

Rivista mensile - Anno VIII, Numero 4

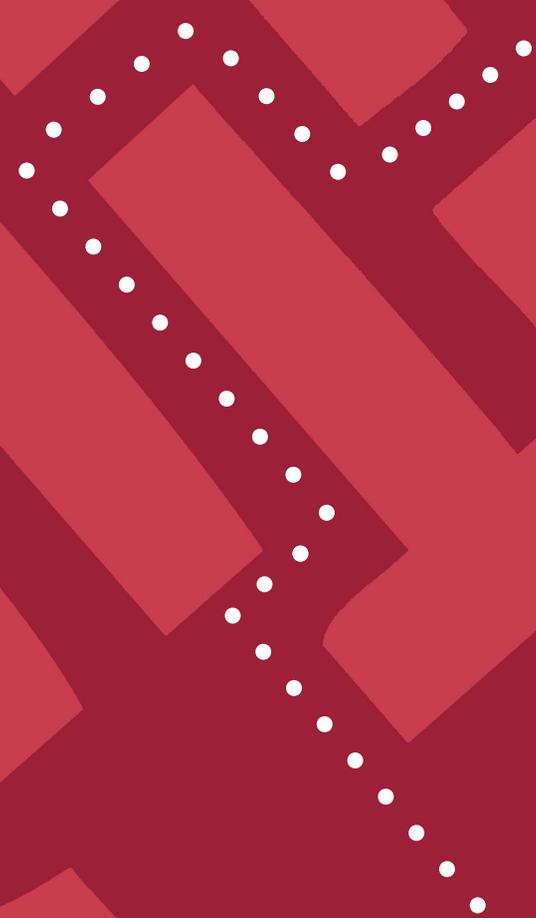
giugno
2018

MEDIA APPALTI

**Il corretto utilizzo della
clausola sociale**

**Le Linee Guida ANAC
n. 9 sul monitoraggio
delle amministrazioni
aggiudicatrici sull'attività
dell'operatore economico
nei contratti di PPP**

**Principio di rotazione
e requisiti di
partecipazione: come
tutelare la concorrenza
nelle gare d'appalto**



**“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**

giugno
2018

Strade

La città eterna ospita l'ultima tappa del Giro d'Italia, edizione 101. Una variopinta sfilata di campioni davanti ai monumenti simbolo della bellezza del nostro paese, lungo strade sconnesse simbolo dell'inefficienza del nostro stesso paese.

La grandiosità del passato e la mediocrità del presente. Le strade del circuito cittadino di Roma sono state considerate pericolose dalla carovana rosa. Buche, sanpietrini sconnessi e scivolosi. Una situazione così grave per la sicurezza che gli atleti hanno inscenato una clamorosa protesta appena dopo il via, costringendo l'organizzazione a neutralizzare la tappa a soli 32 chilometri dalla partenza.

Si è stimato che serve un miliardo di euro per sistemare i 5.500 chilometri di strade romane. Nel bilancio 2018 del comune capitolino sono previsti appena 140 milioni di euro.

Con queste cifre servirà un decennio per sistemare la viabilità romana. Ma con il passare del tempo sorgeranno nuove emergenze, si aggiungeranno a quelle già esistenti, si metteranno in coda alla lista, andranno ad alimentare un circolo vizioso che non sembra avere una soluzione definitiva.

Nel dibattito si è inserita la voce del vicedirettore del Corriere della Sera. Federico Fubini suggerisce un intervento organico, che faccia capo ad un unico e grande progetto riconducibile ad un unico e grande appaltatore. "Il sindaco - scriveva il 13 maggio Fubini - dovrebbe lanciare un solo grande trasparente appalto europeo per un gestore unico professionale incaricato della manutenzione di tutta Roma per 300 o 400 milioni l'anno.

Magari, verrà scelto da un comitato internazionale di esperti, quindi distribuirà esso i subappalti e sarà responsabile dei ritardi".

Le parole di Fubini toccano diversi punti dello stesso problema. Tra questi la scelta dell'appaltatore che verrebbe affidata ad "un comitato internazionale di esperti". Potrebbe essere la soluzione all'aspetto più grottesco della vicenda delle strade romane. Presso il Comune di Roma è diventata difficoltosa (se non impossibile) la costituzione delle commissioni che devono assegnare gli appalti. "I funzionari – scrive Giuseppe Di Piazza sul Corriere. it – hanno paura a mettere le loro firme sotto le gare d'appalto. I tanti processi (giusti) sul passato fanno paura a chiunque. Così, pensano i funzionari, meglio evitare".

È il teatro dell'assurdo. Ci sarebbero i fondi da investire in opere e servizi pubblici, ma non si procede perché i funzionari che dovrebbero essere responsabili delle procedure di assegnazione non vogliono prendersi quelle responsabilità per le quali ricoprono quello specifico ruolo. Temono di essere perseguiti dalla legge nel caso in cui dovessero emergere delle anomalie nell'appalto sul quale si sono pronunciati. Perché? Non ci sono risposte ragionevoli.

È la reazione alla paura di essere coinvolti in una ipotetica rete di corruzioni. La paura immobilizza. Ma perché della gente onesta dovrebbe temere la giustizia? Se si comporta secondo la legge non dovrebbe avere nessun timore. Se coscienza e mani sono pulite non dovrebbe esserci nessun motivo per disertare dal proprio compito. "Il labirinto lo costruisce la paura di essere giudicati" dice il poeta spagnolo Ramón Andrés.

La paura porta a creare intricati grovigli di alibi e attenuanti tra i quali è preferibile perdersi invece di muoversi con determinazione verso una via d'uscita. In quel labirinto ti puoi nascondere, puoi rimanere al sicuro. Puoi non fare. E non facendo, non rischi di sbagliare. Al riparo da qualsiasi accusa, pregiudizio, sospetto.

L'unica spiegazione a questo comportamento sta nel non sentirsi abbastanza tutelati dalla legge. Uno scenario che rappresenterebbe la sconfitta della lotta alla corruzione. L'immobilità romana dovuta alla paura dei suoi funzionari è un aspetto grave per il futuro degli appalti pubblici.

Ritornano in mente le parole di Francesco De Gregori che nel 1992 in "Tutto più chiaro che qui" canta: "E vedo i ladri vantarsi e gli innocenti tremare". Come possono diventare forti, decisi e più coraggiosi questi innocenti? Ci vogliono iniezioni di fiducia e sedute di psicoterapia, leggi a tutela di chi rispetta le leggi e una maggiore certezza delle regole.

Il rallentamento o addirittura l'immobilità delle commissioni giudicatrici, per Edoardo Segantini (sempre del corriere.it) "possono essere superati soltanto scrivendo bene, molto bene, i bandi di gara, indicando con estrema chiarezza i metodi, i criteri, i punteggi. Più chiara è la regola, più sicuro è il regolatore".

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

Strade

4

In evidenza

Le Linee Guida ANAC n. 9 sul monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di PPP

7

Sotto la lente

Società partecipate e conflitto di interesse con la stazione appaltante: orientamenti a confronto

16

Il Punto

Oneri ed onori della sicurezza... presupposti di tutela o formalismi incompresi? - parte 2

24

Il corretto utilizzo della clausola sociale

30

Principio di rotazione e requisiti di partecipazione: come tutelare la concorrenza nelle gare d'appalto?

38

La nuova legge della Regione Sardegna in materia di appalti pubblici. Novità e aspetti problematici.

45

Pareri & Sentenze

56

A Domanda Rispondiamo

63

In pillole

66

Hanno collaborato a questo numero:

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

Avv. Massimiliano Lombardo
Esperto e docente in materia di appalti pubblici

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

Ing. Pier Luigi Gianforte
Specialista in materia di lavori pubblici

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

Progetto Grafico
Federica Damato

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

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

Dott.ssa Alessandra Verde
Funzionaria amministrativa presso la Regione Sardegna

Editore:
Mediagraphic s.r.l.

Dott.ssa Liliana Simeone
Esperta in appalti pubblici

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

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in contrattualistica pubblica

Le Linee Guida ANAC n. 9 sul monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di PPP

di Adriana Presti

IN
EVIDENZA

Premessa

I contratti di partenariato pubblico privato (d'ora in poi solo "PPP"), così come definiti all'articolo 3, lettera eee), del Codice, costituiscono una forma di cooperazione tra il settore pubblico e quello privato finalizzata alla realizzazione di opere e alla gestione di servizi, nell'ambito della quale i rischi legati all'operazione che si intende porre in essere sono suddivisi tra le parti sulla base delle relative competenze di gestione del rischio, fermo restando che, ai sensi dell'articolo 180, comma 3, del D.lgs. 50/2016 (d'ora in poi "Codice"), è necessario che sia trasferito in capo all'operatore economico ("OE"), oltre che il rischio di costruzione, anche il rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, il rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera.

In tale contesto, l'articolo 181, comma 4, del Codice attribuisce all'ANAC, sentito il Ministero dell'economia e delle finanze ("MEF"), il compito di adottare delle Linee Guida che definiscano le modalità con le quali le amministrazioni aggiudicatrici, attraverso sistemi di monitoraggio, esercitano il controllo sull'attività dell'operatore economico (partner privato in un contratto di PPP), verificando in particolare la permanenza in capo allo stesso dei rischi trasferiti.

Con delibera del Consiglio n. 318 del 28 marzo 2018 l'ANAC **ha adottato**, ai sensi dell'articolo 181, comma 4, del Codice, **le Linee Guida n. 9** (d'ora in poi "Linee Guida").

1. Le Linee Guida n. 9

Le Linee Guida n. 9 si applicano ai contratti di PPP tra i quali rientrano, ai sensi dell'articolo 180, comma 8, del Codice: (i) la finanza di progetto, (ii) la concessione di costruzione e gestione, (iii) la concessione di servizi, (iv) la locazione finanziaria di opere pubbliche, (v) il contratto di disponibilità; nonché (iv) qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche individuate dal medesimo articolo 180.

In altri termini nel contratto di PPP sono ricomprese le tipologie di contratto in cui l'allocazione dei rischi in capo all'OE deve sostanzialmente trasferirsi allo stesso del cd. rischio operativo di cui all'articolo 3, comma 1, lettera zz), del Codice, cioè nella possibilità per l'operatore economico di non riuscire a recuperare, in condizioni operative normali, gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per l'operazione.

Le Linee Guida ANAC sono suddivise in due parti, in ragione della portata e della rilevanza che la fase preliminare di impostazione ed elaborazione delle operazioni di PPP assume ai fini della buona riuscita delle stesse e dell'efficace controllo sulla corretta esecuzione dei contratti.

Ed in particolare:

- I.** la Parte I riguarda l'*"Analisi e allocazione dei rischi"*.
- II.** la Parte II concerne più propriamente *"Il monitoraggio delle attività dell'operatore economico"*.

2.1 L'Analisi e l'allocazione dei rischi di cui alla Parte I

La prima Parte delle Linee Guida contiene indicazioni per l'identificazione e l'accurata valutazione dei rischi connessi ai contratti di PPP, a partire dalla fase che precede l'indizione della procedura di gara.

Le Linee Guida stabiliscono, infatti, che per ogni operazione di PPP le amministrazioni aggiudicatrici debbano svolgere, preliminarmente, l'analisi

dei rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera o del servizio oggetto del contratto.

In tale ottica il § 2 delle Linee Guida specifica e definisce le differenti tipologie di rischio. Si tratta in particolare del:

- i. Rischio operativo**, definito all'articolo 3, comma 1, lettera zz), del Codice, nel quale rientrano oltre al rischio di costruzione, anche il rischio di domanda e/o il rischio di disponibilità, nonché altri rischi specifici. Il rischio operativo deriva da fattori al di fuori del controllo delle parti, differenziandosi per tale aspetto da rischi come quelli legati a una cattiva gestione o a inadempimenti contrattuali insiti anche nei contratti di appalto.
- ii. Rischio di costruzione** si tratta di una categoria generale, definito all'articolo 3, comma 1, lettera aaa), del codice, nel quale si distinguono ad es. i seguenti rischi specifici:
 - a. di progettazione, connesso alla sopravvenienza di necessari interventi di modifica del progetto, derivanti da errori o omissioni di progettazione, tali da incidere significativamente su tempi e costi di realizzazione dell'opera;
 - b. di esecuzione dell'opera difforme dal progetto, collegato al mancato rispetto degli standard di progetto;
 - c. di aumento del costo dei fattori produttivi o di inadeguatezza o indisponibilità di quelli previsti nel progetto;
 - d. di errata valutazione dei costi e tempi di costruzione;
 - e. di inadempimenti contrattuali di fornitori e subappaltatori;
 - f. di inaffidabilità e inadeguatezza della tecnologia utilizzata.
- iii. Rischio di domanda**, definito all'articolo 3, comma 1, lettera ccc), del Codice, il quale può non dipendere dalla qualità delle prestazioni erogate dall'operatore economico, costituisce di regola un elemento del consueto "rischio economico"

sopportato da ogni operatore in un'economia di mercato. In tale categoria si distinguono i seguenti rischi specifici:

- a) di contrazione della domanda di mercato, ossia di riduzione della domanda complessiva del mercato relativa al servizio, che si riflette anche su quella dell'operatore economico;
- b) di contrazione della domanda specifica, collegato all'insorgere nel mercato di riferimento di un'offerta competitiva di altri operatori che eroda parte della domanda.

iv. **Rischio di disponibilità**, definito all'articolo 3, comma 1, lettera bbb), del Codice, nel quale si distinguono, ad es., i seguenti rischi specifici:

- a. di manutenzione straordinaria, non preventivata, derivante da una progettazione o costruzione non adeguata, con conseguente aumento dei costi;
- b. di performance, ossia il rischio che la struttura messa a disposizione o i servizi erogati non siano conformi agli indicatori chiave di prestazione (Key Performance Indicator - KPI) elaborati preventivamente in relazione all'oggetto e alle caratteristiche del contratto o agli standard tecnici e funzionali prestabiliti, con conseguente riduzione dei ricavi;
- c. di indisponibilità totale o parziale della struttura da mettere a disposizione e/o dei servizi da erogare.

Con riferimento ai **contratti di disponibilità** l'ANAC rammenta che, salvo diversa determinazione contrattuale, sono a carico del soggetto aggiudicatore i rischi sulla costruzione e gestione tecnica dell'opera derivanti da mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa, ad eccezione del rischio della mancata o ritardata approvazione da parte di terze autorità competenti della progettazione e delle eventuali varianti che è, invece, a carico dell'operatore economico affidatario: il tutto ai sensi del combinato disposto

dei commi 2 e 5 dell'articolo 188 del Codice.

Nella mappatura dei rischi l'ANAC non ha accolto la richiesta del Consiglio di Stato di cui al Parere 775/2017 di declinare i rischi a seconda delle singole categorie di servizi e di fornire indicazioni per l'identificazione dei rischi connessi a una determinata operazione di PPP distinguendo tra cd. "opere fredde" (per le quali il privato che le realizza e le gestisce fornisce servizi direttamente alla Pubblica Amministrazione e trae la propria remunerazione dai pagamenti effettuati da quest'ultima) e "opere calde" (dotate di un'intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza, in misura tale da ripagare i costi di investimento e remunerare adeguatamente il capitale coinvolto nell'arco della vita del contratto). Ciò nonostante, l'ANAC, nel recepire lo spirito dell'invito del Consiglio di Stato, ha rinviato tale adempimento alla fase in cui verranno predisposti i contratti standard o le linee guida specifiche relative a singole categorie di servizi.

L'Autorità non ha dunque ritenuto necessario riportare nelle Linee Guida la distinzione tra opere fredde e opere calde dal momento che l'articolo 180, comma 2, del Codice già specifica che i ricavi di gestione dell'operatore economico possono provenire dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio a utenza esterna, distinguendo così il PPP per la realizzazione di opere fredde e calde.

Tuttavia, in un'ottica di maggiore chiarezza, l'ANAC ha evidenziato che il Rischio di domanda non è presente di regola nei contratti nei quali l'utenza finale non abbia libertà di scelta in ordine alla fornitura dei servizi (ad esempio, carceri, scuole, ospedali) e, pertanto, in tali casi, ai fini del trasferimento del rischio operativo **è necessaria l'allocazione in capo all'operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità**. Sotto tale profilo, il nuovo Codice non apporta alcun cambiamento rispetto alla previgente disciplina e le Linee Guida forniscono, per ciascuna tipologia di rischio, indicazioni di

natura preminentemente interpretativa per la definizione degli stessi, senza standardizzare l'allocazione dei singoli rischi, dipendendo tale allocazione dalle peculiarità del progetto e della specifica situazione socio-economica nella quale esso è implementato.

L'ANAC ha ritenuto poi di spostare la trattazione dei rischi specifici di (a) commissionamento, (b) amministrativo, (c) espropri (d) ambientale/ archeologico dalla categoria generale del rischio di costruzione a quella degli "Altri rischi" (v. § 2.8) così che, laddove si ritenga che gli stessi non possano essere allocati per intero in capo a una sola delle parti, andranno individuate nella matrice rischi - in righe distinte - le circostanze per le quali ciascuno di detti rischi è a carico del soggetto pubblico e quelle in cui è a carico del soggetto privato. Per il contratto di disponibilità, in considerazione delle specifiche previsioni contenute all'articolo 188, commi 2 e 5, del Codice relative all'allocazione di alcuni specifici rischi, è stato ritenuto opportuno richiamare l'attenzione delle amministrazioni aggiudicatrici su tali disposizioni.

Tra gli "Altri rischi" sono altresì ricompresi il rischio (e) normativo politico regolamentare (f) di finanziamento (g) finanziario (h) di insolvenza; (i) delle relazioni industriali (j) di valore residuale (k) di obsolescenza tecnica (l) di interferenze.

In ordine al tema dell'equilibrio economico finanziario e della revisione del Piano economico finanziario (PEF), il Consiglio di Stato e il MEF avevano evidenziato la necessità di specificare quando si verificano le condizioni di equilibrio economico finanziario nonché di introdurre ulteriori

specificazioni in relazione agli indicatori utilizzati per la verifica dell'equilibrio e di inserire uno specifico riferimento ai criteri e alle buone pratiche definite dalle Autorità di regolazione competenti.

In accoglimento dei predetti rilevati, l'ANAC ha specificato che l'equilibrio economico e finanziario, di cui all'articolo 3, comma 1, lettera fff), del Codice, si realizza quando i flussi di cassa

derivanti dai ricavi del contratto coprono i flussi di cassa derivanti dai costi ammessi per l'esecuzione del contratto, inclusi quelli relativi all'ammortamento del capitale investito netto e alla remunerazione dello stesso ad un tasso che può essere definito congruo e quelli richiesti per versare le imposte.

Inoltre l'equilibrio economico-finanziario è verificato quando, dato un tasso di congrua remunerazione del capitale investito, il valore attuale netto dei

flussi di cassa del progetto (VAN del progetto) è pari a zero.

In ordine agli eventi non imputabili al concessionario che potrebbero dare luogo a una revisione del PEF, non è accoglibile l'opzione di rimettere alla libera discussione delle parti l'individuazione di tali eventi, essendo necessario - ai fini di una maggior certezza dei rapporti contrattuali - che nel contratto essi siano già individuati.

Al riguardo, nel Manuale Eurostat (MGDD, Part VI.4.3.6, punto 79) è espressamente stabilito che le cause di forza maggiore devono essere contenute in un elenco preciso ed esaustivo.

Nelle Linee Guida è, quindi, riportato a titolo esemplificativo un elenco di cause di forza maggiore.

L'analisi dei rischi non è standardizzabile per ogni operazione di PPP, dovendo necessariamente essere fatta caso per caso. Disposizioni che in un progetto determinato possono rivelarsi indici certi di attribuzione del rischio all'una o all'altra parte, in un altro ambito possono rivelarsi totalmente ininfluenti. Occorre considerare, inoltre, che difficilmente un indicatore può, da solo, rappresentare prova certa di trasferimento del rischio operativo, essendo necessaria una visione sistemica dell'operazione e una lettura combinata dei diversi indici.



