riferite a tutti i contratti pubblici: è il caso dell’art. 31, comma 12 su ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni e dell’art. 102, comma 6, a mente del quale il compenso spettante per l’attività di collaudo sull’esecuzione dei contratti pubblici (senza alcuna distinzione) è contenuto, per i dipendenti della stazione appaltante, nell’ambito dell’incentivo di cui all’art. 113.

Sotto altro profilo un intervento nomofilattico – riconosce la Corte - su una questione ancora non consolidata appare indispensabile per prevenire incertezze applicative in una materia contrassegnata, nel tempo, da notevoli oscillazioni e contrasti interpretativi, determinati da una normativa sovente carente e ondivaga, causa del frequente ricorso all’intervento pretorio.

3. Secondo quesito: modalità di riconoscimento (della misura) dell’incentivo

Più articolata è la questione posta con il secondo quesito considerato che nel caso delle concessioni – non risultando costi a carico della stazione appaltante – a differenza dell’appalto (per i cui incentivi insiste uno specifico capitolo di bilancio) la dinamica è totalmente nuova e diversa rispetto alla questione incentivi.

Nel secondo quesito si poneva l’attenzione sul fatto che considerato “che il canone è versato in quote annuali nella misura di € 20.500 e che l’incentivo, pari a € 62.500, deve invece essere riconosciuto in correlazione all’esigibilità della prestazione effettivamente svolta, se” sia “corretto che l’Ente **anticipi, a valere sulle risorse correnti di bilancio**, l’importo da erogare al personale dipendente”.

La tesi estensiva, che ammette l'incentivo anche nelle concessioni, di per sé evidentemente non risolve tutti i problemi per la particolare struttura della concessione (il rapporto trilaterale con esclusioni di costi a carico dell'amministrazione). E la sezione ritiene la necessità di una pronuncia di carattere generale sul tema.

Tale soluzione, si legge in delibera, deve ritenersi imposta dalla specialità che contraddistingue la disciplina degli incentivi per le funzioni tecniche rispetto al principio generale della omnicomprensività della retribuzione dei dipendenti pubblici in forza del quale, ad esempio, l'espressa possibilità di applicare detta normativa ai casi di appalti relativi a servizi o forniture è stata sancita, come detto, solo da un'apposita modifica normativa.

Sotto altro profilo un intervento nomofilattico su una questione ancora non consolidata appare indispensabile per prevenire incertezze applicative in una materia contrassegnata, nel tempo, da notevoli oscillazioni e contrasti interpretativi, determinati da una normativa sovente carente e ondivaga, causa del frequente ricorso all'intervento pretorio.

Il ricorso all'incentivo deve apparire coerente "con gli strumenti di programmazione economico-finanziaria dell'ente, con particolare riguardo al programma biennale degli acquisti di beni e servizi e alla programmazione dei lavori pubblici di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 50 del 2016".

Inoltre, se è vero che la corresponsione dell'incentivo è assoggettata, anche in questo caso, ai suddetti limiti **normativi, non può non cogliersi un'importante differenza rispetto al caso dei contratti di appalto.**

In tali ipotesi - rammenta il collegio - gli incentivi gravano sul medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture: pertanto, già nell'ambito delle risorse destinate al contratto pubblico, una parte viene accantonata, a monte, per la specifica finalità dell'erogazione del compenso incentivante quale premialità per la realizzazione della procedura competitiva e la corretta esecuzione del contratto.

La situazione è totalmente diversa nel caso di concessioni e quindi nel caso in cui non vi sia un capitolo di spesa dedicato "in quanto non sono previsti nel bilancio comunale costi correlati alla gestione del contratto, come avviene per le concessioni: in siffatta ipotesi l'ente è chiamato necessariamente ad impiegare, ai suddetti fini, **risorse proprie paramtrate sulle entrate derivanti dal canone concessorio che potrebbero, tuttavia, risultare non calibrate alla misura che può concretamente assumere l'incentivo**".

Per avere certezza, sottolinea l'estensore, può essere utile rifarsi quanto già evidenziato dalla Sez. controllo Veneto nella deliberazione n. 455/2018/PAR (anche alla luce del consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa) secondo cui l'incentivo per funzioni tecniche in caso di concessioni, una volta che se ne ammetta l'assentibilità, risulti determinabile non già con riferimento al canone dovuto dal concessionario, **ma solo con riguardo al valore posto a base di gara.**

Questa lettura sembra doverosa ed emerge dal combinato disposto dell'art. 113 - nella misura

in cui fissa l'ammontare del fondo in misura non superiore al 2% dell'importo dei lavori, servizi e forniture "posti a base di gara" – e dell'art. 167 dello stesso codice dei contratti pubblici che ricollega indefettibilmente il valore di una concessione al fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto nei termini ivi specificati.