Ciò posto, l'Autorità ha rimarcato che la revisione del PEF di cui agli articoli 165, comma 6, e 182, comma 3, del Codice **non può essere parziale** e deve riguardare **tutti gli scostamenti dai valori indicati dell'equilibrio economico e finanziario**. Gli eventuali scostamenti rientranti nei rischi allocati alla parte privata sono riequilibrati con oneri e/o compensazioni a carico della stessa.

I valori degli indicatori economici e finanziari di progetto rappresentano un utile strumento di monitoraggio delle revisioni del piano. Le variazioni di detti valori, rilevati nel corso dell'esecuzione del contratto potrebbero segnalare casi in cui la revisione del PEF ha modificato le condizioni di equilibrio iniziale a vantaggio della parte privata.

Quanto agli eventi non imputabili all'operatore economico che danno diritto a una revisione del PEF, in essi vi rientrano gli eventi di forza maggiore tali da rendere oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso, in tutto o in parte, l'adempimento delle obbligazioni contrattuali. Il contratto di PPP riporta un elenco tassativo di casi di forza maggiore, di cui l'ANAC fornisce un elenco a mero titolo esemplificativo.

2.2 Il monitoraggio di cui alla Parte II

La II Parte, come anticipato, concerne più propriamente le modalità di controllo dell'attività svolta dagli operatori economici in esecuzione di un contratto di PPP, da considerarsi vincolanti per le amministrazioni aggiudicatrici ai sensi del citato articolo 181, comma 4, del Codice.

Si tratta di prescrizioni dirette a garantire una corretta allocazione dei rischi tra le parti, **al fine del mantenimento del rischio in capo all'operatore economico**.

L'ANAC in tal quadro raccomanda la necessità che le clausole contenute nel contratto siano definite con rigore, al fine di poter realizzare un corretto monitoraggio dell'attività dell'operatore economico, nel rispetto dei contenuti minimi dell'offerta e del contratto, tenuto conto delle caratteristiche di ciascuna specifica tipologia di operazione di PPP.

Sempre al fine di realizzare un efficace monitoraggio sulla corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali, l'Autorità ha evidenziato che:

(i) gli elementi essenziali del contratto derivano dal contenuto dell'offerta selezionata come migliore, in tale ottica prescrivendo, al § 4.2, che per ogni strumento di PPP, in relazione a quanto previsto nel bando e alla tipologia e oggetto del contratto di PPP, le amministrazioni prevedano un contenuto minimo dell'offerta.

(ii) il contratto di PPP deve riportare in allegato l'offerta aggiudicata e avere il contenuto individuato all'articolo 182, comma 2, del Codice, in modo da disciplinare almeno taluni aspetti, tra cui ad. es. :

- a) le condizioni relative all'elaborazione da parte dell'OE del progetto dei lavori da realizzare e le relative modalità di approvazione;
- b) l'indicazione delle caratteristiche funzionali, impiantistiche, tecniche e architettoniche dell'opera e lo standard dei servizi richiesto;
- c) l'obbligo per l'OE di compiere tutte le attività previste per l'acquisizione delle approvazioni necessarie;
- d) i poteri riservati all'amministrazione aggiudicatrice, ivi compresi i criteri per la vigilanza sui lavori e sui servizi da parte dei soggetti competenti;
- e) il flusso informativo relativo all'andamento della gestione dei lavori e dei servizi e dei dati utilizzati per la definizione dell'equilibrio economico-finanziario che l'OE deve garantire all'amministrazione per l'esercizio del monitoraggio sui rischi, le relative modalità di trasmissione, nonché le penali da applicare in caso di inadempimento di tale obbligo;
- f) il rispetto delle regole previste per il subappalto;
- g) le procedure di collaudo e di verifica di conformità;
- h) le modalità e i termini per la manutenzione e per la gestione dell'opera realizzata, nonché i poteri di controllo dell'amministrazione su tali attività;
- i) le penali per le inadempienze dell'OE, le ipotesi di risoluzione contrattuale, nonché le relative procedure;
- j) le modalità di corresponsione dell'eventuale prezzo;
- k) i criteri per la determinazione e l'adeguamento della tariffa che l'OE potrà riscuotere dall'utenza per i servizi prestati;
- l) le modalità e i termini di adempimento da parte dell'OE di eventuali oneri;
- m) le garanzie assicurative richieste per le attività di progettazione, costruzione e gestione;
- n) le modalità, i termini e gli eventuali oneri relativi alla consegna dell'opera all'amministrazione

aggiudicatrice al termine del contratto; o) nel caso di cui all'articolo 191, comma 3, del Codice, le modalità per il trasferimento e l'eventuale immissione in possesso dell'immobile anteriormente all'ultimazione dei lavori; p) il PEF di copertura degli investimenti nonché le cause e le modalità per la sua revisione; q) il corrispettivo per l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine del rapporto contrattuale, nonché le modalità e le tempistiche di pagamento di tale valore da parte del subentrante.

L'Autorità ha individuato poi i seguenti strumenti di controllo sul trasferimento e sul mantenimento in capo al privato del rischio operativo, consistenti:

(i) nell'elaborazione della matrice dei rischi, (ii) nella presenza di un adeguato flusso informativo tra operatore economico e amministrazione sui dati relativi all'andamento della gestione dei lavori e dei servizi, (iii) nella necessità di un periodico resoconto economico-gestionale.

È stata così posta in evidenza la necessità che il contratto di PPP riporti in allegato la matrice dei rischi che:

- è utilizzata in sede di programmazione della procedura di gara per la redazione del documento di fattibilità economica e finanziaria, al fine di verificare la convenienza del ricorso al PPP rispetto ad un appalto tradizionale. L'Autorità ricorda infatti che, secondo il disposto dall'art. 181, comma 3, del Codice, la scelta di ricorrere a forme di PPP deve essere preceduta da un'adeguata istruttoria che tenga altresì conto della natura e dell'analisi dei diversi rischi

- presenti nell'operazione;
- è elaborata dal RUP o da altro soggetto individuato in conformità al regolamento organizzativo della P.A.
- è definita caso per caso sulla base delle caratteristiche specifiche della prestazione oggetto del contratto, con l'obiettivo di disciplinare ex-ante modalità e limiti di revisione delle condizioni economico-finanziarie poste a base del PEF e offerte in sede di gara.
- è posta a base di gara e utilizzata come elemento di valutazione dell'offerta.

In ordine all'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di individuare nel contratto il flusso informativo relativo all'andamento della gestione dei lavori e dei servizi, che l'operatore economico deve trasmettere alle stesse per l'esercizio del monitoraggio sui rischi, l'Autorità ha ritenuto di accogliere l'opzione proposta dal MEF, ossia di far coincidere il contenuto di tale flusso informativo con il data set che le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a trasmettere

alla Banca Dati delle Amministrazioni Pubbliche (BDAP) istituita presso il MEF – Dipartimento RGS ai sensi dell'articolo 13 della citata legge n. 196//2009 e che sarà pubblicato sui siti istituzionali dell'Autorità e del Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato. In modo da raggiungere maggiore certezza sulla efficacia ed esaustività dei dati oggetto di monitoraggio e da contenere i costi amministrativi derivanti dall'introduzione dell'obbligo informativo, dal momento che i dati che

L'analisi dei rischi conferisce alle amministrazioni una maggiore consapevolezza delle criticità che potrebbero emergere nel corso dell'intervento e contribuisce a rafforzare il potere di contrattazione del soggetto pubblico con il partner privato. Più dettagliata è la matrice, minori sono le possibilità di trascurare aspetti rilevanti nella corretta allocazione dei rischi. In fase di esecuzione la matrice rischi consente un agevole controllo sul mantenimento in capo al privato dei rischi allo stesso trasferiti, dal momento che in essa vi è la mappatura e la ripartizione dei rischi tra le parti.



le P.A. devono acquisire dall'operatore economico sono i medesimi che devono trasmettere alla BDAP. Peraltro, le funzioni di "alert" previste dalla BDAP del MEF, saranno di ausilio alle amministrazioni aggiudicatrici per lo svolgimento del monitoraggio sulle operazioni di PPP di competenza delle medesime. Proprio al fine di limitare l'onere informativo, le Linee Guida circoscrivono l'obbligo di trasmissione dell'operatore economico ai dati che non siano già in possesso delle amministrazioni.

Infine, le Linee Guida prevedono l'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici, di acquisire un periodico resoconto economico-gestionale sull'esecuzione del contratto, nel quale sia evidenziato l'andamento dei lavori in relazione al cronoprogramma, il rispetto degli SLA, l'esecuzione dei controlli previsti dal contratto, l'applicazione di eventuali penali o decurtazioni del canone e, in generale, ogni altro elemento di rilevanza contrattuale necessario per accertare la corretta gestione del contratto di PPP.

3. Considerazioni conclusive

Il PPP è diventato negli anni via via uno degli strumenti più ricorrenti per la realizzazione delle opere pubbliche e per la gestione dei servizi.

Sul punto, appaiono di interesse, ai fini dell'analisi relativa all'intervento regolatorio in esame, i dati contenuti nella Banca Dati dell'Autorità.

I dati relativi alle procedure di gara sono interessanti, in quanto rappresentano la domanda di partenariato da parte delle P.A., nonché un indicatore dei soggetti potenzialmente interessati ai PPP. Dalla Relazione AIR, allegata alle Linee Guida in esame, si evince che nel 2016 risultano essere state avviate oltre settemila procedure di PPP, che rappresentano meno del 38% delle procedure avviate nel 2014.

La domanda di partenariato può subire, nel corso del tempo, oscillazioni – anche significative – legate, oltre all'andamento del ciclo economico, alla concentrazione di gare in determinati periodi di tempo. La durata delle concessioni può raggiungere, infatti, anche i trent'anni (e in alcuni casi superarli) e, pertanto, si possono registrare picchi positivi o negativi degli importi di tali gare a

seconda del momento in cui cadono.

Le ragioni del forte decremento del numero di procedure non sono tuttavia chiare: ciò che ANAC osserva è che la contrazione riguarda soprattutto gli affidamenti di piccolo importo, specie quelli inferiori a 40 mila euro.

Il ridotto valore di numerose procedure di partenariato è una caratteristica del mercato nazionale, anche dovuta a una difficoltà da parte delle stazioni appaltanti a comprendere le modalità con cui deve essere calcolato il valore stimato delle concessioni. L'esperienza di vigilanza dell'ANAC ha mostrato, infatti, che in diversi casi le stazioni appaltanti tendono a confondere il valore stimato degli affidamenti con gli oneri a carico delle stesse, quali i contributi o i canoni. Oltre il 90% degli affidamenti è di importo inferiore a un milione di euro (più del 40% inferiore a 40 mila euro); per contro meno dell'1% degli affidamenti supera la soglia dei 20 milioni di euro.

In tal quadro, le Linee Guida hanno posto l'accento sulla necessità di una corretta e funzionale strutturazione di un intervento in PPP, stabilendo, in estrema sintesi, che:

- i. Per ogni operazione di PPP le amministrazioni aggiudicatrici **devono** svolgere, preliminarmente, l'analisi dei rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera o del servizio oggetto del contratto di PPP, al fine di verificare la possibilità di trasferimento all'operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o del rischio di domanda dei servizi resi nonché, per i contratti di concessione, del rischio operativo. Il **trasferimento di tali rischi è condizione necessaria per la qualificazione giuridica del contratto come PPP** e per la conseguente possibilità di applicazione delle procedure speciali previste per questo istituto.
- ii. Al fine di poter realizzare **un corretto monitoraggio** dell'attività dell'operatore economico è necessario che le **clausole contrattuali siano definite con rigore**, nel rispetto dei contenuti minimi

dell'offerta e del contratto elencati ai paragrafi 4.2 e 4.4 delle Linee Guida, tenendo conto delle caratteristiche di ciascuna specifica tipologia di operazione di PPP posta in essere.

- iii. Il contratto di PPP deve riportare in allegato l'offerta aggiudicata e la matrice dei rischi.
- iv. La matrice dei rischi individua e analizza i rischi connessi all'intervento da realizzare **ed è utilizzata – in fase di programmazione - per la redazione del documento di fattibilità** economica e finanziaria e per verificare la convenienza del ricorso al PPP rispetto ad un appalto tradizionale e, in fase di esecuzione, **per il monitoraggio dei rischi.**
- v. Le amministrazioni aggiudicatrici devono elaborare la matrice dei rischi e richiamare nella stessa i singoli articoli del contratto che definiscono il soggetto e le modalità di assunzione dei rischi. **In caso di variazioni contrattuali o revisioni del PEF le amministrazioni aggiudicatrici devono accertare che le modifiche apportate non alterino l'allocatione dei rischi così come definita nella documentazione contrattuale e riportata nella matrice medesima.** L'atto di modifica del contratto o di revisione del PEF deve dare conto della anzidetta valutazione.
- vi. Le amministrazioni aggiudicatrici verificano la compatibilità dell'operazione posta in essere con i criteri dettati da Eurostat per l'eventuale contabilizzazione dell'intervento al di fuori del bilancio pubblico.
- vii. L'amministrazione aggiudicatrice deve definire i dati relativi all'andamento della gestione dei lavori e dei servizi che l'operatore economico è tenuto a trasmettere con cadenza prefissata nella documentazione di gara tenendo conto del valore, complessità e durata del contratto. In tale flusso informativo sono compresi i dati utilizzati dall'amministrazione per la definizione dell'equilibrio economico-finanziario e, per le operazioni di PPP

che interessano la realizzazione di opere pubbliche, anche quelli che le amministrazioni sono tenute a trasmettere alla BDAP istituita presso il MEF. Le amministrazioni aggiudicatrici definiscono, altresì, le modalità di acquisizione di tali dati da parte dell'operatore economico.

- viii. Le amministrazioni aggiudicatrici, per il tramite del Rup, coadiuvato dal direttore dei lavori o dal direttore dell'esecuzione, devono acquisire un periodico resoconto economico-gestionale sull'esecuzione del contratto, nel quale sia evidenziato l'andamento dei lavori in relazione al cronoprogramma, il rispetto degli SLA, l'esecuzione dei controlli previsti dal contratto, l'applicazione di eventuali penali o decurtazioni del canone e, in generale, ogni altro elemento di rilevanza contrattuale necessario per accertare la corretta gestione del contratto di PPP.

Ciò posto, come segnalato in dottrina, le Linee Guida non chiariscono del tutto la portata del concetto di rischio operativo (e, cioè, del rischio di non riuscire a ripagare l'investimento effettuato), il quale è esteso dal Codice a tutte le concessioni. Sennonché il Codice contempla le concessioni tra le varie forme di PPP, tra le quali vi rientrano come si è riferito anche il contratto di disponibilità, la finanza di progetto, il leasing etc.. Alcuni *stakeholders* avevano infatti evidenziato la necessità di qualificare il rischio operativo nel contratto PPP e di colmare la lacuna contenuta nella parte del Codice relativa al PPP, dove, a differenza della concessione, non viene espressamente citato il rischio operativo.

Il concetto di rischio operativo è, infatti, presente solo nelle definizioni di concessione di lavori e di concessione dei servizi di cui all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv) del Codice, mentre per i contratti di PPP tale concetto non è esplicitato. Peraltro, la stessa definizione di rischio operativo contenuta nell'articolo 3, comma 1, lettera zz) del Codice fa riferimento al rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito "al concessionario".

A tal proposito l'ANAC ha osservato che in tema di PPP l'articolo 180, comma 3, del Codice prevede:

i) che nei contratti di partenariato pubblico privato il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o del rischio di domanda;

ii) che il contenuto del contratto deve essere definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati, purché la valutazione avvenga ex ante.

Ciò significa che, da un lato, la valutazione della sostenibilità dell'operazione è fatta sulla base di flussi stimati – e non effettivi – dei servizi resi o della disponibilità dell'opera, secondo (mere) previsioni di domanda e secondo criteri di quantità e qualità dell'opera definiti ex ante; dall'altro lato, i livelli di servizi "effettivamente" forniti e la relativa qualità potranno divergere (ex post) da quelli stimati e ciò potrà determinare una perdita o un guadagno in capo all'operatore economico.

Le disposizioni normative dettate per il PPP, così interpretate, appaiono all'Autorità coerenti con la definizione di rischio operativo dettata per le concessioni. Pertanto, l'Autorità ha scelto deliberatamente di accogliere l'opzione di un espresso richiamo nelle Linee Guida al concetto di "rischio operativo", introdotto al paragrafo 2.1, valorizzando il dato letterale dell'articolo 3, comma 1, lettere uu), vv) e zz), nel quale il concetto di rischio operativo è legato alle sole concessioni, così come suggerito dal Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Sul tema continua a permanere il dubbio sull'applicabilità (o meno) del concetto di rischio operativo a tutte le operazioni di PPP o, come parrebbe far propendere l'interpretazione letterale degli artt. 165 comma 1 e 180 comma 3, del Codice solo alle concessioni con rischio di domanda (opere c.d. calde) e non anche alle concessioni con rischio di disponibilità (opere c.d. fredde, v. infrastrutture

sociali) o ai leasing.

Quel che comunque emerge dalle Linee Guida è che il PPP deve essere strutturato sulla base dell'effettiva esistenza di un rischio per il privato e sulla necessaria possibilità di un guadagno, al fine di evitare i c.d. canoni o traffici garantiti. In tal quadro ben possono essere considerate concessioni, con rischio operativo, anche i contratti di disponibilità (per le c.d. opere fredde) e la finanza di progetto.

Resta comunque il fatto che le Linee Guida costituiscono un valido strumento per una corretta impostazione del PPP. Come si sta assistendo per altri settori, ANAC non si è limitata al compito demandato, in questo caso, in ordine alla definizione delle attività di monitoraggio ma ha colto l'occasione per offrire una ricognizione (più o meno condivisibile) sulla corretta e robusta strutturazione di tale complesso fenomeno giuridico che si delinea come un genus contrattuale riferibile a più modelli specifici dove è prevalente la natura economico-finanziaria. E ciò nell'ottica di una rigorosa ed effettiva allocazione dei rischi, incardinata nel contratto, nel PEF, e, dunque, del conseguimento del Value for Money ovvero di quella efficienza, efficacia ed economicità a cui deve tendere per definizione una operazione di PPP.

Società partecipate e conflitto di interesse con la stazione appaltante: orientamenti a confronto

di Massimiliano Lombardo

SOTTO
LA
LENTE

1. La partecipazione alle gare pubbliche di società partecipate dall'ente appaltante

Il tema del potenziale conflitto di interessi (e della tutela della trasparenza e *par condicio*) nel caso in cui l'ente appaltante debba valutare un'offerta proveniente da un soggetto di cui la stessa stazione appaltante detenga una partecipazione azionaria qualificata o di controllo, si è posto sovente all'attenzione dei giudici amministrativi.

Due recenti casi giurisprudenziali offrono lo spunto per un confronto tra orientamenti più o meno restrittivi, sul crinale tra la tutela della concorrenza da un lato e quella della trasparenza, dall'altro, che ha trovato chiara espressione normativa anche nel nuovo codice dei contratti pubblici, nel criterio del conflitto di interessi, che assurge a valore fondativo della legislazione nazionale sulla contrattualistica pubblica, tanto quanto quello della concorrenza lo è a livello comunitario.

La sentenza n. 524, emessa dalla I Sezione del TAR Campania (Salerno) il 6 aprile 2018 traccia un parallelo fra la partecipazione di una società *in house* alla gara indetta dall'ente controllante ed il "conflitto di interesse" di cui all'art. 42 D.Lgs. n. 50/2016, per determinare l'esclusione dalla gara ai

sensi dell'art. 80, comma 5, lett. d) del medesimo Codice dei Contratti.

Il collegamento fra il "conflitto di interesse" e l'esclusione dalla gara discende da un'interpretazione estensiva dell'art. 42 del codice dei contratti pubblici recante, appunto, la nozione di "conflitto di interesse", in senso pro-concorrenziale.

Secondo l'art. 42 D.lgs. n. 50/2016 "*Le stazioni appaltanti prevedono misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.*"

Il secondo comma dell'art. 42 qualifica la nozione di "conflitto di interesse", individuando tale fattispecie "*quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere*

percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62".

Infine il codice dei contratti pubblici sanziona espressamente il conflitto di interesse con l'esclusione dalla gara, giacché l'art. 80, comma 5, stabilisce che: *"Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, ... qualora: ... d) la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile; ..."*.

Nel caso concreto, il TAR campano ravvisa un conflitto di interessi quando la stazione appaltante ha collegamenti societari con uno dei concorrenti alla gara pubblica, specificando che si tratta di *"elementi rilevabili nella partecipazione (diretta o indiretta) alla società che partecipa alla procedura pubblica, così come nella capacità dell'ente locale appaltante di influenzare le decisioni strategiche della società con direttive impartite agli amministratori"*.

In particolare, nel caso esaminato, il conflitto di interesse ravvisato dal TAR sarebbe da considerarsi *"non risolvibile"* – secondo la definizione data dall'art. 80, comma 5 D.lgs. n. 50/2016, giacché non è stato menzionato nelle dichiarazioni dei partecipanti/concorrenti, concludendo che la stazione appaltante ha il dovere di escludere il concorrente dalla procedura di gara.

Si tratta – è doveroso rammentarlo – di una sentenza per la quale risulta essere stato interposto appello e, quindi, il presente commento si concentrerà sulla linea interpretativa seguita dai giudici di merito, per ipotizzare possibili scenari nel caso in cui l'interpretazione del TAR dovesse riflettersi in altre pronunce di simile oggetto.

Altro pregio della sentenza è proprio quello di aver focalizzato l'attenzione su una problematica di ampia portata, collazionando e sintetizzando un'ampia pagina giurisprudenziale in materia.

2. La questione esaminata dal TAR Campania

La gara oggetto di scrutinio da parte del TAR era un accordo quadro, di durata triennale, per l'installazione e smontaggio di illuminazioni artistiche per una rassegna cittadina da svolgersi a Salerno.

Alla gara aveva partecipato – e vinto – anche un RTI costituendo, del quale faceva parte una società interamente posseduta da altra società holding, che, a sua volta, detiene una partecipazione in joint venture con altra società partecipata indirettamente dal Comune stazione appaltante nella gara di che trattasi.

Secondo il TAR, *"il Comune di Salerno (Stazione appaltante) e la Iren S.p.A. (unica proprietaria della aggiudicataria Iren Energia S.p.A.) - attraverso società interamente possedute (la Salerno Energia Holding S.p.A. e la Iren Mercato S.p.A.) - sono soci, rispettivamente per il 48,82% e per il 50%, nella Salerno Energia Vendite S.p.A. Dai "Patti parasociali tra Salerno Energia Holding S.p.A. e Iren Mercato S.p.A. relativi a Salerno Energia Vendite S.p.A." - versati in atti dalla ricorrente - emerge, tra l'altro, che "le Parti, ciascuna per quanto di propria competenza, faranno sì che: (a) la Società sia amministrata da un Consiglio di Amministrazione composto da cinque membri, di cui due (fra cui sarà scelto il Presidente) nominati su designazione di SEH ed i restanti tre (fra cui l'Amministratore Delegato...) nominati su designazione di IME ...; (b) il Consiglio di Amministrazione della Società nomini, su indicazione di IME, un Amministratore Delegato munito di pieni poteri di gestione ad eccezione dei poteri riservati dallo Statuto alla competenza esclusiva del Consiglio di Amministrazione ...; (c) la Società assuma un Direttore ... nominato dal Consiglio di Amministrazione su indicazione del suo Presidente nominato su designazione di SEH"*.

Inoltre, esaminando le visure camerali ed i patti parasociali emergono – secondo il TAR – altri indizi di *una cointeressenza di fatto - non dichiarata in sede di domanda di partecipazione [nel D.G.U.E. la Iren Energia ha dichiarato di non essere «a conoscenza di qualsiasi conflitto di interessi legato alla sua partecipazione alla procedura di appalto (articolo 80, comma 5, lett. d del Codice)»]*, e comunque non *"risolvibile"* ai fini di cui al richiamato

art. 80, co. 5, c.c.p. - tra il Comune appaltante e la (unica proprietaria della) Società aggiudicataria, che avrebbe dovuto determinarne l'esclusione, non potendosi in astratto escludere il rischio di distorsioni nell'azione amministrativa svolta e nei poteri esercitati.

Tali elementi consistono nel rafforzamento del controllo della capogruppo, sulle sue controllate, attraverso la nomina degli Amministratori e la formulazione degli indirizzi sulle politiche di mercato.

L'autonomia patrimoniale delle società controllate, secondo il TAR "nulla ha a che vedere con il profilo sostanziale - e affatto distinto - del possibile vulnus alla imparzialità dell'Amministrazione nella duplice veste di socio (di minoranza) della società proprietaria dell'aggiudicataria e di Stazione appaltante. ... Qualora ricorrano dette condizioni, la concorrente deve dichiarare la cointeressenza di fatto, condizione che deve essere dichiarata dalla concorrente medesima e che attiva la causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 5, lett. d), d. lgs. n. 50/20162.

Ne consegue che *"il complesso quadro sopra delineato - sia quanto agli assetti proprietari, sia sotto il profilo del concreto atteggiarsi dei poteri nell'ambito delle società interessate - fa dunque ritenere inverata la situazione di potenziale conflitto tra gli interessi di cui l'Amministrazione è portatrice nello svolgimento delle funzioni di Stazione appaltante e quelli che deve esprimere nella qualità di socio; conflitto al quale il diritto interno e quello eurounitario fanno corrispondere la sanzione espulsiva, in una prospettiva schiettamente proconcorrenziale".*

3. La portata dell'interpretazione estensiva dell'art. 80, comma 5 e dell'art. 42 del codice dei contratti pubblici

Il giudice amministrativo ha optato, nel caso di specie, per una lettura estensiva delle norme evocate dalla sentenza, qualificando come "conflitto di interessi" una compartecipazione dei soggetti controllanti in una terza società, seppure indifferente e non concorrente alla gara di che trattasi.

Allo stesso tempo, l'interpretazione dell'aspetto

sanzionatorio è risultata alquanto rigida, non considerando l'inciso - pur presente nel codice - della "risolvibilità" del potenziale conflitto.

Si rammenta che secondo l'art. 42, comma 2 D.lgs. n. 50/2016, non tutte le "cointeressenze" tra concorrente e stazione appaltante costituiscono ex se "conflitto di interesse", ma solo quelle in cui *"il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'art. 7 del Decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62".*

Allorché si verificano tali casi, secondo l'art. 42, comma 3 *"il personale ... è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni. ..."*

Quanto ai casi di astensione obbligatoria, ex art. 7 D.P.R. n. 62/2013, *"il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza."*

In altre parole, al di là dei possibili casi di interazione fra "personale" (o, meglio, "personale con potere decisionale") della stazione appaltante e

della società concorrente, lo stesso codice dei contratti pubblici tende ad applicare con estrema cautela le norme sul "conflitto di interessi", giungendo a prevedere - da un lato - in modo assai analitico i casi in cui si ravvede un indice di conflittualità e - dall'altro lato - una possibile *way out* attraverso l'astensione del "personale" in situazione di conflitto.

A tale interpretazione, del resto, sembra accedere anche l'art. 7 D.P.R. n. 62/2013, allorché prevede la stessa possibilità di astensione negli altri casi di conflitto di interessi da essa disciplinati.

Nello stesso senso, poi, dovrebbe essere letta la norma in esame, anche alla luce di un criterio interpretativo finalistico: la *ratio* dell'art. 42, infatti, è quella di tutelare la concorrenza. Nel fare ciò, si prevede l'uscita dalla gara di tutte le persone i cui interessi potrebbero confliggere con il principio di concorrenzialità ed ampia partecipazione: ma se la norma venisse applicata in maniera indiscriminata, arrivando ad escludere qualsiasi concorrente che si trovi in una situazione di potenziale conflitto, probabilmente si otterrebbe il risultato opposto rispetto alle finalità pro-concorrenziali propugnate dal medesimo art. 42 D.lgs. n. 50/2016.

Dal canto suo, l'art. 80, comma 5, lett. d) D.lgs. n. 50/2016, nel medesimo solco interpretativo, non commina automaticamente la sanzione espulsiva all'operatore economico che si trovi in una situazione di conflitto di interesse (ai sensi del citato art. 42); l'esclusione, infatti, si applica solo nei casi in cui la situazione "non è diversamente risolvibile".

Cosa intenda, in concreto, l'art. 80 non è di immediata evidenza, essendo rimesso all'interprete: esso certamente postula un subprocedimento di accertamento "in concreto" del potenziale conflitto e l'apertura ad eventuali "soluzioni" che il concorrente potrà adottare (*rectius*, dimostrare di aver adottato), per non compromettere il buon esito del confronto competitivo; tra esse, evidentemente, anche l'astensione dei soggetti in posizione conflittuale, così come definita dall'art. 42.

E che le cause di esclusione previste dall'art. 80 - con riferimento ai conflitti di interesse e, più in generale, alle situazioni lesive della concorrenza -

debbano essere esaminate e valutate "in concreto" lo ha ricordato recentemente la Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la sentenza della Sez. VI, 8 febbraio 2018, nella causa C-144/17, ove afferma (in relazione all'esclusione, prevista dall'art. 38 D.lgs. n. 163/2006 in caso di collegamento societario fra concorrenti) che "occorre ricordare che la Corte ha già rilevato che i raggruppamenti di imprese possono presentare forme e obiettivi variabili, e non escludono necessariamente che le imprese controllate godano di una certa autonomia nella gestione della loro politica commerciale e delle loro attività economiche, in particolare nel settore della partecipazione a pubblici incanti.

I rapporti tra imprese di un medesimo gruppo, infatti, possono essere disciplinati da disposizioni particolari atte a garantire tanto l'indipendenza quanto la segretezza in sede di elaborazione di offerte che vengano presentate contemporaneamente dalle imprese in questione nell'ambito di una medesima gara d'appalto (sentenza del 19 maggio 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punto 31). Il rispetto del principio di proporzionalità richiede quindi che l'amministrazione aggiudicatrice sia tenuta a esaminare e valutare i fatti, al fine di accertare se il rapporto sussistente tra due entità abbia esercitato un'influenza concreta sul rispettivo contenuto delle offerte depositate nell'ambito di una medesima procedura di aggiudicazione pubblica, e la constatazione di una simile influenza, in qualunque forma, è sufficiente affinché le suddette imprese possano essere escluse dalla procedura (v., in tal senso, sentenza del 19 maggio 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punto 32).

Ne risulta, nella fattispecie, che il mero fatto che delle offerte come quelle di cui al procedimento principale siano state sottoscritte dalla stessa persona, ... non può giustificare la loro esclusione automatica dall'appalto pubblico in questione. ... Pertanto, il diritto dell'Unione osta a che i sindacati ... siano automaticamente esclusi dalla gara d'appalto di cui al procedimento principale per il solo motivo che le loro rispettive offerte sono state sottoscritte dal procuratore speciale del rappresentante generale per l'Italia ... Spetta, tuttavia, al giudice del rinvio assicurarsi che le offerte in questione siano state presentate in maniera indipendente da ciascuno ...".

4. Il *vulnus* pregiudiziale sull'“autonomia” della P.A.

La vicenda in commento, al di là del caso concreto, rappresenta una situazione emblematica che suscita interesse, ove comparata ai frequenti casi di partecipazione delle società miste a gare indette dalla stazione appaltante, controllante della parte pubblica.

Tale scenario non è contraddetto, ma anzi è incentivato dall'art. 5 del Codice dei contratti pubblici – soprattutto se letto come endiadi, insieme all'art. 4 D.lgs. n. 175/2016 – allorché prevede che solo gli affidamenti *in house* costituiscano un'eccezione al principio generale di affidamento dei contratti pubblici attraverso confronti competitivi.

L'art. 5 del Codice non vieta alle società miste, che non possiedano i requisiti normativi per essere qualificate *in house*, di partecipare alle gare indette dall'ente controllante; tale partecipazione, dunque, deve ritenersi ammessa.

Per altro verso, l'art. 4 comma 4 del D.lgs. 175/2016 (testo unico sulle società partecipate) obbliga esclusivamente le società *in house* a prestare le loro attività a favore dell'ente controllante (e non le società costituite in forma di partenariato pubblico privato, di cui alla lettera c) del medesimo art. 4 comma 2), come si desume dal riferimento alle attività di cui alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2 (“4. *Le società in house hanno come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2. Salvo quanto previsto dall'articolo 16, tali società operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti*”).

La normativa in esame tutela dunque il principio costituzionale della trasparenza e del buon andamento, in giusto temperamento con i principi di autonomia della P.A., richiedendo una verifica attenta e puntuale delle situazioni che possono determinare un conflitto di interessi in concreto “irrisolvibile”, al fine di precludere la partecipazione alla gara della società coinvolta.

Per quanto concerne il caso esaminato dalla sentenza, dalla ricostruzione in fatto non è dato evincere se sia stata effettuata una indagine volta a

verificare *in concreto* l'esistenza del conflitto di interesse – o le misure adottate per rimuoverlo –, ovvero la effettiva compromissione dell'interesse pubblico. Né è dato desumere se la compartecipazione di “terzo livello” (cioè, della controllante della concorrente in una società terza, unitamente alla stazione appaltante che – a sua volta – agiva mediante una società controllata) possa effettivamente aver creato un *vulnus* al principio di libera concorrenza, influenzando la procedura di aggiudicazione.

Ciò che balza all'immediata evidenza è proprio la conseguenza, per le società partecipate, di un'eventuale espansione del principio contenuto nella sentenza che – per la sua articolazione sillogistica – è suscettibile di essere applicato ad ampio raggio, in tutti i casi in cui – ad esempio – una stazione appaltante, che è anche controllante di una società mista pubblico-privata, mette in gara attività che, astrattamente, potrebbero essere svolte anche da una propria società partecipata, o da una società partecipata controllata di “secondo livello”. In tali casi, infatti, il soggetto pubblico-stazione appaltante dovrebbe “sdoppiare” il suo ruolo, bilanciando (tramite opportune scelte di astensione) la sua qualità di committente e quella di socio controllante o socio partecipante.

5. Il diverso orientamento del TAR Toscana

In conclusione, si vuole dare voce anche ad un'interpretazione giurisprudenziale di merito, difforme rispetto da quella data dal TAR Campania.

La sentenza del TAR Toscana, Sez. I, n. 328 del 28 febbraio 2018, infatti, in un caso che presenta molte analogie con quello campano – ma esamina una fattispecie che, per molti versi, potrebbe apparire più delicata in termini di conflitto di interessi – giunge a conclusioni opposte a quelle della sentenza in commento.

Il caso deciso dal TAR Toscana riguarda una procedura di *project financing* a proposta spontanea, per l'efficientamento energetico di un sistema di illuminazione pubblica comunale; il TAR, anche sulla base della giurisprudenza comunitaria, non ravvede alcun conflitto di interesse nella partecipazione alla procedura, di un'impresa controllata di “secondo livello”: tutto dipende dal caso concreto,

cioè se si manifesta una concreta compromissione dell'interesse pubblico all'ordinato (e trasparente) svolgimento della gara.

L'interpretazione del TAR Toscana offre, dunque, una visione diversa del problema, salvaguardando l'identità stessa (oltre all'interesse) delle società partecipate che, altrimenti, si ritroverebbero irrimediabilmente compresse negli stretti margini del Testo Unico sulle partecipate.

Il caso appare più esposto al conflitto di interessi in quanto la caratteristica distintiva di una proposta spontanea di *project financing* è proprio quella che la prima parte della procedura - dedicata alla valutazione del "pubblico interesse" della proposta - si svolge attraverso un dialogo che intercorre solo fra offerente e stazione appaltante, senza che si possa aprire tale fase anche alla partecipazione di terzi. Ebbene, in tale contesto aveva assunto il ruolo di proponente del progetto una società partecipata indirettamente dal Comune-stazione appaltante attraverso una holding.

Secondo un'altra impresa del settore, che aveva proposto ricorso avverso l'approvazione del progetto presentato dal proponente, la procedura era da annullare, in quanto viziata da conflitto di interessi, a causa della situazione di controllo con la stazione appaltante.

Infatti, *"con il quarto motivo, si afferma che la scelta di un promotore controllato dalla stessa stazione appaltante sarebbe illegittima anche alla luce del principio generale dettato dall'art. 42 co. 2 d.lgs. n. 50/2016, secondo cui vanno evitate le situazioni che possano far sorgere potenziali conflitti di interesse. La circostanza che la controinteressata T.E.G. sia interamente controllata da Toscana Energia, società partecipata (anche) dal Comune di Massarosa e già affidataria in house del servizio di distribuzione del gas naturale, determinerebbe una situazione inconciliabile con il rispetto dei principi di par condicio e imparzialità nell'affidamento, imponendo l'esclusione della controinteressata dalla procedura a norma dell'art. 80 co. 5 lett. d) del più volte citato d.lgs. n. 50/2016"*.

Secondo il TAR Toscana, le censure sono infondate in quanto la situazione di conflitto di interessi non è comprovata - né altrimenti intuibile - nel caso

concreto: *"La controinteressata Toscana Energia Green è partecipata al 100% da Toscana Energia, società a partecipazione pubblica maggioritaria della quale il Comune di Massarosa detiene l'1,167% del capitale, a seguito della fusione per incorporazione in Toscana Energia di Sermas Gas s.p.a.. Quest'ultima era interamente posseduta dal Comune, che le aveva conferito la titolarità delle reti e del servizio di distribuzione del gas naturale, oggi esercitato nel territorio comunale da Toscana Energia in virtù, appunto, dell'affidamento in house a Sermas Gas. La ricorrente Engie Servizi assume che la posizione di controllo indiretto esercitata dal Comune di Massarosa su T.E.G., attraverso Toscana Energia, darebbe luogo a una commistione di interessi fra lo stesso Comune e il soggetto scelto come proponente del project financing, in violazione della disciplina sull'affidamento dei servizi pubblici locali e dei limiti operativi delle società a partecipazione pubblica"*.

Nel caso di specie la tesi del controllo sulla proponente, ancorché indiretto, risulta contraddetta dall'esiguità della partecipazione del Comune, palesemente insufficiente a garantire un'autonoma influenza dominante sull'operato della società partecipata. Il proponente risulta essere, pertanto, la controllata di una società partecipata dal Comune stazione appaltante, situazione che la giurisprudenza nazionale, sulla scia di quella europea, ha escluso essere di per sé impeditiva della partecipazione a gare indette dallo stesso ente pubblico contitolare del capitale sociale, non potendosi presumere che dalla compartecipazione societaria dell'amministrazione aggiudicatrice alla società concorrente discenda un'automatica violazione dei principi concorrenziali e di parità di trattamento, in assenza di prova circa l'esistenza di specifiche violazioni delle regole di evidenza pubblica (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3499, che richiama Corte Giustizia CE, 11 gennaio 2005, C-26/03 "Stadt Halle". In termini anche Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325; C.G.A., sez. giurisd., 24 dicembre 2002, n. 692).

Il TAR toscano aderisce dunque all'orientamento giurisprudenziale maggioritario (nazionale e comunitario) secondo il quale la cointeressenza azionaria non è di per sé prova di una situazione di conflitto ovvero di perturbazione della trasparenza delle procedure di aggiudicazione. Osserva il TAR:

“Le medesime considerazioni circa l’inconfigurabilità di impedimenti pregiudiziali non possono che valere per l’ipotesi in cui la società a partecipazione pubblica si renda presentatrice di proposte di project financing, salvo verificare caso per caso che, in concreto, l’amministrazione destinataria della proposta non abbia inteso indebitamente avvantaggiare la proponente da essa partecipata. Ma, nella specie, si è visto come gli elementi addotti dalla ricorrente a comprova del presunto favor verso T.E.G. si risolvano, in realtà, nella constatazione da parte del Comune dell’obiettivo incapacità della proposta di Engie di porsi come alternativa utilmente praticabile. Del pari, va escluso che la partecipazione societaria del Comune in Toscana Energia comporti di per sé l’esistenza della situazione di conflitto di interessi sanzionata dall’art. 42 co. 2 del d.lgs. n. 50/2016 (la quale, beninteso, si riferisce al personale della stazione appaltante). Alla valutazione della proposta di T.E.G. non è di ostacolo, infine, la circostanza che la controllante Toscana Energia sia affidataria diretta, nel Comune di Massarosa, del servizio pubblico di distribuzione del gas”.