Il flusso economico derivante dalla concessione, pertanto, appare irrilevante e rimane "sostanzialmente nell'esclusiva disponibilità dell'operatore economico aggiudicatario se solo si ha riguardo alla particolare forma di remunerazione che connota tale tipologia contrattuale in cui il trasferimento della gestione del servizio all'operatore economico (con diritto ai relativi proventi) è bilanciato dall'assunzione, in capo allo stesso, del c.d. "rischio operativo" legato alla gestione dello stesso servizio".

In questo senso, per l'Amministrazione che intenda prevedere compensi incentivanti ex art. 113 del codice dei contratti in caso di concessione, risulta, anche a tali fini, fondamentale **un'attendibile previsione del fatturato generato del contratto**, secondo quanto più volte rimarcato dalla giurisprudenza amministrativa (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, 18 ottobre 2016, n. 4343) e in linea con il metodo di calcolo oggi fissato dal suddetto art. 167 del d.lgs. n. 50/2016: ciò, soprattutto laddove, nella decisione dell'Ente, la corresponsione degli incentivi in questione sia stata correlata alle previsioni di entrata derivante dal canone previsto a carico del concessionario.

Spunti per un riscontro di tale intensità, secondo la sezione, sono ricavabili dalla pronuncia della Sezione di controllo per il Veneto n. 198/2018/PAR "ove si lascia impregiudicata la libertà contrattuale dell'Amministrazione di ipotizzare, in sede di corrispettivo, una modalità di finanziamento degli oneri connessi, così avvalorando, implicitamente, soluzioni negoziali che pongano di fatto a carico del concessionario la quota di compenso incentivante da riconoscere al personale dell'Ente".

Tuttavia, da tutto quanto precede risulta che, in particolar modo nei casi di concessioni relative a lavori o servizi con elevato volume d'affari, un incentivo per funzioni tecniche rapportato al valore posto a base di gara, pur modulato dall'Amministrazione nei limiti consentiti dalla norma sopra richiamata, potrebbe rivelarsi non sostenibile, soprattutto ove l'Ente interessato, in sede di programmazione, non abbia adeguatamente ponderato e parametrato, anche a tali fini, il canone dovuto dal concessionario, quale unica entrata destinata al finanziamento della premialità.

Le inevitabili ricadute sotto il profilo disciplinare della questione in esame involgono l'interesse non solo del Comune istante, ma di tutte le "amministrazioni aggiudicatrici" (ministeri, enti pubblici non economici, università, aziende sanitarie etc.) soggette all'applicazione del codice dei contratti pubblici.

Conseguentemente la sezione ritiene opportuno deferire al Presidente della Corte dei conti la questione interpretativa di massima di carattere generale: "se l'incentivo per funzioni tecniche di cui all'art. 113 del d.lgs. 50 del 2016 possa essere riconosciuto, per via regolamentare, anche in caso di concessioni e se, in siffatta ipotesi, il compenso premiale, anche laddove il flusso economico derivante dalla concessione resti sostanzialmente nella esclusiva disponibilità dell'operatore economico aggiudicatario, debba essere determinato sul valore posto a base di gara e non con riguardo all'ammontare del canone concessorio".

4. Terzo quesito: stabilire le modalità concrete di erogazione

Il terzo quesito (evidenziato che il quarto è stato ritenuto inammissibile) si collega direttamente alla questione interpretativa sollevata:

Secondo il Sindaco, "considerato che l'art. 113, comma 5 bis, D.Lgs. 50/2016 prevede che "gli incentivi di cui al presente articolo fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavoro, servizi e forniture" quale condizione per poter considerare detti importi esclusi dal limite di cui all'art. 23, comma 2, D.Lgs. 75/2017 (Corte Conti Sezione delle Autonomie n. 6/SEZAUT/2018/QMIG), e che in questo caso non vi è un capitolo di spesa in quanto non sono previsti nel bilancio comunale costi correlati alla gestione della concessione, in questo caso come occorre contabilizzare l'importo per incentivi per soddisfare la condizione necessaria all'esclusione dal limite previsto per il salario accessorio".