Rimane aperto il confronto tra orientamenti contrapposti: quello rigoroso e restrittivo propugnato dalla prima sentenza in commento, e quello seguito dal TAR Toscana, in linea con l’orientamento maggioritario, secondo cui la posizione di conflitto di interessi in cui si troverebbero la partecipata e la stazione appaltante, a causa del rapporto di controllo intercorrente fra le stesse, non costituisce a priori causa normativa di esclusione dalla gara, ma richiede una verifica in concreto della “superabilità” di tale conflitto, da operarsi caso per caso sulla base dei rapporti di governance tra azionista pubblico e società partecipata.

APP ISTITUZIONALI

I migliori strumenti per una comunicazione veloce e interattiva tra l'amministrazione e i cittadini



Area Software



PRONTO URP

Nell'ottica di un sempre maggior coinvolgimento del cittadino nelle attività dell'Ente, lo strumento di gestione dell'URP online è fondamentale per dare la possibilità, a chiunque, di mettersi facilmente in contatto con l'Amministrazione.

Il cittadino, tramite un sistema di comunicazione e segnalazione integrato anche con i dispositivi mobili, può facilmente inviare segnalazioni o quesiti all'Ufficio URP dell'Ente tramite il portale dedicato.

Il software può, infatti, essere facilmente integrato all'interno di una pagina nel sito web dell'Ente oppure utilizzato nell'ambito del Portale Istituzionale.

INFORM@CITTADINO

La nostra app Inform@Cittadino è la soluzione definitiva all'integrazione fra il web e la Comunicazione Istituzionale con un servizio costantemente aggiornato ed accessibile 24h su 24.

L'App unifica la Comunicazione Istituzionale attraverso l'integrazione del Mobile con il Web superando la frammentazione delle informazioni erogate ai cittadini, turisti e operatori economici.

Informacittadino è in grado di erogare e supportare la comunicazione istituzionale su ulteriori canali: Web, Social Networks, Newsletter, in modo da raggiungere capillarmente la più ampia fascia di utenti possibile.

Possibilità di richiedere una **DEMO GRATUITA** per visionare il software.

Ci contatti per maggiori informazioni

☎ 0883.310504

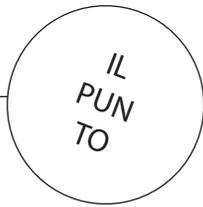
🌐 www.mediaconsult.it

✉ info@mediaconsult.it

 **MEDIA**
CONSULT

Oneri ed onori della sicurezza... presupposti di tutela o formalismi incompresi? - parte 2

di Pier Luigi Gianforte



1. La macro fase della progettazione

Chi scrive ritiene che qualsiasi pubblicazione tecnica nel campo della contrattualistica, ed in particolare della realizzazione di un'opera pubblica, debba avere come obiettivo finale la sua concreta utilità per gli operatori del settore.

Per questo, dopo il doveroso *excursus* storico-normativo dell'articolo precedente, nel proseguire l'analisi di un argomento alquanto complesso e piuttosto vasto, si vuole adesso porre l'accento su un aspetto più tecnico e pragmatico, trasferendo gli assunti teorico-giuridici nell'applicazione pratica.

Come già evidenziato nell'articolo precedente vi sono tre macro fasi nella realizzazione di un'opera pubblica:

- 1) progettazione;
- 2) affidamento;
- 3) realizzazione.

In tutte, per quanto qui di interesse, vi è come filo conduttore che riguarda la sicurezza il soggetto coinvolto, chiunque esso sia ed in qualunque veste si proponga.

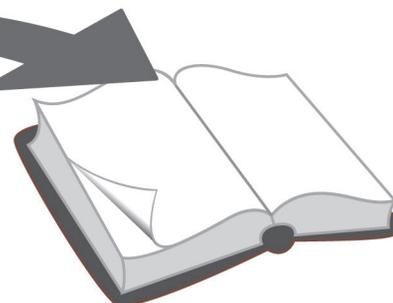
Esso deve avere bene a mente che il legislatore comunitario e nazionale ha posto la sicurezza come elemento imprescindibile e primario del suo lavoro, sul quale non è consentito derogare.

A tale scia si è adeguata anche la giurisprudenza, soprattutto quella penale, con giudizi rigorosi laddove si è rilevata la mancata applicazione delle misure la cui vigenza è oramai più che ventennale.

il Coordinatore per la sicurezza
in fase di progettazione:



- 2) Inserisce le prescrizioni atte a prevenire o ridurre i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori



Or bene, dopo questa necessaria premessa, è opportuno porre l'attenzione sugli aspetti della sicurezza nella progettazione di un'opera: progettare la sicurezza significa parlare di "Piano di Sicurezza e Coordinamento" o più sinteticamente del PSC e degli atti correlati.

Il PSC è un documento redatto in fase di progetto (comunque, di prassi, prima della richiesta di presentazione delle offerte per l'appalto) in cui sono analizzati tutti gli aspetti legati ai rischi e alle misure di prevenzione e protezione in riferimento allo specifico cantiere.

Il PSC è parte integrante della progettazione e quindi della gara d'appalto per poi divenire punto di riferimento per la realizzazione dell'opera; il PSC è costituito da una relazione tecnica con tutte le prescrizioni, correlate alla complessità dell'opera, atte a prevenire o ridurre i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori e una serie di tavole esplicative.

Il PSC deve essere redatto dal Coordinatore per la sicurezza in fase di progettazione (CSP) ed in alcuni casi particolari è redatto dal Coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione (CSE).

Nel caso infatti di lavori privati non soggetti a permesso di costruire e comunque di importo inferiore a 100.000 euro, le funzioni del

coordinatore per la progettazione sono svolte dal coordinatore per l'esecuzione dei lavori.

Per esperienza personale molte volte il CSP si limita a svolgere a tavolino i propri compiti redigendo in breve tempo, tramite apposito software, una documentazione che, ahimè, può risultare una volta verificatosi il sinistro del tutto avulsa dal reale contesto operativo.

IL CSP deve seguire, a mio avviso, una costruzione logica che va dall'analisi delle condizioni sito specifiche, alla deduzione delle misure di prevenzione e protezione ed alla successiva redazione del PSC; il tutto secondo una ricostruzione logica che va descritta nel PSC e che deve basarsi su: 1) sopralluoghi specifici; e 2) esigenze prospettate dalla committenza e del progettista.

I software non sono altro che strumenti (ovvero "scatole vuote" di supporto per quanto riguarda i riferimenti normativi e tecnici) che vanno adattati ed implementati con puntiglioso riferimento alle condizioni del cantiere sempre a valle, si ripete, si specifici sopralluoghi.

Quanto sopra a prescindere dagli evidenti obblighi ed adempimenti imposti dalla norma in fase di progettazione che si riassumo nella tabella a seguire:

ADEMPIMENTI	LAVORI PRIVATI		LAVORI PUBBLICI		A CURA DI:	RIFERIMENTI NORMATIVI
	una sola impresa	più di una impresa	una sola impresa	più di una impresa		
Verifica di idoneità tecnico-professionale	SI	SI	SI	SI	Committente / Responsabile dei Lavori	art. 90 c.9, art. 97 e All. XVII dlgs 81/2008(3)
Nomina di Coordinatori Progettazione	NO	SI	NO	SI (a)	Committente / Responsabile dei Lavori	art. 90 commi 4 e 5 dlgs 81/2008
Redazione del PSC- Fascicolo	NO	SI	NO	SI (a)	Coordinatori	art. 91 commi 1 lett a) e b) art. 92 comma 2 dlgs 81/2008
Stima dei costi della sicurezza	SI (b)	SI (c)	NO	SI (c)	(b) stazione appaltante (c) Committente / Responsabile dei Lavori	All. XV punto 4 81/2008

(a) Per i lavori privati non soggetti a richiesta di Permesso di Costruire il Coordinatore per l'esecuzione nominato prima dell'inizio dei lavori redige il PSC e il fascicolo.

(3) In caso di sub-appalto il datore di lavoro dell'impresa subappaltante verifica l'idoneità tecnico professionale dei subappaltatori.

Ai sensi dell'art. Art. 100 del D.lgs. 81/2008 il piano di sicurezza e di coordinamento è costituito da:

- una relazione tecnica e prescrizioni correlate alla complessità dell'opera da realizzare ed alle eventuali fasi critiche del processo di costruzione, atte a prevenire o ridurre i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi i rischi particolari di cui all'allegato XI, con specifico riferimento ai rischi derivanti dal possibile rinvenimento di ordigni bellici inesplosi nei cantieri interessati da attività di scavo. È corredato da tavole esplicative di progetto, relative agli aspetti della sicurezza, comprendenti almeno una planimetria sull'organizzazione del cantiere e, ove la particolarità dell'opera lo richieda, una tavola tecnica sugli scavi.
- la stima dei costi di cui al punto 4 dell'allegato XV.

I contenuti minimi del PSC e l'indicazione della **stima dei costi della sicurezza** sono definiti nell'allegato XV del D.lgs. 81/2008 ed attengono sinteticamente a:



2. L'aspetto fondamentale sia sotto il profilo della prevenzione che del contenzioso è quello legato alle interferenze per la presenza di imprese non contemporanee

Il coordinatore per la progettazione effettua l'analisi delle interferenze per le lavorazioni e per le opere rientranti nel campo di applicazione degli appalti pubblici.

Il cronoprogramma dei lavori, prendendo esclusivamente in considerazione le problematiche inerenti gli aspetti della sicurezza, integra il cronoprogramma delle lavorazioni previsto dalla normativa speciale sugli appalti.

In riferimento alle interferenze tra le lavorazioni, il PSC contiene le prescrizioni operative per lo sfasamento spaziale o temporale delle lavorazioni interferenti e le modalità di verifica del rispetto di tali prescrizioni. Nel caso in cui permangano rischi di interferenza, indica le misure preventive e protettive ed i dispositivi di protezione individuale, atti a ridurre al minimo tali rischi.

Ai sensi dell'art. 4.1 dell'allegato XV del D.lgs. 81/2008, ove è prevista la redazione del PSC, nei costi della sicurezza vanno stimati, per tutta la durata delle lavorazioni previste nel cantiere, i costi:

- a) degli apprestamenti previsti nel PSC;
- b) delle misure preventive e protettive e dei dispositivi di protezione individuale eventualmente previsti nel PSC per lavorazioni interferenti;
- c) degli impianti di terra e di protezione contro le scariche atmosferiche, degli impianti antincendio, degli impianti di evacuazione fumi;
- d) dei mezzi e servizi di protezione collettiva;
- e) delle procedure contenute nel PSC e previste per specifici motivi di sicurezza;
- f) degli eventuali interventi finalizzati alla sicurezza e richiesti per lo sfasamento spaziale o temporale delle lavorazioni interferenti;
- g) delle misure di coordinamento relative all'uso comune di apprestamenti, attrezzature, infrastrutture, mezzi e servizi di protezione collettiva.

Inoltre, con il par. 4.1.3 viene precisato che la **stima dovrà essere congrua, analitica per voci singole**, a corpo o a misura, riferita ad

elenchi di prezzi standard o specializzati, oppure basata su prezziari o listini ufficiali vigenti nell'area interessata, o sull'elenco prezzi delle misure di sicurezza del committente; nel caso in cui un elenco prezzi non sia applicabile o non disponibile, si dovrà fare riferimento ad analisi costi complete e desunte da indagini di mercato.

Ancora dopo molti anni si assiste, di contro, alla redazione di stime della sicurezza approssimative e di scarsa attinenza con le finalità della norma. Nei corsi che svolgo ai colleghi, più volte segnalo l'incongruenza di tale quantificazione e l'omessa remunerazione di attività di coordinamento che a ben vedere semplificano, e di molto, la successiva attività in fase di esecuzione.

Si pensi, per esempio, all'utilizzo del ponteggio da parte di svariate imprese e soggetti e la cautela necessaria nel verificare preventivamente e quotidianamente prima dell'utilizzo la corretta conformazione del ponteggio rispetto alle previsioni del PIMUS.

Si ripetono infatti incidenti legati alle modifiche ed alterazioni del ponteggio da parte dei vari soggetti e, in caso di sinistro, la successiva ed ineludibile responsabilità del coordinatore nell'aver omesso di pretendere e verificare l'effettiva attuazione delle misure di prevenzione e coordinamento (che nel caso del predetto ponteggio si concretano nel pretendere che prima di ogni utilizzo venga effettuata la verifica, formalizzata per iscritto, della permanenza della configurazione del ponteggio secondo le risultanze del PIMUS e delle norme comunque applicabili).

Or bene, prevedere nel computo la remunerazione per la redazione di un verbale prima dell'utilizzo del ponteggio, rappresenta un efficace strumento anche a garanzia del coordinatore.

L'impresa referente infatti verrebbe stimolata (oltre che obbligata) dalla previsione della remunerazione della corretta applicazione di una procedura volta a verbalizzare preventivamente l'utilizzo del ponteggio.

Il CSE, altro non dovrà fare, nel caso specifico altro che :

- 1) verificare l'idoneità del PIMUS e degli allegati;
- 2) accertare che venga individuato dall'impresa

referente (impresa principale o mandataria in caso di ATI) un soggetto che rediga il verbale di pre-utilizzo;

3) accertare che detto verbale venga regolarmente redatto;

4) predisporre la contabilità per la remunerazione di detta attività secondo le previsioni del capitolato speciale di appalto.

Si rinvia ad un successivo articolo l'esame delle criticità legate alle modalità di allibramento dei costi della sicurezza focalizzandosi, in questa fase, sull'aspetto delicato legato alla **corretta individuazione del soggetto CSE** in termini di esperienza e competenze professionali al fine di non incorrere nella così detta "*culpa in eligendo*".

La trattazione di tale figura, delle sue competenze e responsabilità, non può discostarsi dalla delimitazione dei compiti e dalla definizione dei rapporti rispetto ad altre due figure, per così dire, "concorrenti" ed ugualmente significative nella gestione della sicurezza nei cantieri, vale a dire quella del committente e dell'appaltatore o, per fare uso della terminologia legislativa, del datore di lavoro dell'impresa esecutrice.

Per quanto attiene ai rapporti tra committente e coordinatore per l'esecuzione, si deve, innanzi tutto, chiarire che, insieme al coordinatore per la progettazione, egli è un collaboratore qualificato del committente o del responsabile dei lavori, i quali sono, per l'appunto, tenuti a sceglierlo nell'ambito di una categoria di soggetti in possesso dei requisiti tecnico-professionali specificamente indicati all'art. 98, D.lgs. n. 81/2008.

La norma amplia la platea dei soggetti che possono svolgere le funzioni di coordinatore a svariate figure professionali.

Ebbene sul punto, per quanto notorie le problematiche relative al conflitto tra le competenze ascrivibili agli ingegneri, degli architetti o dei geometri, risulta dato oggettivo e riconosciuto dalla giurisprudenza come talune attività relative "applicazione della fisica" risultino di esclusivo appannaggio dell'ingegnere.

In termini pratici se, a titolo di esempio, la progettazione di un ponte risulta di esclusiva competenza dell'ingegnere, non è dato

comprendere come possa un architetto o addirittura un geometra (che comunque ha titolo per svolgere le funzioni di coordinatore) redigere gli atti di pertinenza del coordinatore.

Non si tratta di rivendicazioni legate a posizioni di rendita, ma alla consapevolezza che la singola e specifica formazione culturale è indispensabile per meglio valutare anche profili costruttivi intimamente connessi a questioni legate alla sicurezza.

In tale prospettiva per taluni interventi da eseguirsi in ambienti confinati ed a alto rischi chimico certamente un perito chimico risulta più idoneo di un ingegnere civile a svolgere le funzioni di coordinatore.

Ebbene, in tanti anni di attività (anche da Responsabile unico del procedimento), posso garantire che sono rarissimi i casi in cui il soggetto che affida l'incarico di coordinatore abbia piena consapevolezza della necessità che il soggetto incaricato abbia il necessario bagaglio culturale per affrontare al meglio l'attività da affidarsi.

Su tale aspetto l'affidamento sulla base dei criteri propri dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quindi del curriculum professionale può risultare essenziale.

Un ulteriore argomento di grande attualità è quello legato alle complicità legate agli interventi nei cantieri edili che risultano al contempo sistema azienda ai sensi dell'art. 26 del D.lgs. 81.

Si pensi, a titolo di esempio, agli adeguamenti dei plessi scolastici casistica questa oggi molto ricorrente a valle degli eventi sismici e dei contributi concessi dallo Stato.

Professionalmente assisto con sorprendente frequenza alla messa in gara di elaborati afferenti la sicurezza che non tengono conto dell'attuale dettame normativo che, nel caso di sistema cantiere-azienda, può risultare ancora più critico. In una scuola infatti a seconda del grado, è ragionevole aspettarsi che sulla stessa si intervenga durante il proprio utilizzo.

In questo caso sovviene l'obbligo da parte del committente (Comune, Provincia, ecc) di redigere il Documento Unico di Valutazione dei Rischi da Interferenze (DUVRI), il quale è obbligatorio ed introdotto dal già citato art. 26 del testo unico sulla sicurezza .

Con tale documento il datore di lavoro committente valuta i rischi specifici esistenti nell'ambiente lavorativo e indica le misure adottate per eliminare o ridurre al minimo i rischi da interferenze fra le attività affidate ad appaltatori e lavoratori autonomi (ed eventuali subappaltatori), oltre che le attività svolte nello stesso luogo di lavoro dal committente.

L'individuazione dei rischi derivanti da interferenze dovrà essere adattata alle singole realtà aziendali nelle quali vengono rese operative la valutazione e la gestione delle interferenze.

Ai costi della sicurezza del cantiere edile potranno quindi sommarsi i costi del DVRI.

Dette voci di costo andranno a loro volta a sommarsi agli oneri della sicurezza propri di ogni lavorazione e riferibili ad ogni singola impresa, come evidenziato nel grafico che segue:



Sugli oneri della sicurezza aziendali non si ritiene di dover aggiungere molto rinviano a specifico e diverso articolo scritto con l'avv. Raffarele Pelillo¹. Sotto il profilo tecnico di pertinenza, anche al fine di dare un contributo nella fase di verifica di congruità, ci si limita a dire, che gli oneri della sicurezza, dichiarati dal singolo concorrente, andranno verificati per lo specifico cantiere.

Ogni commessa infatti potrebbe prevedere lavorazioni e correlati adempimenti in materia di sicurezza non compresi nel protocollo sanitario, di formazione ed informazione aziendale e tali

da richiedere una implementazione e quindi un aggravio economico dei cd oneri.

Ne consegue che gli oneri per le attività eseguite saranno rendicontati e documentati sui costi effettivamente come sostenuti (valutazione rumore, rischio chimico, visite ecc...) mentre gli adempimenti legati e sopravvenuti alla specifica commessa saranno documentati su base predittiva. Nel prossimo articolo verranno approfonditi questi aspetti, avuto riguardo alla fase di affidamento dei lavori e quindi della congruità degli oneri dichiarati dall'impresa.

1. MEDIAPPALTI, ANNO V, N. 10 - Un passo avanti e due indietro? La questione degli oneri della sicurezza aziendali – spunti critici.

Il corretto utilizzo della clausola sociale

di Stefano Usai

IL
PUN
TO

Premesse

L'ANAC, a far data dal 14 maggio 2018, ha avviato una nuova consultazione pubblica sull'inedito schema di prossime linee guida relative all'applicazione concreta della clausola sociale. La consultazione, tutt'ora in corso si chiuderà il 13 giugno 2018.

Con lo schema, vengono riproposte le annose questioni ed implicazioni della clausola sociale – che tende a salvaguardare il livello occupazionale nella successione di contratti con lo stesso oggetto – in modo che gli *stakeholders* si possano pronunciare sul concreto atteggiarsi della regola in argomento. Effettivamente utile, anche se amplia a dismisura il numero degli atti attuativi del codice dei contratti, ponendo più di un problema ai RUP ed agli appaltatori, è interessante analizzare i principali aspetti del documento focalizzando la conferma che dallo stesso emerge relativamente all'impossibilità di imporre le assunzioni se l'appaltatore già possiede l'organico per svolgere il servizio.

1. Le finalità della clausola sociale

La clausola sociale, come detto, è funzionale ad assicurare una "stabilità occupazionale del personale impiegato" dal pregresso appaltatore. Risulta operativa pertanto nella delicata fase della successione dei contratti soprattutto in relazione ad appalti ad alta intensità di manodopera per i quali, semplificando, si pone evidentemente il problema del ricollocamento del personale occupato nel caso in cui il nuovo appalto venga aggiudicato ad una impresa diversa dalla precedente.

La clausola sociale, appunto, cerca quindi di stemperare tali problematiche "imponendo" al nuovo affidatario il riassorbimento (in realtà potenziale) del personale precedentemente impiegato.

E la prima questione ben chiarita dalla giurisprudenza comunitaria, quella interna ed ora la stessa ANAC è che un autentico obbligo di "riassunzione" non può essere imposto al nuovo gestore dovendo interpretarsi, la clausola in argomento, contemperandola con le esigenze organizzative dell'affidatario.

2. La nuova previsione codicistica

La clausola sociale è prevista dall'articolo 50 del codice dei contratti, oggetto di recente adeguamento da parte del decreto legislativo correttivo n. 56/2017.

Dalla disposizione, ora, emergono due differenti regimi giuridici:

a) Il primo riferito al sopra soglia comunitario – in cui l'inserimento della clausola (per un certo tipo di contratti) è obbligatoria;

b) Il secondo, relativo all'ambito del sottosoglia (definito nell'articolo 35 del codice dei contratti) in cui l'inserimento della salvaguardia occupazionale è solo facoltativo ed è rimesso alla decisione del RUP.

L'affermazione ultima deve essere circoscritta correttamente.

È bene sottolineare che pur vero che il RUP – secondo la norma, nel sottosoglia comunitario – può valutare l'inserimento della clausola ma è altresì innegabile che all'interno della stazione appaltante, supponendo delle responsabilità diffuse in cui ogni servizio effettua le proprie gare di competenza, l'approccio istruttorio dovrebbe avere delle indicazioni generali "propedeutiche" su come applicare la disposizione.

Non sembra, infatti, tollerabile che la discrezionalità diventi arbitrio ed ogni RUP decida secondo sensibilità e convincimenti personali.

L'articolo 50 del codice dei contratti esclude l'applicabilità della clausola sociale per gli appalti di natura intellettuale. E sembra evidente che ammettere il riassorbimento, in questo caso, sarebbe ammettere una sorta di contraddizione in termini visto che l'appalto di natura intellettuale implica un valore aggiunto determinato proprio dall'apporto personale del professionista che viene

scelto.

La disciplina delle clausole sociali è inoltre applicabile ai settori speciali, in considerazione del richiamo operato dall'articolo 114, comma 1, del Codice dei contratti pubblici alla disciplina contenuta negli articoli da 1 a 58.

La norma, pertanto, impone la clausola per gli appalti di lavori e servizi, diversi da quelli sopra richiamati, e nelle concessioni con particolare riferimento ai contratti "ad alta intensità di manodopera".

Il legislatore si è curato di chiarire quando ricorra la predetta condizione che – negli appalti sopra soglia a cui si applica integralmente il codice dei contratti - obbliga il RUP ad inserire la clausola sociale nel disciplinare di gara.

I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto.

L'alta intensità di manodopera ha anche l'altra fondamentale implicazione (in questo senso, cfr. Tar Campania Napoli sez. V, sentenza del 24 ottobre 2017 n. 4995) imponendo l'obbligo di utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (con contestuale divieto di utilizzare il criterio del minor prezzo).

A tal riguardo, nella sentenza richiamata si legge che "il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, tra il comma 3 (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali v'è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali v'è quello dei servizi ripetitivi), è di specie a genere.

Ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 scatta, cioè, un obbligo speciale di adozione

L'articolo 50 del codice dei contratti esclude l'applicabilità della clausola sociale per gli appalti di natura intellettuale.



del criterio dell'o.e.p.v. che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio fatta in via generale dal codice, non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dall'entità dello sforzo motivazionale dell'amministrazione. La soluzione è del resto in linea con i criteri direttivi dettati dal legislatore delegante. Infatti l'art. 1, co. 1, lett. gg), per i contratti relativi (tra gli altri) ai servizi "ad alta intensità di manodopera", precisa, quale criterio direttivo, che l'aggiudicazione debba avvenire "esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come definita dalla lettera ff), 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".

Negli appalti sotto la soglia comunitaria (ai sensi dell'articolo 35) - a cui non si applica integralmente il codice dei contratti -, come si diceva sopra, l'applicazione della clausola è meramente facoltativa e rimessa, più che al RUP, alla decisione - da declinarsi in atti di tipo generale (es. un regolamento dei contratti) - della stazione appaltante.

3. L'impianto della disciplina suggerita dall'ANAC

L'ANAC, pertanto, ritiene opportuno, in applicazione di quanto previsto dall'articolo 213, secondo comma del Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n.50/2016), adottare, con apposite Linee guida (nel prosieguo solo LG), uno specifico atto regolatorio sul tema delle clausole sociali, in considerazione della generale rilevanza di tale istituto nell'ambito della contrattualistica pubblica.

Una prima sottolineatura di rilievo, è data dalla riflessione di partenza circa la constatazione che i RUP dovrebbero, in realtà, accogliere una nozione più ampia di clausola "rispetto alla mera tutela occupazionale, valorizzando negli atti di gara aspetti che afferiscono alla protezione sociale, al lavoro e all'ambiente".

Nelle note tecniche che accompagnano lo schema di LG si legge infatti che il riferimento "sociale" deve essere inteso come attributo che impone al datore di lavoro, a ben valutare, "il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione".

In sostanza, la previsione della clausola sottintende l'esigenza di valorizzare aspetti ulteriori rispetto alla sola occupazione dei lavoratori dell'impresa uscente. Ed in questo senso, il legislatore italiano ha tenuto conto delle indicazioni contenute

nelle Direttive 23/24/25 UE (considerando nn. 37, 93, 99 e articolo 18, paragrafo 2, e articolo 70 della Direttiva 2014/24/UE).

Nella stessa legge delega n. 11/2016 sono presenti disposizioni specifiche sul tema ed emerge (art. 1, comma 1, lett. ddd)) la necessità di valorizzare "esigenze sociali e di sostenibilità ambientale" ai fini della valutazione delle offerte (articolo 95, comma 6, del Codice dei contratti pubblici).

Le stazioni appaltanti possono tenere in considerazione, quindi, anche fattori, di rilevanza sociale ed ambientale.

In particolare, possono essere oggetto di valutazione (per il tramite del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) sia ulteriori requisiti o condizioni di esecuzione, ai sensi

Nella stessa legge delega n. 11/2016 sono presenti disposizioni specifiche sulla clausola sociale ed emerge (art. 1, comma 1, lett. ddd)) la necessità di valorizzare "esigenze sociali e di sostenibilità ambientale" ai fini della valutazione delle offerte (articolo 95, comma 6, del Codice dei contratti pubblici). Le stazioni appaltanti possono tenere in considerazione, quindi, anche fattori, di rilevanza sociale ed ambientale.



dell'articolo 100 del Codice dei contratti pubblici, sia criteri di aggiudicazione, laddove venga utilizzato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (articolo 95, comma 69) o si faccia ricorso ai "costi del ciclo di vita" (articolo 96, comma 1, lettera b).

Possono essere considerati, a titolo esemplificativo:

- a) Il contenimento dei consumi energetici;
- b) l'adozione di misure di sicurezza dei lavoratori, ulteriori rispetto a quelle previste dal decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81;
- c) la riduzione delle emissioni inquinanti;
- d) l'inserimento di lavoratori svantaggiati (es. disoccupati di lunga durata/persone con disabilità) in quantità superiore allo standard previsto dalla legislazione sociale nazionale.

Nel caso di specie, possono venire in rilievo anche elementi di natura sociale/ambientale, pertinenti all'oggetto dell'affidamento, ed essere inseriti nel rispetto dei principi generali sanciti dall'articolo 30 del Codice dei contratti pubblici, con particolare riguardo a: economicità, non discriminazione e proporzionalità.

Ovviamente, nella predisposizione dei bandi di gara, il RUP deve avere un approccio equilibrato evitando di introdurre specifiche che possono determinare effetti anticoncorrenziali o incompatibili con la libera iniziativa economica con la previsione (nei criteri di valutazione) (potenziale) di punteggi proporzionati valutando l'incidenza di tali clausole rispetto agli altri aspetti qualitativi della commessa da acquisire nonché "all'utilità per la stazione appaltante, anche allo scopo di assicurare comunque l'economicità dell'affidamento".

4. La latitudine applicativa

Fermo restando gli obblighi applicativi - se sussistono le condizioni stabilite nell'articolo 50 - anche negli appalti sopra soglia esiste un margine di discrezionalità nel caso si tratti di aggiudicazione di appalti non ad alta intensità di manodopera.

Vi sono situazioni, però, in cui insiste un autentico divieto di prevedere il riassorbimento del personale

del pregresso affidatario in quanto, l'eventuale previsione, avrebbe l'effetto di condizionare il fisiologico andamento della competizione. Integrando, molto probabilmente, anche una irrituale "intermediazione di manodopera".

In particolare, la clausola - oltre agli appalti di natura intellettuale - non può assolutamente essere prevista:

- a) negli appalti di fornitura;
- b) negli appalti/concessioni in cui la prestazione lavorativa è scarsamente significativa o anche irrilevante (ad esempio, appalti di natura finanziaria);
- c) dei casi in cui è riscontrabile l'elemento dell'*intuitus personae*.

5. Il compito istruttorio del RUP rispetto alla clausola sociale

L'aspetto di sicuro interesse dello schema di LG è l'impegno dell'ANAC di chiarire alcuni fondamentali questioni del compito istruttorio che compete al RUP nel momento in cui deve verificare l'inserimento (o meno) della clausola nella proposta di legge di gara da sottoporre al proprio dirigente/responsabile del servizio

Secondo l'autorità anticorruzione, l'obbligo dell'inserimento della clausola sociale esige che il contratto da aggiudicare sia oggettivamente assimilabile a quello in essere.

Infatti, l'inserimento di clausole dirette alla tutela dei livelli occupazionali non è legittimo qualora non sussista, per la stazione appaltante:

- nessun contratto in essere nel settore di riferimento,
- il contratto in essere presenti un'oggettiva incompatibilità rispetto a quello da attivare, ad esempio, per la diversità delle attività oggetto dell'affidamento e/o per la difformità delle condizioni soggettive di accesso alla gara da parte degli operatori economici;

L'incompatibilità si riferisce all'entità delle prestazioni: ad esempio nel caso in cui il nuovo

appalto prevede l'utilizzo di un numero inferiore di prestazioni e dunque di risorse lavorative rispetto al contratto in essere, l'obbligo (eventuale) di assorbimento grava nei limiti del nuovo fabbisogno; Occorre tenere conto, inoltre che l'applicazione della clausola sociale, come già si evidenziava in premessa, non comporta mai un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente, dovendo tale obbligo essere armonizzato con l'organizzazione aziendale prescelta dal nuovo affidatario.

Pertanto, il riassorbimento del personale è esigibile nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione del lavoro elaborata dal nuovo assunto.

Se le condizioni di compatibilità vengono accertate – e nei limiti dell'organizzazione lavorativa del datore di lavoro - il lavoratore dell'impresa uscente deve essere riassorbito dall'impresa entrante, **con preferenza rispetto a soggetti terzi.**

I lavoratori che non trovano collocazione nella nuova organizzazione sono destinatari, nel rispetto delle procedure sindacali, delle tutele apprestate dagli ammortizzatori sociali previsti dalla legge.

6. Sull'intensità dell'obbligo di "riassorbimento" del personale per l'aggiudicatario

L'obbligo di riassorbimento del personale del pregresso affidatario, quindi, non è assoluto. Un simile obbligo si porrebbe in contrasto con la Costituzione e con importanti principi elaborati in

sede comunitaria.

Sull'intensità dell'obbligo gravante sull'appaltatore si possono richiamare anche le recenti posizioni dell'ANAC e della giurisprudenza (peraltro espressione di un orientamento consolidato e granitico).

L'inserimento di clausole dirette alla tutela dei livelli occupazionali non è legittimo qualora non sussista, per la stazione appaltante, nessun contratto in essere nel settore di riferimento o il contratto in essere presenti un'oggettiva incompatibilità rispetto a quello da attivare, ad esempio, per la diversità delle attività oggetto dell'affidamento e/o per la difformità delle condizioni soggettive di accesso alla gara da parte degli operatori economici;



Utile in questa prospettiva è, a titolo esemplificativo, la deliberazione ANAC n. 96/2018. Inoltre, già la nota illustrativa al bando tipo n. 2/2017 ha chiarito che la clausola sociale "deve prevedere che le condizioni di lavoro siano armonizzabili con l'organizzazione dell'impresa subentrante e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto".

In questo senso, deve ritenersi legittima "la previsione del disciplinare di gara che impone all'aggiudicatario di adeguare la propria organizzazione a quella dell'appaltatore uscente senza prevedere uno specifico riassorbimento del personale dell'aggiudicatario uscente, in quanto finalizzata piuttosto all'armonizzazione delle esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali".

In giurisprudenza, si possono citare almeno il Tar Toscana, Firenze, sez. I, sentenza del 2 gennaio 2018 n. 18 con cui si è chiarito che l'ambito "di incidenza delle clausole sociali è stato sempre più circoscritto da successive pronunce (anche da parte di questo Tribunale) che hanno evidenziato che:

- a) la clausola sociale deve conformarsi ai principi nazionali e comunitari;
- b) conseguentemente, l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto

dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante;

c) la clausola non comporta invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria (T.A.R. Toscana, Sez. III, n. 231 del 13 febbraio 2017 e Cons. Stato, Sez. III, n. 1896/2013)".

In questo senso anche il Tar Calabria, Reggio Calabria, sentenza del 15 marzo 2017 n. 209.

Nel caso di specie il collegio ha rilevato che la giurisprudenza sulla clausola sociale ha affermato che: "La clausola sociale dell'obbligo di continuità nell'assunzione è stata costantemente interpretata dalla giurisprudenza (...) nel senso che l'appaltatore subentrante «deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante» mentre «i lavoratori, che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali» (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5725); La clausola sociale, la quale prevede, secondo numerose disposizioni, «l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto», (così l'art. dell'art. 29, comma 3, del d. lgs. 276/2003, ma altrettanto rilevanti sono la generale previsione dell'art. 69, comma 1, del d. lgs. 163/2006 e quella dell'art. 63, comma 4, del d. lgs. n. 112/1999), perseguendo la prioritaria finalità di garantire la continuità dell'occupazione in favore dei medesimi lavoratori già impiegati dall'impresa uscente nell'esecuzione dell'appalto, è costituzionalmente legittima, quale forma di tutela occupazionale ed espressione del diritto al lavoro (art. 35 Cost.), se si contempera con l'organigramma dell'appaltatore

subentrante e con le sue strategie aziendali, frutto, a loro volta, di quella libertà di impresa pure tutelata dall'art. 41 Cost." (Consiglio di Stato, Sez. III, 9 dicembre 2015, n. 5598).

Per effetto di quanto, prosegue la pronuncia, "il principio guida è, quindi, che la clausola di salvaguardia dei livelli occupazionali non si trasformi, da elemento afferente all'esecuzione dell'appalto, in un elemento tendenzialmente preclusivo della partecipazione (...) per cui l'aggiudicatario dev'essere messo nelle condizioni di poter garantire l'applicazione del C.C.N.L., il che val quanto dire che non si possono imporre, con la *lex specialis*, condizioni che rendano soggettivamente impossibile tale obiettivo".

7. La previsione nella legge di gara

La clausola sociale, secondo l'ANAC deve essere espressamente prevista nella legge di gara e "l'operatore economico accetta espressamente la clausola sociale e l'obbligo è riportato nel contratto".

Sulla puntualizzazione, in primo luogo, occorre considerare il caso in cui, pur risultando obbligato – per il tipo di contratto ad alta intensità di manodopera e in ambito sopra soglia comunitaria –, il RUP non inserisca la clausola sociale.

Pur evidenziando che il bando – che non riporti una clausola obbligatoria – rimane viziato da illegittimità (ed è quindi annullabile), si può ritenere che la norma sia eterointegrativa, pertanto, l'aggiudicatario deve ritenersi, nei limiti in cui si è detto, obbligato al riassorbimento (in modo contemperato con le esigenze del proprio organico).

In questo senso, pare a chi scrive, si possono leggere le indicazioni della stessa ANAC che chiarisce come le "imprese tenute all'applicazione del CCNL osservano la prescrizione relativa all'assorbimento del personale uscente (nda ad esempio nei servizi di igiene urbana e ambientale), anche a prescindere dalla previsione ad hoc inserita nella *lex specialis*, tenuto conto del richiamo

espresso, ad opera del predetto articolo 50, della disciplina recata dai contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81".

E l'applicazione delle clausole sociali deve avvenire "in armonia con la disciplina recata dalle disposizioni contenute nei contratti collettivi di settore".

8. La questione dell'accettazione della clausola sociale

Normalmente, e si tratta di dato facilmente riscontrabile negli atti del procedimento, con la legge di gara si impone un autentico "vincolo" del riassorbimento del personale utilizzato nella gestione del servizio.

Qualora questo sia rimesso alla necessità di una vera e propria dichiarazione di volontà (che l'appaltatore è chiamato ad esprimere), si può ritenere che l'eventuale carenza (l'appaltatore non esprime la volontà di accettare la clausola) possa essere sanata attraverso il ricorso al soccorso istruttorio integrativo di cui all'articolo 83, comma 9 del codice. Pertanto, verrà invitato ad integrare la carenza e solamente se vi si rifiuti potrà essere escluso.

Nello stesso schema di linee guida si chiarisce che la mancata accettazione della clausola sociale "costituisce manifestazione della volontà di proporre un'offerta condizionata, come tale inammissibile nelle gare pubbliche".

Qualora la commissione di gara (o il RUP/seggio di gara) in fase di verifica della documentazione amministrativa accerti in gara, "se del caso attraverso il meccanismo del soccorso istruttorio, che l'impresa concorrente rifiuta, senza giustificato motivo, di accettare la clausola, si impone l'esclusione dalla gara, laddove l'accertamento

compiuto consenta di ritenere che l'operatore economico intenda rifiutare l'applicazione della clausola, legittimamente prevista".

Mentre, come si diceva sopra, "l'esclusione, viceversa, non è fondata nell'ipotesi in cui l'operatore economico manifesti il proposito di applicarla nei limiti di compatibilità con la propria organizzazione d'impresa" come si ripeterà anche più avanti.

Dal caso appena prospettato, però, occorre tener distinta l'ipotesi di una non corretta formulazione - nella legge di gara - della clausola in commento.

Si pensi al caso in cui la clausola impone un autentico obbligo di assunzione (a prescindere dalle esigenze, sopra dette, di armonizzazione con l'organizzazione lavorativa dell'appaltatore aggiudicatario).

In questa ipotesi è ben difficile ritenere che il concorrente possa essere obbligato a sottoscrivere una clausola di questo tipo e, pertanto, sarebbe opportuno un intervento in autotutela della stazione appaltante per ricondurre anche il tenore letterale della clausola nei termini comunitari (o come, ad esempio, predisposta dall'ANAC, nei bandi tipo bandi di tipo - n. 1/2017 in tema di affidamento di forniture e servizi e nel bando tipo n. 2/2018 anche se nelle indicazioni, erroneamente, si richiama il bando tipo n. 2/2017 - in tema di aggiudicazione dell'appalto di pulizie, nel sopra soglia, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

In ogni caso si deve, ovviamente, ritenere che anche qualora l'appaltatore si fosse vincolato (formalmente) a riassumere - senza limiti - il personale pregresso ben potrà far valere l'iniquità di un simile vincolo dichiarandosi semplicemente vincolato ad un riassorbimento potenziale e condizionato dalle carenze del proprio organico.

Nello stesso schema di linee guida si chiarisce che la mancata accettazione della clausola sociale "costituisce manifestazione della volontà di proporre un'offerta condizionata.