La sezione premette - come anche per il quarto quesito -, come osservato in altra circostanza (cfr. deliberazione n. 312/2017/PAR), che risulta precluso alle sezioni fornire dettagliate indicazioni operative finalizzate a supportare specifici comportamenti amministrativi e gestionali degli enti istanti, spettando a questi individuare le concrete modalità di specifica quantificazione e liquidazione del predetto Fondo incentivante.

L'ente, necessariamente, attraverso i propri organi deve procedere nell'osservanza dei limiti normativi posti dall'art. 113 e dei principi contabili, con particolare riguardo al principio di competenza finanziaria potenziata e alle regole che presiedono alla costituzione del fondo pluriennale vincolato in presenza di risorse accertate che, in quanto destinate al finanziamento di obbligazioni passive dell'ente già impegnate, ma esigibili in esercizi successivi, "richiedono un periodo di tempo pluriennale per il loro effettivo impiego e utilizzo per le finalità programmate.

E sul punto la sezione richiama il costante orientamento della giurisprudenza contabile (cfr. Sezione regionale di controllo Toscana, deliberazione n. 63/2018; Sezione regionale di controllo Liguria, deliberazione n. 136/2018/PAR) "che rimarca come l'articolo 113 del d.lgs. n. 50/2016, allo scopo di erogare l'incentivo, richieda l'effettivo svolgimento di una delle attività elencate dalla norma di riferimento".

Non v'è dubbio che gli incentivi (cfr. Sezione regionale di controllo Lazio, deliberazione n. 57/2018/PAR) debbano necessariamente "essere correlati allo svolgimento delle prestazioni tecniche realmente svolte, in modo da remunerare il concreto carico di responsabilità e di lavoro assunto dai dipendenti; sotto questo profilo la norma, al comma 3, prevede che la corresponsione dell'incentivo sia disposta dal dirigente o dal responsabile di servizio preposto alla struttura competente, **previo accertamento delle specifiche attività svolte dai dipendenti**".

Se la questione è pacifica in tema di appalto, come già annotato, in caso di concessione (ove se ne ammetta la praticabilità per tutto quanto sopra evidenziato) appare necessaria un'attenta valutazione **in ordine alle risorse all'uopo devolvibili e in merito all'opportunità di adottare**

specifiche misure prudenziali rispetto al rischio di mancata riscossione del canone da parte del concessionario.

Le pronunce sopra richiamate peraltro ribadiscono, "l'esigenza di chiarire le specifiche modalità operative di contabilizzazione".

Sempre subordinatamente alla risoluzione della questione principale sopra descritta, la predetta pronuncia reca dei principi di fondo che sembrano utilizzabili per una corretta impostazione della problematica in termini generali anche in ordine alla contabilizzazione di compensi incentivanti da riconoscere in caso di concessioni.

Anzitutto, in forza del predetto orientamento, gli incentivi in parola, anche alla luce del precipuo regime vincolistico cui sono assoggettati, devono necessariamente gravare su risorse autonome e predeterminate del bilancio dell'ente interessato, "con un chiaro riferimento sinallagmatico tra le fasi di programmazione ed esecuzione della commessa pubblica e l'appostamento delle risorse destinate alla corresponsione degli incentivi".

In questo senso, "l'aver correlato normativamente la provvista delle risorse ad ogni singola opera con riferimento all'importo a base di gara commisurato al costo preventivato dell'opera, ancora la contabilizzazione di tali risorse ad un modello predeterminato per la loro allocazione e determinazione, al di fuori dei capitoli destinati a spesa di personale" (cfr. sempre deliberazione n. 6/SEZAUT/2018/QMIG).

L'incentivo però deve essere previsto "nei bilanci delle stazioni appaltanti".

Tale previsione normativa sembra, così, consentire sempre alle amministrazioni l'allocazione, "nel proprio bilancio, di specifiche risorse destinate alla corresponsione dei suddetti compensi: anche in siffatte ipotesi gli incentivi risultano erogabili nel rispetto dei suddetti limiti normativi posti dall'art. 113 più volte citato e in presenza di una sicura copertura, come più volte ribadito dalla giurisprudenza contabile (cfr. la deliberazione di questa Sezione n. 304/2018/PAR; Sez. Liguria 58/2017/QMIG e Sezione Toscana, deliberazioni n. 186/2017/PAR e n.19/2018/PAR)".