Il RUP, già con la legge di gara, dovrà rendere edotti i potenziali competitori:

- a) dei dati del personale da assorbire,
- b) del numero di unità,
- c) del monte ore lavoro,
- d) del CCNL applicato dall'attuale appaltatore,
- e) delle qualifiche del personale,
- f) dei livelli retributivi,
- g) degli scatti di anzianità,
- h) della sede di lavoro del personale.

9. L'inadempimento dell'appaltatore

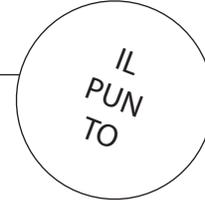
L'inadempimento dell'appaltatore – si pensi al caso in cui non riassorba alcuna unità lavorativa del pregresso gestore e decida di procedere con nuove assunzioni – deve essere valutato in relazione all'incidenza nella fase civilistica di esecuzione del contratto.

Non si è in presenza pertanto, di "illegittimità" che incidono sull'aggiudicazione ma, le violazioni, rendono esperibili i classici rimedi civilistici e quindi l'attivazione della clausola risolutiva, l'applicazione delle penali per i ritardi.

Lo schema di LG, in particolare, richiama l'esperibilità del rimedio della risoluzione del contratto ex art. 108 del nuovo codice dei contratti.

Principio di rotazione e requisiti di partecipazione: come tutelare la concorrenza nelle gare d'appalto?

di Ilenia Filippetti



Premesse

L'applicazione del principio di rotazione costituisce un potente strumento di tutela della concorrenza, oltre che di contrasto ai possibili fenomeni corruttivi nell'affidamento degli appalti pubblici.

Le insidie che minano, di fatto, l'efficacia di tale strumento possono tuttavia nascondersi anche nelle pieghe di **procedure che siano solo apparentemente "aperte al mercato"**.

In tale contesto, con il presente breve contributo si tenterà di analizzare i più recenti arresti della giurisprudenza amministrativa in materia di rotazione e di verificare, nel contempo, l'esistenza – anche nelle procedure aperte – di alcune barriere che impediscono, di fatto, alle imprese di accedere realmente al mercato degli appalti pubblici.

1. Il principio di rotazione nella recente giurisprudenza amministrativa

Numerose pronunce del Consiglio di Stato hanno recentemente affrontato il tema delle procedure negoziate, con specifico riferimento al problema del re-invito di un'impresa che sia già risultata affidataria di un precedente contratto da parte della medesima stazione appaltante.

È stato così sottolineato che il principio di rotazione – che, per espressa previsione normativa, deve sempre orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da consultare e da invitare a presentare le offerte – trova fondamento nell'**esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle**

informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato¹: al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese, ed al fine di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio di rotazione impone, in linea generale che **l'invito all'affidatario uscente rivesta carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato**, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento².

Si impone pertanto, a carico della stazione appaltante, la seguente alternativa: **non invitare il gestore uscente oppure motivare attentamente le ragioni per le quali si ritiene di non poter prescindere dall'invito**³.

L'invito e l'affidamento al contraente uscente richiede, pertanto, un onere motivazionale più stringente, ed è stata ritenuta illegittima la documentazione di gara che non recava alcuna motivazione in ordine alle ragioni giustificative dell'ammissione alla procedura del precedente gestore, mentre le affermazioni secondo cui vi sarebbero stati solo pochi operatori

interessati all'affidamento avrebbero dovuto essere concretamente dimostrate⁴.

L'invito al gestore uscente riveste carattere eccezionale e deve essere sempre motivato



(la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), **soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato**; al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese, ed al fine di favorire, per contro, la distribuzione delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, **il principio in questione comporta che, in linea generale, l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale**⁵.

Occorre evitare il consolidamento di una rendita di posizione in capo al gestore uscente



Ne consegue che, quando la stazione appaltante intenda comunque procedere all'invito dell'impresa uscente, occorrerà motivare puntualmente tale decisione, facendo riferimento, in particolare, al numero eventualmente ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento.

Più di recente, peraltro, lo stesso Consiglio



1. Consiglio di Stato, sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125.
 2. In tal senso, si veda anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione, Linee Guida n. 4, di attuazione del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 ed aggiornate al Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 con delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018.
 3. Consiglio di Stato, n. 4125/2017 cit.
 4. Consiglio di Stato, n. 4125/2017 cit.
 5. Consiglio di Stato, sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854.

di Stato, con pronuncia ispirata ad un rigore ancora maggiore, ha affermato che nelle gare cd. "sotto soglia" **sussiste l'obbligo per le stazioni appaltanti non invitare il precedente aggiudicatario**, al fine di evitare il consolidamento delle già citate rendite di posizione in capo al gestore uscente: il principio di rotazione è infatti volto a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore – quello degli appalti "sotto soglia"⁶ – nel quale **è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari**⁷.

2. La previsione di requisiti "speciali" di accesso alla gara

Come sopra accennato, gli obblighi di rotazione non si applicano laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti – oppure stabilite dalla stessa amministrazione, nel caso di indagini di mercato o di consultazione di elenchi di operatori economici – non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione⁸.

È importante tuttavia **verificare se, anche in presenza di procedure aperte, sussistano barriere all'accesso alla competizione, ovvero se sussistano ostacoli che impediscano, surrettiziamente, alle imprese di partecipare comunque alle procedure di**

gara, e ciò ancorché si tratti di procedure formalmente indette dalla stazione appaltante quali procedure aperte al mercato.

Sotto tale profilo, è importante verificare, in particolare, se il bando di gara abbia previsto **requisiti di partecipazione eccessivamente restrittivi, idonei a determinare una sostanziale limitazione della concorrenza a favore di un solo operatore economico**; ciò, peraltro, tralasciando, in questa sede, le più gravi ipotesi di requisiti talmente stringenti da consentire la configurazione di un vero e proprio "bando fotografia"⁹.

In via generale, le stazioni appaltanti hanno il potere discrezionale di fissare nella *lex specialis* i requisiti soggettivi specifici di partecipazione, attraverso l'esercizio di un potere discrezionale che rimane sottoposto, in ogni caso, ai limiti della ragionevolezza e della proporzionalità¹⁰.

In particolare, la stazione appaltante è titolare di un potere discrezionale nel richiedere requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica ulteriori e più severi rispetto a quelli normativamente previsti, con il rispetto della proporzionalità e ragionevolezza e nel limite della non estraneità rispetto all'oggetto della gara.

Tale esercizio di discrezionalità è stato ritenuto compatibile con i principi della massima partecipazione, concorrenza, trasparenza e libera circolazione delle prestazioni e servizi, **a condizione che i requisiti richiesti siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto e la loro applicazione più rigorosa si correli a circostanze debitamente giustificate**¹¹; ne

6. Per quanto concerne l'applicabilità del principio di rotazione anche alle procedure negoziate sopra soglia si veda TAR Lazio, Roma, 21 maggio 2018, n. 5621.

7. Consiglio di Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079.

8. Autorità Nazionale Anticorruzione, Linee Guida n. 4 cit.

9. L'utilizzo della locuzione "bando fotografia" deve essere intesa, peraltro, in senso ampio ed atecnico: la Corte di Cassazione penale, Sez. VI, 16 febbraio 2017, n. 13431, ha infatti evidenziato che il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, previsto dall'art. 353 bis cod. pen., è configurabile in relazione ad ogni atto che abbia l'effetto di avviare la procedura di scelta del contraente, rientrando nella nozione di "atto equipollente" del bando di gara anche la deliberazione a contrarre, qualora la stessa, per effetto della illecita turbativa, non preveda l'espletamento di alcuna gara, ma l'affidamento diretto ad un determinato soggetto.

10. Consiglio di Stato, sez. V, 28 maggio 2014 n. 2775.

11. Ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 8 settembre 2008 n. 3083; TAR Lazio, Roma, sez. II, 8 febbraio 2017, n. 2115.

consegue che, se l'Amministrazione è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti per consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, nondimeno tale possibilità è **sindacabile in sede giurisdizionale** per quanto concerne l'idoneità e l'adeguatezza delle clausole del bando rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto, ed **incontra il limite che tale scelta non sia irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito**¹².

Rientra quindi nell'esercizio della discrezionalità delle stazioni appaltanti – ma **nei limiti della ragionevolezza e della proporzionalità** – il potere di introdurre requisiti più stringenti rispetto a quelli minimi indicati dalla legge, oppure richiedere una dimostrazione più puntuale dei requisiti minimi obbligatori¹³.

Tale facoltà, peraltro, deve essere interpretata coerentemente con i principi comunitari e non può limitare la possibilità di partecipazione ai soli soggetti economici che abbiano già prestato i medesimi servizi o forniture. Il concetto di servizio analogo, infatti, deve essere inteso non come identità ma come similitudine tra le prestazioni, tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante **non è certamente la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul**

mercato ma, al contrario, deve salvaguardare l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità¹⁴: in presenza di un'incertezza sulla portata di una regola di gara, ad esempio, deve essere privilegiata l'interpretazione che consente la più ampia partecipazione di imprese alla competizione¹⁵.

La circostanza che la *lex specialis* di gara richieda ai concorrenti di documentare il pregresso svolgimento di servizi non identici ma comunque "analoghi" fa sì che **l'esigenza della massima partecipazione deve essere bilanciata con quella dello svolgimento del servizio da parte di un operatore economico in possesso di adeguata esperienza**, nell'ottica della garanzia del superiore principio del buon andamento dell'azione amministrativa¹⁶.

L'adeguatezza e proporzionalità dei requisiti richiesti dal bando va poi valutata con riguardo non al mero importo dell'appalto, ma all'oggetto in concreto di esso ed alle sue specifiche peculiarità¹⁷: in applicazione di tale principio, è stato affermato che la richiesta di un determinato fatturato pregresso per servizi del tutto identici (e non solo "analoghi") a quello oggetto di gara deve essere commisurata al concreto interesse della stazione appaltante a una certa affidabilità del proprio interlocutore contrattuale, avuto riguardo alle prestazioni oggetto di affidamento¹⁸.

È possibile valutare l'esperienza dell'impresa ma non è possibile valutarla due volte (per l'accesso e per l'attribuzione di un punteggio)



12. Consiglio di Stato, sez. V, 28 maggio 2014 n. 2775; Consiglio di Stato, sez. V, 22 settembre 2009 n. 5653; Consiglio di Stato, sez. VI, 23 luglio 2008 n. 3655; TAR Toscana, sez. III, 23 ottobre 2017 n. 1267.

13. Cfr. C.G.A., 15 ottobre 2009, n. 934; Consiglio di Stato, sez. V, 19 novembre 2009, n. 7247; TAR Sicilia Palermo, sez. III, 18 gennaio 2011 n. 91.

14. TAR Piemonte, Sez. II, 16 gennaio 2008 n. 40.

15. TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 8 gennaio 2011 n. 23.

16. TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 3 novembre 2011 n. 1990; Consiglio di Stato, sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7525;

17. Cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 23 gennaio 2006 n. 206; Consiglio di Stato, sez. V, 30 aprile 2002 n. 2294.

18. Consiglio di Stato, sez. V, 29 marzo 2006, n. 1599; Consiglio di Stato, sez. IV, 10 marzo 2004, n. 1114; Consiglio di Stato, sez. V, 31 dicembre 2003, n. 9305.

La complessità dei servizi oggetto di gara può pertanto rendere giustificata la volontà della stazione appaltante di individuare interlocutori in possesso di un'esperienza specifica particolarmente profonda, e quindi tali da garantire anche sul piano economico una speciale affidabilità¹⁹.

La previsione della prova dello svolgimento di servizi identici a quelli da appaltare non è pertanto, di per sé, illegittima se si tratta di una previsione conforme ai canoni di adeguatezza e proporzionalità, tenuto conto dell'oggetto concreto dell'appalto e delle sue specifiche peculiarità²⁰.

È peraltro evidente che, ove il bando imponga al concorrente di aver svolto servizi identici, dovranno essere considerati rilevanti anche i servizi resi a favore di altre amministrazioni pubbliche, anche in ossequio agli appena citati principi di adeguatezza e proporzionalità dell'azione amministrativa.

In caso di gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'individuazione dei criteri di attribuzione dei punteggi è espressione di discrezionalità tecnica e l'offerta va valutata sulla base di criteri oggettivi, tra i quali possono rientrare anche l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del predetto personale possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto²¹.

Nelle procedure relative all'affidamento di servizi, in cui l'offerta tecnica non si sostanzia in un progetto o in un prodotto, ma nella descrizione di un facere, la valutazione dell'offerta stessa può tenere in considerazione la pregressa esperienza

dell'operatore, come anche della solidità ed estensione della sua organizzazione d'impresa: sotto tale profilo, appare pertanto legittimo che tra gli elementi oggetto di valutazione possa rientrare anche il pregresso positivo svolgimento di servizi analoghi a quello oggetto di gara per un importo significativo, a condizione, tuttavia, che il bando di gara non attribuisca all'esperienza un peso ponderale di per sé decisivo ai fini dell'aggiudicazione della gara²².

In ogni caso, resta fermo l'orientamento giurisprudenziale di derivazione europea secondo cui, essendo la procedura di gara tesa a selezionare la migliore offerta e non il miglior offerente, il **bando di gara non può duplicare, nella previsione degli elementi dell'offerta oggetto di valutazione, la prescrizione dei requisiti di capacità tecnica ed economica già preliminarmente richiesti ai concorrenti ai fini dell'ammissione alla gara**²³.

Il possesso delle attrezzature tecniche deve sussistere al momento della stipula del contratto



Le stazioni appaltanti devono pertanto individuare criteri di valutazione concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante.

Tali criteri devono quindi consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo. In altri termini, **non devono essere oggetto di valutazione i requisiti di partecipazione che,**



19. Consiglio di Stato, sez. IV, 28 aprile 2008, n. 1860.
 20. Consiglio di Stato, sez. V, 30 giugno 2017 n. 3194; Consiglio di Stato, sez. V, 16 gennaio 2012, n. 140; Consiglio di Stato, sez. V, 23 gennaio 2006, n. 206.
 21. TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 24 febbraio 2018 n. 136.
 22. Consiglio di Stato, sez. IV, 25 novembre 2008 n. 5808; Consiglio di Stato, sez. V, 16 febbraio 2009 n. 837; Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2009 n. 3716; Consiglio di Stato, sez. V, 28 agosto 2009 n. 5105.
 23. Consiglio di Stato, n. 5808/2008 cit.

per definizione, sono posseduti da tutti i concorrenti, mentre potrebbe essere **possibile attribuire un punteggio esclusivamente ai miglioramenti rispetto ai requisiti minimi di accesso alla procedura di gara**²⁴.

Per quanto concerne, da ultimo, il possesso di specifiche attrezzature tecniche indispensabili alla corretta esecuzione dell'appalto, l'allegato XVII al Codice dispone che la comprova del possesso dei requisiti speciali facoltativamente richiesti dalla stazione appaltante può consistere una dichiarazione con la quale l'impresa indichi "l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento tecnico di cui l'imprenditore o il prestatore di servizi disporrà per eseguire l'appalto".

Per quanto concerne il momento dell'effettivo possesso delle attrezzature e dei mezzi, è di fondamentale importanza sottolineare **l'utilizzo, da parte del legislatore, del tempo futuro**, laddove si riferisce ai mezzi di cui l'impresa **"disporrà per eseguire l'appalto"**, ad intendere, pertanto, che il possesso di tali strumenti non deve necessariamente essere anteriore rispetto alla scadenza del termine di ricevimento delle offerte fissato dal bando di gara.

Sul punto, in effetti, la giurisprudenza aveva già evidenziato che un'interpretazione finalistica e teleologica delle disposizioni in tema di requisiti di partecipazione e concorrenza porta a ritenere che, in sede di gara, possa essere fornita **la dimostrazione in ordine al successivo possesso, certo ed incondizionato, al momento della stipula del contratto, dei mezzi necessari alla sua compiuta esecuzione**²⁵: il Consiglio di Stato ha pertanto chiarito che non è necessario che i mezzi siano già disponibili all'epoca della procedura, mentre è invece importante che gli stessi siano disponibili al momento dell'assunzione

e dell'esecuzione degli impegni negoziali.

Una diversa interpretazione, che preveda l'anticipazione del possesso dei mezzi al momento della presentazione dell'offerta, non è ammissibile in quanto la stessa imporrebbe la dispendiosa acquisizione di dotazioni funzionali alla sola esecuzione dell'appalto prima ancora che vi sia certezza in ordine all'aggiudicazione, mentre l'interesse dell'Amministrazione a non prendere in considerazione offerte prive della necessaria serietà deve ritenersi soddisfatto dalla dimostrazione che detti requisiti saranno oggettivamente disponibili al momento dell'effettiva stipula del vincolo negoziale²⁶.

3. Conclusioni

La sintetica rassegna giurisprudenziale appena tracciata consente di delineare alcuni punti fermi che, se concretamente attuati, possono consentire alle stazioni appaltanti di assicurare un'effettiva tutela del principio di concorrenza nell'affidamento degli appalti pubblici.

In primo luogo, nelle procedure ad invito – di valore inferiore o anche superiore alla soglia di rilievo europeo – l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale, con la conseguenza che, quando la stazione appaltante intenda comunque procedere all'invito dell'impresa uscente, occorrerà motivare puntualmente tale decisione.

Per converso, nelle procedure aperte al mercato, il bando di gara non potrà duplicare, nella previsione degli elementi dell'offerta oggetto di valutazione, la prescrizione dei requisiti di capacità tecnica ed economica già preliminarmente richiesti ai concorrenti ai fini dell'ammissione alla gara:

24. Così l'Autorità Nazionale Anticorruzione, Linee Guida n. 2 approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 1005, del 21 settembre 2016 ed aggiornate al D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 con Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018.

25. Consiglio di Stato, sez. V, 8 settembre 2011, n. 5040.

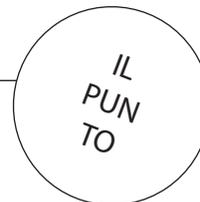
26. Consiglio Stato, sez. VI, 23 dicembre 2005, n. 7376.

in altri termini, non devono essere oggetto di valutazione i requisiti di partecipazione alla gara che, per definizione, devono essere posseduti da tutti i concorrenti, mentre potrebbe essere possibile attribuire un punteggio all'esperienza, ma esclusivamente all'esperienza che eccede i requisiti minimi di accesso alla procedura di gara.

Il possesso di eventuali attrezzature tecniche indispensabili alla corretta esecuzione dell'appalto, infine, deve sussistere al momento della stipula del contratto e non deve essere imposto sin dal momento della presentazione dell'offerta.

La nuova legge della Regione Sardegna in materia di appalti pubblici. Novità e aspetti problematici.

di Alessandra Verde



Considerazioni generali

La Regione Sardegna ha recentemente emanato la legge 13 marzo 2018, n. 8 recante "Nuove norme in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture", dando così applicazione all'art. 2 del Codice nazionale dei contratti nella parte in cui prevede che le Regioni a Statuto speciale adeguino la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione.

Già in vigore del vecchio Codice degli appalti pubblici, la Regione Sardegna aveva emanato una legge regionale in materia, la n. 5 del 2007, che aveva avuto, in verità, una sorte infelice, essendo stata la stessa dichiarata incostituzionale per gran

parte del suo articolato, ritenuto dalla Consulta invasivo della competenza esclusiva dello Stato, per quanto attiene alle materie della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile¹.

In attuazione del D. Lgs. n. 50/2016, la Sardegna ci ha ora riprovato, emanando un provvedimento legislativo corposo, tutto incentrato sugli aspetti della programmazione, dell'organizzazione amministrativa, della centralizzazione e razionalizzazione degli acquisti nonché della tutela e sostenibilità ambientale e sociale.

Anche stavolta, invero, il Governo ha avuto da ridire, in quanto la L.R. n. 8 è stata impugnata dinanzi la Corte Costituzionale per violazione dell'art. 117, comma 2 lett. e) e l) Cost.².

1. In particolare, un primo gruppo delle norme regionali impuginate incideva sulle procedure di qualificazione e selezione dei concorrenti, sulle procedure di affidamento, nonché sui criteri di aggiudicazione e sulla programmazione dei lavori pubblici, ambiti tutti compresi nella materia della tutela della concorrenza, con evidente alterazione delle regole operanti nel settore degli appalti pubblici. Un secondo gruppo delle norme regionali impuginate afferiva invece alla materia dei rapporti contrattuali e dell'esecuzione degli stessi, ovvero all'ordinamento civile (norme sul collaudo, sui limiti del corrispettivo, sul subappalto, sulla consegna lavori ecc.). In entrambi i casi, la Corte Costituzionale ha ritenuto che la legge regionale invadesse la sfera di competenza esclusiva riservata allo Stato.

2. Si veda il Comunicato della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 82 dell'8 maggio 2018.

Il Governo ha evidentemente ravvisato alcuni profili di incostituzionalità, sempre avuto riguardo alle materie - di competenza esclusiva statale - della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile. Va detto, tuttavia, che le norme impugnate questa volta sono solo quattro, il che significa che il generale impianto della legge è stato promosso dal Governo nazionale.

Invero, in sede di incontro bilaterale tra la Regione e la Presidenza del Consiglio dei Ministri tenutosi il 4 maggio scorso, il Governo ha sollevato perplessità su molteplici punti della legge, molti dei quali sono, per tale ragione, in via di correzione da parte dell'organo legislativo regionale. La Giunta Regionale sarda ha infatti approvato e presentato in Consiglio regionale un disegno di legge di modifica di otto articoli della L.R. n. 8, in accoglimento dell'impegno assunto dinanzi al Governo nazionale di superare alcune criticità presenti nella prima versione del provvedimento o di eliminare refusi³. Sugli articoli oggetto di impugnativa dello Stato, la Giunta ha invece dichiarato di non voler intervenire in virtù delle ragioni che sosterrà in sede di giudizio dinanzi alla Corte Costituzionale.

1. L'ambito di applicazione e le linee direttrici della legge

In primo luogo, la legge regionale sarda definisce il proprio ambito di applicazione individuandolo

nei contratti pubblici aventi ad oggetto i lavori, le forniture e i servizi affidati dalle stazioni appaltanti appartenenti al Sistema Regione e al sistema delle autonomie locali sarde, eseguiti sul territorio regionale.

La legge disciplina in particolare le materie della **programmazione, progettazione, sostenibilità ambientale e sociale, centralizzazione della committenza regionale e organizzazione amministrativa**.

Le stazioni appaltanti destinatarie della legge: sono l'Amministrazione regionale; il Corpo forestale e di vigilanza ambientale (che è una Direzione generale dell'Amministrazione regionale); gli enti, le agenzie, le aziende e gli istituti regionali, costituenti il sistema Regione⁴; gli enti locali, loro associazioni e unioni; le aziende sanitarie della Sardegna; gli organismi di diritto pubblico la cui attività è finanziata o sottoposta al controllo delle amministrazioni ed enti sopra citati; gli enti aggiudicatori come definiti dall'articolo 3, comma

1, lettera e) del Codice dei contratti pubblici, ad esclusione degli enti aggiudicatori dello Stato e degli enti pubblici statali; le società con capitale pubblico partecipate delle amministrazioni di cui sopra, in misura anche non prevalente, che abbiano ad oggetto della propria attività la produzione di beni o servizi non destinati a essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza; i concessionari di lavori e servizi pubblici delle amministrazioni sopra citate; i soggetti privati

La Regione Sardegna ha emanato la nuova legge sugli appalti pubblici, dettando le regole in materia di programmazione, progettazione, sostenibilità ambientale e sociale, organizzazione e centralizzazione degli appalti da affidare ed eseguire nel territorio regionale.



3. Si veda la Deliberazione n. 25/24 del 22 maggio 2018, approvata dalla Giunta regionale sarda e recante <<Disegno di legge concernente "Modifiche alla legge regionale 13 marzo 2018, n. 8 (Nuove norme in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture)">>.

4. Sistema Regione così come definito dall'art. 1, comma 2 bis della legge regionale 13 dicembre 1998, n. 31 (Disciplina del personale regionale e dell'organizzazione degli uffici della Regione), introdotto dalla legge regionale 25 novembre 2014, n. 24 (Disposizioni urgenti in materia di organizzazione della Regione).

sovvenzionati direttamente in misura superiore al cinquanta per cento dalle amministrazioni di cui sopra, relativamente ai lavori, di importo superiore ad un milione di euro, che comportino lavori di genio civile o lavori di edilizia relativi a ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari e edifici destinati a funzioni pubbliche, ovvero servizi sopra soglia comunitaria sovvenzionati direttamente in misura superiore al cinquanta per cento da amministrazioni aggiudicatrici, allorché tali appalti siano connessi ad un appalto di lavori tra quelli succitati.

La nuova legge regionale sarda sugli appalti pubblici trova nella tutela e sostenibilità ambientale, nella valorizzazione artistica locale, nella promozione sociale e nella razionalizzazione e centralizzazione degli acquisti finalizzata ad una riduzione degli sprechi oltre che ad un miglioramento dei servizi offerti, i suoi principali fili conduttori.



La legge regionale sarda, nel voler perseguire i generali obiettivi di efficienza, efficacia, semplificazione, trasparenza e qualità del ciclo del contratto pubblico individua, quali sue principali finalità:

- 1) l'introduzione di misure di semplificazione e di efficaci regole in materia di programmazione dei lavori pubblici;
- 2) il potenziamento e l'adeguamento infrastrutturale della Regione per uno sviluppo economico e sociale equilibrato del territorio;
- 3) il perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, di trasparenza, efficienza ed economicità nell'affidamento e gestione delle commesse pubbliche, attraverso la promozione e lo sviluppo dell'aggregazione della domanda e della centralizzazione nelle acquisizioni di lavori, beni e servizi delle stazioni appaltanti aventi sede nel territorio regionale;
- 4) in stretta connessione con la precedente finalità, la qualificazione e razionalizzazione della committenza pubblica e la promozione dell'esercizio associato delle funzioni;
- 5) la promozione e la tutela della qualità dell'ideazione e della realizzazione architettonica, alla base della progettazione e della realizzazione

dell'opera pubblica, affinché sia garantito l'armonico inserimento di questa nel paesaggio e nell'ambiente circostante;

- 6) la salvaguardia, la tutela e la valorizzazione dell'ambiente naturale, la sostenibilità ambientale e l'uso oculato delle risorse naturali; l'incentivazione all'uso di materiali locali la cui produzione, estrazione o trasporto determini un minor impatto ambientale;
- 7) la tutela delle esigenze ambientali, sociali ed occupazionali nonché la promozione ed incentivazione dell'accesso dei giovani professionisti e delle micro e piccole medie imprese ai contratti pubblici.

2. L'attenzione alla tutela e alla sostenibilità ambientale. Promozione della qualità architettonica

Una delle linee direttrici fondamentali della legge regionale in esame è la tutela e la sostenibilità ambientale degli interventi pubblici e la valorizzazione della qualità architettonica ed artistica.

Un intero titolo della legge è dedicato alla trasparenza, qualificazione e sostenibilità ambientale e, al suo interno, un capo riguarda il Piano di azione per gli acquisti verdi. Tale strumento programmatico deve essere approvato dalle amministrazioni aggiudicatrici entro un anno dall'entrata in vigore della legge, per un periodo di tre anni, poi periodicamente aggiornato. La finalità è quella di elaborare un programma operativo per l'introduzione dei criteri ambientali nelle procedure di acquisto di forniture e servizi e di realizzazione di lavori pubblici.

Nella definizione del Piano di azione, gli enti che lo approvano dovranno tener conto degli obiettivi della politica dell'Unione europea e del

"green public procurement" nonché dei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente, quale sistema di orientamento dei consumi pubblici verso beni e servizi da preferirsi per la loro maggiore sostenibilità ambientale, il cui utilizzo comporta, inoltre, un vantaggio economico per le pubbliche amministrazioni tenuto conto dei costi sostenuti lungo l'intero ciclo di vita del lavoro, del prodotto o del servizio.

Le scelte programmatiche volte a trasfondere le esigenze di sostenibilità ambientale nelle procedure di acquisto di beni e servizi pubblici dovranno compiersi mediante: la riduzione dell'uso delle risorse naturali; la sostituzione delle fonti energetiche non rinnovabili con fonti rinnovabili; la riduzione della produzione di rifiuti, delle emissioni inquinanti e dei rischi ambientali; il riciclo e riutilizzo dei rifiuti.

La concreta attuazione del piano di azione degli acquisti verdi sarà oggetto di periodico monitoraggio e controllo.

Sempre nell'ottica di promuovere la tutela e la sostenibilità ambientale, la legge sarda sugli appalti pubblici prevede specifici incentivi agli operatori economici per l'acquisizione della certificazione del sistema di qualità conforme alle norme e alle micro e piccole imprese aventi sede nel territorio regionale per la registrazione al sistema comunitario di ecogestione e audit EMAS.

Al fine di garantire e potenziare i livelli di salute e sicurezza nel governo del territorio, il provvedimento legislativo in esame contiene inoltre un'importante disposizione in tema di programma triennale dei lavori pubblici: almeno il 30 per cento dell'importo complessivo degli interventi da realizzare deve essere obbligatoriamente destinato ad opere di prevenzione per la riduzione del rischio idrogeologico, per il miglioramento della sicurezza degli edifici scolastici e, in generale,

della sicurezza impiantistica degli edifici pubblici e di infrastrutture pubbliche, per l'eliminazione e il superamento delle barriere architettoniche ed, infine, per la riduzione dei consumi energetici da fonti non rinnovabili. Il tema della prevenzione del rischio idrogeologico, in particolare, è divenuto senza dubbio tristemente attuale in Sardegna a seguito dei noti drammatici eventi alluvionali del novembre 2013 che colpirono duramente tutto il territorio regionale ed in particolare la zona settentrionale e, per tale ragione, è ora obiettivo ormai imprescindibile.

Degno di nota è poi il Titolo dedicato alla promozione della qualità architettonica. La Regione si impegna infatti a tutelare e promuovere la qualità dell'ideazione e la qualità architettonica

nella progettazione dell'opera pubblica, come affermazione del valore dell'architettura, della forma urbana e del paesaggio, espressioni delle culture e dell'identità delle comunità insediate e, a questi fini, adotta il Piano triennale per la qualità architettonica delle opere pubbliche (PIQUA) riguardante anche le opere di particolare rilevanza, ovvero quelle che determinano rilevanti trasformazioni

del territorio o che consistono nell'inserimento di nuovi e rilevanti manufatti o gli interventi estesi di recupero nei contesti sia naturali, sia urbani, nonché gli interventi per la realizzazione o l'ammmodernamento di rilevanti infrastrutture. La particolare rilevanza delle opere è individuata dal PIQUA e valutata sotto il profilo architettonico, ambientale, paesaggistico, agronomico e forestale, storico-artistico, conservativo e tecnologico.

La qualità architettonica di un'opera pubblica di cui la Regione si fa promotrice viene dalla legge definita come l'esito di un coerente sviluppo progettuale architettonico, urbanistico o paesaggistico dell'intervento, che ne recepisce

La legge sarda sugli appalti conferisce grande importanza agli strumenti programmatori al fine di tutelare la sostenibilità ambientale e la qualità architettonica. A tal fine prevede infatti l'adozione periodica del Piano d'azione triennale per gli acquisti verdi ed il Piano triennale per la qualità architettonica delle opere pubbliche (PIQUA).



le esigenze di carattere funzionale e sociale, nel rispetto dei principi generali di utilità e funzionalità, solidità, durevolezza e sicurezza, valori estetici e percezione del territorio, armonico inserimento nel contesto, sostenibilità energetica ed ecologica e, infine, qualità tecnologica dei materiali e delle soluzioni.

Per promuovere la qualità architettonica, oltre alla fase programmatoria, la Regione si impegna, tra l'altro, a promuovere concorsi di idee e di progettazione per le opere di particolare rilevanza, stimolando in particolare la partecipazione ad essi dei giovani professionisti, ed istituisce borse di studio regionali *ad hoc* a favore dei giovani laureati.

Ancora in tema di tutela ambientale, l'art. 41 della legge regionale prevede, tra l'altro, la minimizzazione degli impatti ambientali e l'ottimizzazione dell'utilizzo di risorse non rinnovabili, mediante l'inserimento nei documenti di gara dell'onere di utilizzare preferibilmente, per le opere stradali, materiali da costruzione derivanti da materiali di scarto provenienti da cave ornamentali di granito e marmo già autorizzate. Inoltre, nelle procedure di affidamento in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, le stazioni appaltanti, nella definizione degli elementi di valutazione dell'offerta, devono tenere conto anche di **elementi di sostenibilità ambientale**, quali, in particolare, il risparmio energetico, l'impiego di materiali la cui produzione, estrazione o trasporto determina un minore impatto ambientale, l'utilizzo di tecniche innovative ed ecocompatibili per l'approvvigionamento e lo smaltimento dei materiali, l'utilizzo di materiali riciclati ed, infine, l'introduzione di elementi di bioedilizia e di tecniche di ingegneria naturalistica.

Sotto il profilo della sostenibilità ambientale latamente intesa, appare interessante anche l'art. 42 rubricato <<Lotta allo spreco alimentare e qualità dei servizi di ristorazione collettiva>>, che riguarda i contratti pubblici per l'affidamento dei servizi di ristorazione collettiva, di cui Allegato IX del Codice nazionale dei contratti, ovvero i servizi di ristorazione prescolastica, scolastica, universitaria,

ospedaliera, delle strutture residenziali e semiresidenziali per anziani e di altre categorie svantaggiate, gestiti dalle amministrazioni aggiudicatrici o da soggetti privati in regime di concessione e prevede la promozione di azioni di contrasto allo spreco alimentare e lo stimolo al consumo di prodotti locali tipici, DOP e IGP, dei prodotti provenienti da operatori dell'agricoltura biologica e/o integrata, dell'agricoltura sociale e dei prodotti tradizionali, locali e a filiera corta, dando priorità a quelli per i quali si garantisce l'assenza di organismi geneticamente modificati, il rispetto dei criteri ambientali minimi e la qualità della formazione degli operatori. La Regione si impegna altresì a promuovere campagne di informazione e sensibilizzazione contro lo spreco alimentare e promuove percorsi formativi, informativi e di aggiornamento rivolti agli operatori del settore.

3. La sostenibilità sociale e la promozione dell'artigianato e della cultura locale negli affidamenti pubblici. La sussidiarietà orizzontale

Un altro filo conduttore significativo del provvedimento legislativo in esame è sicuramente l'attenzione alla sostenibilità sociale degli interventi pubblici, strettamente connessa alla promozione e al rilancio del mercato delle piccole imprese locali, in particolare del settore dell'artigianato.

Per quanto concerne il primo aspetto, merita un richiamo il già citato art. 41, che, probabilmente al fine di contribuire in qualche modo a contenere il preoccupante aumento del tasso di disoccupazione registrato in Sardegna, prevede che le stazioni appaltanti possano inserire nella *lex specialis* della procedura di affidamento, tra gli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa o tra le condizioni di esecuzione dell'appalto, misure volte a favorire l'assunzione di disoccupati di lunga durata o, comunque, di lavoratori svantaggiati. Le stazioni appaltanti potranno altresì introdurre azioni di formazione per i disoccupati e i giovani inoccupati, finalizzate all'acquisizione delle competenze necessarie per la corretta esecuzione delle attività oggetto dell'appalto e imporre l'assunzione di un numero

di persone disabili superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale nonché l'applicazione di condizioni contrattuali più favorevoli per i lavoratori.

Sempre allo scopo di sostenere l'occupazione, le stazioni appaltanti potranno prevedere nei bandi di gara l'obbligo di assorbire ed utilizzare prioritariamente nell'esecuzione del contratto, qualora disponibili, i soci lavoratori o dipendenti del precedente appaltatore, compatibilmente con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste negli atti di gara nonché prevedere misure che favoriscano l'inserimento lavorativo di persone con disabilità, di disoccupati di lungo periodo e di lavoratori svantaggiati.

Una particolare attenzione viene rivolta anche alla valorizzazione e al rilancio dell'artigianato locale. L'art. 16 della legge prevede infatti che le stazioni appaltanti che debbano eseguire, con finanziamento della Regione, nuove costruzioni o ristrutturazioni totali di edifici pubblici, dovranno destinare all'abbellimento degli immobili, mediante

opere d'arte e dell'artigianato tipico e tradizionale, rappresentative delle tradizioni e dei valori della Sardegna e della loro trasformazione, una quota della spesa totale prevista nel progetto calcolate in base a percentuali decrescenti al crescere dell'importo complessivo dei lavori.

Tale previsione si applica anche alle costruzioni

di edilizia abitativa pubblica, limitatamente agli interventi nei quartieri di nuovo insediamento urbano o nei complessi edilizi di particolare interesse sociale. Nel rispetto del fondamentale principio dell'evidenza pubblica e del rispetto della concorrenza, la scelta degli artisti e degli artigiani per l'esecuzione delle opere avverrà a seguito di apposita procedura concorsuale.

Degno di nota è infine l'articolo 25 che mira a promuovere l'intervento volontario delle imprese in funzione preventiva o per fronteggiare situazioni di emergenza e a rafforzare l'interesse pubblico

alla tutela del territorio e alla salvaguardia dell'incolumità delle persone, mediante l'istituzione di un <<elenco regionale degli operatori virtuosi>>. ⁵

Potranno chiedere l'inserimento in esso gli operatori economici che, gratuitamente, hanno eseguito interventi preventivi di tutela del territorio o fronteggiato situazioni di emergenza generate da fenomeni avversi quali, ad esempio, alluvioni, dissesti idrogeologici e terremoti.

Al fine di favorire il rilancio dell'occupazione, la legge sarda sugli appalti pubblici prevede che le stazioni appaltanti possano inserire nella lex specialis delle loro gare, tra gli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa o tra le condizioni di esecuzione dell'appalto, misure volte a favorire l'assunzione di disoccupati di lunga durata o, comunque, di lavoratori svantaggiati.



Gli operatori virtuosi dovranno formulare una proposta di intervento, che l'Amministrazione valuterà e approverà secondo una procedura semplificata. Il vantaggio per tali operatori sta nel fatto che l'art. 26 prevede per loro un titolo preferenziale nell'affidamento dei lavori pubblici di importo inferiore a quarantamila euro, da appaltare con procedura di affidamento diretto.

5. Tale disposizione è invero tra quelle per cui è stata già proposta una modifica mediante il citato disegno di legge approvato con Delibera di Giunta n. 25/24 del 22.05.2018, al fine di meglio improntare la scelta degli operatori virtuosi al rispetto delle ordinarie regole del possesso dei requisiti di moralità e capacità tecnico professionale ed economica richiesti dal Codice dei contratti e della loro scelta in base a criteri di rotazione e di valutazione di congruità tecnica delle proposte.

4. La programmazione delle opere pubbliche. L'elenco delle infrastrutture strategiche

Un aspetto fondamentale trattato dalla legge sarda sugli appalti è senza dubbio quello della programmazione delle opere pubbliche di competenza regionale, ovvero delle opere così classificate dalle leggi statali o regionali alla cui realizzazione o manutenzione la Regione provvede direttamente o per il tramite di soggetti attuatori. Entro sessanta giorni dall'approvazione del bilancio annuale, la Regione deve approvare il programma pluriennale di spesa per il finanziamento delle opere pubbliche di sua competenza ed aggiorna i programmi di spesa approvati in precedenza.

L'inserimento di un'opera nel programma pluriennale è subordinato alla redazione di studi di fattibilità più o meno complessi a seconda dell'importo delle opere. Maggiore è l'importo e più approfondita e complessa sarà la documentazione progettuale a corredo dell'intervento da inserire in programma.

In linea generale, la Regione provvede alla progettazione, approvazione e realizzazione di opere e lavori pubblici di propria competenza, inseriti nel programma pluriennale di spesa in esecuzione diretta o mediante delegazione amministrativa ai soggetti attuatori, individuati in sede di programmazione regionale, che provvedono all'espletamento delle predette attività. Una novità di rilievo nel panorama ordinamentale sardo è la previsione della possibilità per la Regione di costituire una società di capitali avente ad oggetto lo studio, la progettazione, la realizzazione e la gestione di opere pubbliche di competenza e/o di interesse regionale, al fine di accelerare la realizzazione, in particolare, di opere pubbliche di

rilevanza strategica. Tale società, a totale capitale regionale, avrebbe la natura di organismo *in house* della Regione e sarebbe assoggettata a controllo analogo.