Anche sul piano dell'assunzione degli impegni di spesa finalizzati all'erogazione dei compensi in parola il collegio si conforma alla giurisprudenza della Corte e, in particolare, alla pronuncia nomofilattica della Sezione delle Autonomie (deliberazione n. 6/SEZAUT/2018/QMIG, ampiamente richiamata, da ultimo, dalla summenzionata deliberazione n. 2/SEZAUT/2019/QMIG) ove si osserva che "il fatto, poi, che tali emolumenti siano erogabili, con carattere di generalità, anche per gli appalti di servizi e forniture, **comporta che gli stessi si configurino, non più solo come spesa finalizzata ad investimenti, ma anche come spesa di funzionamento e, dunque, come spesa corrente**", con la conseguenza che l'impegno di spesa vada assunto, a seconda della natura (corrente o in c/capitale), nel Titolo I o nel Titolo II dello stato di previsione del bilancio.

Si pone quindi, prosegue l'estensore, anche in questo caso l'esigenza "di un chiarimento nomofilattico non solo con riguardo al fatto che gli incentivi erogati in caso di concessione possano essere

contabilizzati nei termini sopra richiamati, ma anche sulla circostanza che gli stessi possano reputarsi esclusi dal limite previsto per il salario accessorio; ciò anche laddove non vadano, giocoforza, a gravare sul medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture, **ma su altro stanziamento appositamente previsto nel bilancio comunale quale costo inerente alla gestione della concessione**".

In altri termini risulta necessario chiarire se l'inclusione dell'incentivo nel medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture si ponga sempre come *condicio sine qua* non ai fini dell'esclusione dal limite normativo previsto per il salario accessorio dall'art. 23, comma 2, d.lgs. n. 75/2017.

La questione risente, inevitabilmente, della difficoltà di coordinamento di norme diverse, stratificate nel tempo quali quelle contenute oggi al comma 1 e al comma 5 bis del più volte citato art. 113. In delibera, quindi, si chiarisce che una volta ammessa l'operatività del compenso premiale anche in caso di concessioni, rimangono quelle ragioni sostanziali analiticamente descritte nella deliberazione di questa Sezione n. 40/2018/QMIG, relative alla natura dell'emolumento e circa il peculiare statuto disciplinare vincolistico che lo governa, per ritenere i compensi in parola esclusi dal limite complessivo trattamento economico accessorio dei dipendenti pubblici di cui all'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75 del 2017.

Tale ricostruzione pare avvalorata dalla previsione normativa sopra richiamata che consente sempre alle Amministrazioni aggiudicatrici l'allocazione, nel proprio bilancio, di specifiche risorse destinate alla corresponsione dei suddetti compensi diverse dalle risorse ordinariamente rivolte all'erogazione di emolumenti accessori al personale.

Sulla base delle considerazioni esposte, la s Sezione regionale di controllo intende, pertanto, sottoporre, in subordine alla prima, le seguenti ulteriori questioni di massima:

- a) "quali siano le corrette modalità di contabilizzazione degli incentivi per funzioni tecniche in caso di erogazione in relazione ad una procedura di aggiudicazione di un contratto di concessione";
- b) "se gli incentivi disciplinati dall'art. 113 del d.lgs. 50 del 2016, aventi fonte in una disposizione di legge speciale, che individua le autonome risorse finanziarie a cui devono essere imputati, nonché gli specifici tetti, complessivi e individuali, che devono essere osservati nell'erogazione possano essere esclusi dal vincolo generale di finanza pubblica, posto al complessivo trattamento economico accessorio dei dipendenti pubblici di cui all'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75 del 2017 anche laddove alimentati non già dalle risorse facenti capo al singolo lavoro, servizio o fornitura di cui all'art. 113, comma 5 bis del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. ma, come in caso di concessione, da uno specifico stanziamento previsto nel bilancio dell'Amministrazione aggiudicatrice ai sensi del comma 1 dello stesso art. 113".

Per transigere è sempre necessaria una controversia giuridica

Premessa

Il Sindaco di un comune pugliese, dopo aver rappresentato di essere, in virtù di una sentenza del giudice civile passata in giudicato, creditore nei confronti di un soggetto privato di una somma di denaro, oltre rivalutazione e interessi legali, a titolo di risarcimento dei danni cagionati dal medesimo soggetto all'Ente locale, si rivolge alla sezione in ordine ad un chiarimento sulla "natura disponibile o meno del diritto al pagamento della rivalutazione e degli interessi legali e, dunque, alla possibilità che le somme dovute a tale titolo formino oggetto di transazione, fermo restando il pagamento integrale della sorte capitale".

1. Il riscontro

Il collegio ritiene la richiesta inammissibile, però in una ottica di collaborazione, fornisce importanti indicazioni sui concreti *modus operandi*. In particolare in tema di potere a transigere. In tale ottica, la sezione rammenta che sulle facoltà transattive della PA "il giudice contabile si è pronunciato con alcune deliberazioni, nelle quali si evidenzia che per pervenire a una transazione **non è necessaria solo la natura disponibile del diritto, elemento sul quale sembra concentrarsi il proposto quesito, ma anche l'esistenza di una controversia giuridica** (cfr., ex aliis, Sezione regionale di controllo per la Puglia, delibera n. 80/2017; Sezione regionale di controllo per il Piemonte, delibera n. 344/2013; Sezione regionale di controllo per la Lombardia, delibere n. 181/2017 e n. 26/2008)".

Incentivi e contratti di forniture e servizi

Premessa

Anche il Sindaco del Comune di Verbania, ritorna – per dei chiarimenti – sulle questioni relative agli incentivi e sui rapporti rispetto ai contratti di forniture e servizi (e quindi la nuova fattispecie prevista dal codice dei contratti). In particolare il Sindaco richiede se:

- 1. "in merito ai servizi ed alle forniture per i quali non è stato approvato il progetto ed il quadro economico è possibile post-aggiudicazione finanziare gli incentivi delle funzioni tecniche se nel capitolo di spesa dell'appalto sono disponibili risorse;*
- 2. "gli incentivi per le funzioni tecniche relativi a forniture e servizi possono essere erogati per contratti stipulati prima del 01.01.2018 per le funzioni svolte dopo l'01.01.2018 e dopo l'approvazione del Regolamento e se in caso di mancato accantonamento delle risorse è possibile prevederle."*

1. L'aspetto della programmazione e del controllo

La sezione ribadisce, in primo luogo, che la programmazione degli interventi è un'attività indispensabile per un'amministrazione orientata al risultato ed ispirata al principio costituzionale del buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione.

La centralità e l'importanza dell'attività programmatica si rinviene, soprattutto, nell'allegato 4/1 al D.lgs. 118 del 2011 (relativo alla c.d. contabilità armonizzata) che definisce la programmazione come "il processo di analisi e valutazione che, comparando e ordinando coerentemente tra loro le politiche e i piani per il governo del territorio, consente di organizzare, in una dimensione temporale predefinita, le attività e le risorse necessarie per la realizzazione di fini sociali e la promozione dello sviluppo economico e civile delle comunità di riferimento".

A questo – ed in relazione ai quesiti posti, si aggiunge quanto chiarito dall'art. 21 del codice dei contratti che impone l'obbligo di programmazione "stabilendo la necessità per le amministrazioni aggiudicatrici di adottare il programma biennale degli acquisti di beni e servizi ed il programma triennale dei lavori pubblici (nonché i relativi aggiornamenti annuali) da includere nel Documento unico di programmazione (D.U.P.)".

L'esigenza secondo cui l'affidamento di un appalto di servizi o di forniture sia preceduta da un'attività di programmazione e di progettazione, volte a definire i bisogni della collettività, ad approntare le necessarie misure per soddisfarli ed a consentire la verifica della congruità, proporzionalità, dell'efficienza dei risultati raggiunti, esprime una condizione immanente nell'ordinamento a prescindere dal valore del contratto.

Il principio del buon andamento dell'azione amministrativa, seppur necessariamente bilanciato con il criterio della proporzionalità, dell'adeguatezza e dell'efficacia delle scelte amministrative, non può essere derogato in relazione al valore dell'appalto.

Pertanto, pur con strumenti "più duttili e semplificati le stazioni appaltanti, a prescindere dal valore del contratto, sono tenute a svolgere concretamente l'analisi dei bisogni onde procedere all'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture effettivamente tesi al soddisfacimento quali-quantitativo degli stessi".

Nel caso di specie, e quindi in assenza della descritta e necessaria fase della programmazione e di una procedura comparativa, la sezione ritiene che non sia possibile procedere alla remunerazione degli incentivi per le funzioni tecniche.

Ed in questo senso, lo stesso articolo 113, al secondo comma puntualizza espressamente che "a valere sugli stanziamenti di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici destinano ad un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti delle stesse .. La disposizione di cui al presente comma si applica agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione".

Per effetto di quanto, secondo la deliberazione - condivisibilmente - risulta di "palmare evidenza come in assenza di un quadro economico, che definisca nel dettaglio ogni singola voce del corrispettivo relativo al servizio o alla fornitura, sia addirittura compromessa la stessa possibilità di determinare il valore del fondo volto a remunerare gli incentivi de quibus (che ai sensi del II comma dell'art.113 deve essere in misura non superiore al 2 per cento modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture posti a base di gara").

La stessa assenza di un progetto, così come della relazione tecnico - illustrativa, o di ogni altro strumento ad esso assimilabile, "rende di fatto **impraticabile la funzione di controllo e verifica** intestata al direttore dell'esecuzione, alla cui nomina è subordinata, dalla Legge (art. 113 comma II ultimo periodo), la possibilità di remunerare le funzioni tecniche tassativamente previste dal medesimo comma (cfr. in termini le Linee guida ANAC n. 3 - par. 10.2)".

2. La mancanza dell'importo a base d'asta

La stessa impossibilità di determinare l'importo da mettere a base di gara deve essere configurata come un serio ostacolo "alla remunerabilità delle funzioni tecniche anche in considerazione della necessità di circoscrivere l'incentivo de quo "esclusivamente per le attività riferibili a contratti di lavori, servizi o forniture che, secondo la legge (comprese le direttive ANAC dalla stessa richiamate) o il regolamento dell'ente, siano stati affidati previo espletamento di una procedura comparativa" (Cfr. Sezione Autonomie deliberazione N. 2/SEZAUT/2019/QMIG e Sezione regionale di controllo per Piemonte Deliberazione n. 177/2017/SRCPIE/PAR).

Tra le funzioni complesse - le sole che legittimano l'erogazione dell'incenivito per le forniture e servizi - sono riconducibili ad una più attenta gestione delle fasi della programmazione e dell'esecuzione, in relazione agli appalti di servizi e forniture, e ciò si conferma nel richiamo alle "verifiche di conformità che rappresentano le modalità attraverso cui il personale interno procede al controllo sull'avanzamento delle fasi contrattuali nel pieno rispetto dei documenti posti a base di gara, del progetto, nonché dei tempi e dei costi programmati, aumentando, in tal modo, l'efficienza e l'efficacia della spesa (cfr. art. 113, II comma, ed art. 102, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016). Attività di controllo e verifica anch'essa preclusa nel caso in cui manchino documenti di natura programmatica e progettuale".

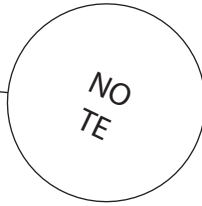
3. Il secondo quesito: riconoscimento dell'incentivo se esiste accantonamento

Quanto al secondo quesito, diretto a conoscere "se gli incentivi per le funzioni tecniche relativi a forniture e servizi possono essere erogati per contratti stipulati prima del 01.01.2018 per le funzioni svolte dopo l'01.01.2018 e dopo l'approvazione del Regolamento e se in caso di mancato accantonamento delle risorse è possibile prevederle.", la sezione si sofferma sulla natura sinallagmatica dell'emolumento in argomento.

Il momento di rilievo, pertanto, è quello di effettivo svolgimento dell'attività prevista dalla legge "dal

quale sorge il conseguente incentivo del dipendente, purchè però sia stato previsto l'accantonamento delle risorse anche solo sulla scorta del dato normativo di cui al II comma dell'art. 113 del D.lgs.50 del 2016 ss.mm.ii".

In assenza di un accantonamento relativo almeno all'esercizio in cui si è svolta l'attività "incentivabile", infatti, non è possibile impegnare ex post, ossia in un successivo esercizio, risorse riferibili ad obbligazioni già scadute in quanto di competenza dell'esercizio precedente. Tale operazione si configurerebbe quantomeno elusiva del principio della competenza finanziaria potenziata, che impone di imputare gli impegni e gli accertamenti all'esercizio in cui viene a scadere l'obbligazione giuridicamente perfezionata, e che si configura come regola gestionale fondamentale per la realizzazione per l'effettività del principio dell'equilibrio dinamico di bilancio elevato dall'art. 81 Cost. a principio di sana amministrazione.



A series of horizontal dotted lines for writing, consisting of 20 lines.