Come è naturale, le altre amministrazioni aggiudicatrici del Sistema Regione, nonché gli enti locali del territorio sardo potranno realizzare opere pubbliche di propria competenza, accedendo a finanziamenti regionali, assegnati mediante le c.d. convenzioni di finanziamento, e a seguito dell'approvazione di appositi programmi settoriali di spesa da parte della Giunta Regionale.

Oltre al programma pluriennale di spesa degli interventi pubblici di cui si è accennato sopra, la Regione deve altresì stilare l'elenco delle infrastrutture strategiche di preminente interesse regionale, cioè quelle opere prioritariamente destinate al potenziamento e all'adeguamento infrastrutturale della Regione e finalizzate alla modernizzazione ed allo sviluppo economico e sociale equilibrato del territorio regionale, eventualmente finanziabili in tutto o in parte da soggetti privati. Dell'elenco di tali opere deve darsi adeguata pubblicità con modalità che garantiscano trasparenza e ampia diffusione delle informazioni in esso presenti.

La Regione deve approvare il programma pluriennale di spesa degli interventi pubblici di competenza regionale e deve stilare l'elenco delle infrastrutture strategiche di preminente interesse regionale, per l'avvio delle quali sono previste procedure di approvazione ed attuazione accelerate, come l'autorizzazione unica, c.d. AUDIS.



Per tali opere sono adottate procedure di approvazione e di attuazione accelerate. In particolare, tutti i pareri, le autorizzazioni, i nulla osta, le intese e i concerti, comunque denominati, propedeutici alla progettazione e alla realizzazione delle infrastrutture strategiche di preminente interesse regionale, sono acquisiti tramite l'innovativa "autorizzazione unica per

le infrastrutture strategiche", c.d. AUDIS, rilasciata dalla Regione nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico. Entro

sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge, la Regione dovrà adottare apposite Linee guida per regolamentare il procedimento di rilascio dell'AUDIS ed il coordinamento con gli altri procedimenti per il rilascio delle necessarie autorizzazioni ambientali, paesaggistiche e storico-artistiche in modo da garantirne la contestualità.

Si segnala, infine, il riordino delle funzioni di due importanti organismi già esistenti: l'Osservatorio regionale dei contratti pubblici e l'Unità tecnica regionale dei lavori pubblici (UTR).

5. La razionalizzazione e centralizzazione degli acquisti: la Centrale regionale di committenza

Altra linea direttrice della legge regionale sarda n. 8 è la promozione della razionalizzazione degli acquisti mediante, tra l'altro, la centralizzazione della committenza. La legge infatti riconosce rilievo ad un organismo già presente nella Regione Sardegna, la Centrale Regionale di committenza dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. La centralizzazione delle commesse avviene anche mediante lo sviluppo di una imponente piattaforma telematica di negoziazione per l'e-procurement e per lo svolgimento delle procedure aperte, ristrette e negoziate, e per le procedure telematiche di acquisto e di negoziazione, gestita appunto dalla Centrale regionale di committenza, e alla quale possono aderire le stazioni appaltanti destinatarie della legge in esame.

Nell'ambito della piattaforma telematica di negoziazione, la Regione si impegna a favorire lo sviluppo di processi di semplificazione delle procedure di acquisto mediante, tra l'altro, l'adozione di regole procedurali comuni, utili a consentire la condivisione e l'interoperabilità dei sistemi informativi; la condivisione dei servizi messi a disposizione dalla piattaforma medesima; l'integrazione e l'interconnessione dei sistemi informativi e delle procedure ai fini dell'ottimizzazione dei procedimenti amministrativi, anche attraverso l'interscambio di informazioni utilizzabili dalle diverse amministrazioni coinvolte. La Regione, inoltre, incentiva l'esercizio associato da

parte degli enti locali delle funzioni amministrative e dei servizi in materia contrattuale, da svolgersi mediante unioni di comuni, oppure tramite la costituzione di uffici comuni a seguito di apposita convenzione o mediante la delega di funzioni degli enti partecipanti a favore di uno di essi, con particolare riferimento alle attività di: consulenza in materia contrattuale, sportelli di informazione, profilo del committente; programmazione dell'attività contrattuale; responsabile di progetto e responsabile per fasi, e relative attività di supporto; progettazione; direzione dei lavori, coordinamento della sicurezza, collaudo; gestione dei contratti, controllo e vigilanza sull'esecuzione. L'esercizio associato delle funzioni è considerato **elemento premiante** per l'erogazione dei finanziamenti mediante i programmi di spesa regionali relativi ai lavori e alle opere pubbliche.

6. Le disposizioni impugnate dal Governo dinanzi alla Corte Costituzionale

Gli articoli della L.R. n. 8, oggetto di ricorso principale di costituzionalità di iniziativa governativa, sono:

- 1) l'art. 34, riguardante la nomina e requisiti del responsabile di progetto e del responsabile per fasi;
- 2) l'art. 37, rubricato <<Commissione giudicatrice>>;
- 3) l'art. 39, recante <<Linee guida e codice regionale di buone pratiche>>;
- 4) l'art. 45, rubricato <<Qualificazione delle stazioni appaltanti>>.

I parametri costituzionali che il Governo asserisce violati sono l'art. 117, secondo comma, lett. e) ed l) della Costituzione, ovvero le materie della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile, riservate alla competenza esclusiva dello Stato.

Per quanto attiene la norma sul responsabile di progetto, la legge regionale, innovando rispetto al Codice, prevede che ciascuna amministrazione, per ogni singolo intervento, deve nominare un responsabile unico del procedimento per le fasi della programmazione, della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione del contratto

pubblico, denominato "responsabile di progetto". Le stazioni appaltanti possono tuttavia nominare sia un responsabile del procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione, esperto tecnico, che un responsabile del procedimento per la fase di affidamento che predispone la documentazione di gara e cura le relative procedure, esperto in materie giuridico-amministrative, anche in coordinamento con il responsabile di progetto, il quale assume, in tal caso, funzioni di supervisione e controllo sui responsabili delle due suddette fasi.

La legge regionale si preoccupa poi di precisare che, in caso di accertata carenza in organico di figure adatte al ruolo di responsabile di progetto, è possibile ricorrere agli istituti del comando o dell'avvalimento degli uffici di altre amministrazioni o ad altre forme contrattuali

che garantiscano il rapporto di immedesimazione organica con la stazione appaltante. Sono poi dettagliati i criteri e le competenze richieste per il conferimento dell'incarico, variabili a seconda dell'importo complessivo degli affidamenti da appaltare. Entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge, la Regione dovrà adottare **apposite linee guida in materia di qualificazione del responsabile di progetto** e potrà istituire un albo dei responsabili di progetto qualificati, indicando i livelli di formazione richiesti per l'espletamento del relativo incarico, proporzionati al valore e all'importanza del contratto da affidare.

Anche l'art. 37 in tema di Commissione giudicatrice prevede l'innovativa istituzione da parte della Regione Sardegna dell'**Albo telematico dei commissari di gara**, suddiviso per categorie di specializzazione, a cui le stazioni appaltanti assoggettate alla legge in esame avranno accesso libero e diretto. Le stesse potranno selezionare in esso, nel rispetto dei principi di rotazione, parità

di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, con modalità informatica, una lista di almeno dieci candidati idonei, da cui estrarre con sorteggio i commissari in possesso di comprovata professionalità ed esperienza, maturate nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto. Per i contratti sotto soglia, invece, la stazione appaltante potrà nominare commissari interni esperti nel settore del contratto, nel rispetto

del principio di rotazione. Un decreto presidenziale regolamenterà i criteri e le modalità per la gestione ed aggiornamento dell'Albo telematico.

Con l'art. 39, la legge conferisce alla Regione il potere di adottare atti regolativi sulla falsariga del potere di *soft law* che il Codice nazionale attribuisce all'ANAC. È Infatti previsto che la Giunta regionale adotti linee guida, documentazione

standard, capitolati speciali e schemi di contratto, **in coerenza con le linee guida e con i bandi tipo dell'ANAC**, predisposti dalla Centrale regionale di committenza, d'intesa con l'Osservatorio regionale dei contratti pubblici.

Le linee guida dovranno fornire indicazioni sui parametri utili alla valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e della congruità delle offerte anomale, sul rispetto degli obblighi vigenti in materia di acquisti verdi, per favorire la riduzione nella produzione di rifiuti ed incentivare l'utilizzo dei materiali a ridotto impatto ambientale. Tali atti regolativi dovranno altresì fornire indicazioni per la valorizzazione dei parametri di responsabilità sociale, ambientale e fiscale delle imprese.

Oltre alle Linee guida, la Regione dovrà inoltre approvare un codice regionale di buone pratiche, mirante a facilitare l'accesso delle micro e piccole e medie imprese agli appalti pubblici. Tale "manuale

La Regione deve approvare il programma pluriennale di spesa degli interventi pubblici di competenza regionale e deve stilare l'elenco delle infrastrutture strategiche di preminente interesse regionale, per l'avvio delle quali sono previste procedure di approvazione ed attuazione accelerate, come l'autorizzazione unica, c.d. AUDIS.



di *best practices*” orienterà le stazioni appaltanti alla migliore applicazione della normativa sui contratti pubblici al fine di agevolare la partecipazione delle PMI, in particolare favorendo, tra l’altro, la suddivisione degli appalti in lotti, la fissazione di requisiti di qualificazione congrui e proporzionati e il rispetto di criteri ambientali e sociali minimi.

Infine, l’art. 45 prevede un sistema regionale di **qualificazione delle stazioni appaltanti**, con approvazione da parte della Giunta di un atto che definisca i requisiti necessari a tal fine, sulla base dei criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, tra cui, per le centrali di committenza, il carattere di stabilità delle attività e il relativo ambito territoriale, <<tenendo conto dei principi previsti dalla normativa statale vigente>>.

Appare evidente che tutte le norme impugnate, sopra descritte, attribuiscono alla Regione il potere

di adottare propri atti regolativi per la gestione di istituti - la nomina del RUP, la scelta dei commissari di gara, la qualificazione delle stazioni appaltanti - che hanno già una compiuta disciplina a livello nazionale e per i quali una normativa a livello decentrato potenzialmente differente pur se, in teoria, “coerente” con le Linee guida ANAC o con la normativa vigente, potrebbe tradursi, secondo i timori del Governo nazionale, in una invasione della competenza statale sui temi della tutela della concorrenza e dell’ordinamento civile, sui quali lo Stato è l’unico legittimato a legiferare così da garantire un trattamento di tali aspetti **uniforme e organico in tutto il territorio nazionale**.

Non ci resta ora che attendere che la Corte costituzionale si pronunci per capire se la legge sarda sugli appalti sarà in grado o meno di superare il vaglio di costituzionalità.

Software per la Gestione on line Albo Fornitori e Gare Telematiche



Area Software



La digitalizzazione delle procedure di gara è uno degli obiettivi principali delle disposizioni contenute nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici. Tutta la nuova produzione normativa, infatti, spinge sempre più le PP. AA. a dotarsi di soluzioni telematiche nelle procedure di gara.

Tra le disposizioni dirette a perseguire la digitalizzazione sono, infatti, rilevanti quelle che impongono alle Stazioni Appaltanti l'obbligo, entro il 18 ottobre 2018, di scambiare informazioni con gli operatori economici avvalendosi di mezzi di comunicazione elettronici nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica.

Scenario normativo: D.lgs. 50/2016 e smi (articoli: art. 40, 52, 38, 44, 56, 58) e Codice dell'Amministrazione Digitale (D.lgs n. 82/2005 e smi).

FUNZIONALITA'

- ◆ Gestione albi (beni, servizi, professionisti, Il.pp.)
- ◆ Gestione fornitori (iscrizione, catalogazione, rinnovo, roteazione automatica, ...)
- ◆ Gestione preventivi
- ◆ Gestione gare telematiche (di qualsiasi importo e tipologia)
- ◆ Comunicazioni ANAC

VANTAGGI

- ◆ Semplificazione ed efficienza delle procedure
- ◆ Trasparenza dell'operato delle Stazioni Appaltanti
- ◆ Rispetto della normativa
- ◆ Premialità per la qualificazione delle Stazioni Appaltanti
- ◆ Riduzione di costi di gestione
- ◆ Riduzione dei tempi e controllo dei processi

Possibilità di richiedere una **DEMO GRATUITA** per visionare il software.

Ci contatti per maggiori informazioni

0883.310504



www.mediaconsult.it



info@mediaconsult.it



Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. III, 25/5/2018, n. 3138

Sulla clausola sociale

"...la clausola sociale volta a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato presso il gestore uscente, è imposta, nella formulazione dei bandi di gara, dall'art. 50 del vigente codice dei contratti pubblici "per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera...". Essa deve essere incondizionatamente accettata dal subentrante, pena l'esclusione dalla gara, salva la possibilità di quest'ultimo di armonizzare l'indiscriminato dovere di assorbimento del personale dell'impresa uscente con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione del lavoro propria del subentrante (cfr. da ultimo, Consiglio di Stato Sez. III, n. 5 maggio 2017, n.2078)."

Consiglio di Stato, Sez. V, 21/5/2018, n. 3033

Nelle gare pubbliche non sussiste l'obbligo di specifica indicazione dei punteggi attribuiti dai singoli commissari

"Col terzo motivo l'appellante lamenta che il Tribunale avrebbe errato a ritenere che non occorresse la verbalizzazione del giudizio espresso da ciascun componente della Commissione esaminatrice in relazione ad ognuno dei parametri di valutazione.

Nel caso di specie infatti l'esplicitazione del giudizio emesso da ciascun commissario sarebbe stata espressamente prevista e disciplinata dalla Commissione nella formulazione dei criteri per l'attribuzione dei punteggi.

Il motivo è infondato.

Né la lex specialis della gara, né i criteri di massima per l'attribuzione dei punteggi fissati dalla Commissione giudicatrice stabilivano che dovessero essere esternati e verbalizzati i giudizi emessi da ciascun singolo commissario.

Il Tribunale ha fatto pertanto corretta applicazione della massima giurisprudenziale secondo cui nelle: "gare pubbliche non sussiste l'obbligo della specifica indicazione dei punteggi attribuiti dai singoli commissari, trattandosi di formalità interna relativa ai lavori della Commissione esaminatrice, i cui giudizi, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentati con la sola attribuzione del voto complessivo finale" (Cons. Stato, Sez. V, 14/2/2018, n. 952; Sez. III, 8/9/2015, n. 4209; Sez. IV, 16/2/2012, n. 810)."

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 18/5/2018, n. 8

In caso di gara in forma aggregata il ricorso va notificato alla sola Amministrazione capofila

"...l'amministrazione capofila è chiamata a far valere e tutelare una situazione giuridica soggettiva propria (quella derivante dall'essere l'amministrazione che ha posto in essere il procedimento ed emanato il provvedimento di aggiudicazione). Non si verifica pertanto alcuna forma di sostituzione processuale, con la legittimazione straordinaria che a questa è connessa, mentre l'eventuale rilevanza degli esiti della aggiudicazione nei confronti del soggetto in unione di acquisto con l'amministrazione procedente, ha luogo in forza dei rapporti interni fra le due amministrazioni, privi, per le ragioni già esposte, di rilevanza processuale....Si deve dunque affermare il principio di diritto per cui, ai sensi dell'art. 41 comma 2, c.p.a., in caso di impugnazione di una gara di appalto svolta in forma aggregata da un soggetto per conto e nell'interesse anche di altri enti, il ricorso deve essere notificato esclusivamente « ... alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato ...»."

TAR Palermo, Sez. I, 17/05/2018, n. 1096

"quando è fornita una terna di possibili subappaltatori, è sufficiente ad evitare l'esclusione del concorrente che almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare, ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni"

"...nel condiviso parere del Consiglio di Stato n. 2286 del 3 novembre 2016, fatto proprio dall'ANAC nella delibera n. 487 del 3 maggio 2017, si precisa che occorre dare un'interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 80, commi 1 e 5, del d.lgs.vo n. 50 del 18 aprile 2016, avente ad oggetto le cause di esclusione dalla gara di appalto. Ciò posto, si è affermato che "quando è fornita una terna di possibili subappaltatori, è sufficiente ad evitare l'esclusione del concorrente che almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare, ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni". Nella specie è incontrovertito tra le parti che uno dei tre subappaltatori indicati dalla ricorrente era qualificato, cosicché il ricorso va accolto e, per l'effetto, va annullato il provvedimento di esclusione impugnato..."

Consiglio di Stato, Sez. V, 17/5/2018. n. 2959

"Per il calcolo della media aritmetica non vanno considerate le offerte previamente escluse in virtù del taglio delle ali"

"Oggetto del contendere è l'esatta modalità di applicazione del criterio di calcolo della soglia di anomalia di cui all'art. 97, comma 2 lett. b) del d.lgs. n. 50 del 2016, ed in particolare se le offerte rientranti nel 10% di maggiore o minore ribasso (c.d. "ali") debbano essere fittiziamente escluse solo nella fase d'accertamento della soglia d'anomalia (per poi essere riammesse per la determinazione della media percentuale dei ribassi e per il calcolo dello scarto medio aritmetico) oppure se il loro "taglio" debba rappresentare una definitiva fuoriuscita dal novero delle offerte valide per la gara.

L'istituto dell'anomalia dell'offerta è risalente ed è stato nel tempo oggetto di ripetuti interventi correttivi; tuttavia, rispetto alla specifica regola operativa che si chiede oggi di interpretare è ravvisabile una "continuità normativa", pur nella successione di diverse fonti, a partire dalla legge n. 415 del 1998 e sino all'entrata in vigore dell'odierno decreto legislativo n. 50 del 2016).

La formulazione del testo di legge, di per sé, non chiarisce se la fittizia eliminazione del 10% delle offerte di maggior ribasso valga solo ai fini del calcolo della prima media (la media dei ribassi) e non anche della seconda media (la media degli scostamenti), oppure se tale depurazione interessi tutte e due le fasi del calcolo. L'inciso della norma ("incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media") può infatti essere interpretato, sia nel senso di incrementare a media aritmetica con lo scarto ottenuto tenendo conto di tutti i ribassi percentuali eccedenti la media, e quindi anche del 10% delle offerte escluse dal calcolo della prima media aritmetica; sia nel senso di non considerare più le stesse (una volta fittiziamente eliminate) a fini del complessivo calcolo del valore di anomalia.

Sennonché, già nel precedente di Cons. Stato, VI, 17 ottobre 2017, n. 4803 – avente formalmente ad oggetto il criterio di cui alla lettera e) dell'art. 97 cit., ma estensibile anche al criterio di cui alla lett. b) per omogeneità di ratio – si evidenzia come "elementi di carattere teleologico e sistematico militano a ritenere come corretta l'interpretazione secondo cui la previa esclusione (c. d. taglio delle ali) va inclusa anche nel calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali superiori alla media".

Si tratta del resto di una soluzione ermeneutica che, a partire dal parere del Consiglio di Stato, II, 3 marzo 1999, n. 285, non è mai stata posta in discussione dalla giurisprudenza e rispetto alla quale il Collegio non ha motivo di discostarsi.

La norma in esame testualmente recita: "Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono al sorteggio, in sede di gara, di uno dei seguenti metodi: [...];

b) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso arrotondato all'unità superiore, tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra".

Ritiene il Collegio di dover confermare, al riguardo, l'interpretazione datane dal precedente di Cons. Stato, V, 23 gennaio 2018, n. 435, dal quale nel caso di specie non vi è evidente ragione di discostarsi, secondo cui il *modus procedendi* va così ricostruito: "1. escludere il 10 % (arrotondato all'unità superiore) delle offerte di maggior ribasso e altrettante di quelle di minor ribasso (cd. taglio delle ali);

2. effettuato il taglio delle ali, sommare i ribassi rimasti, indi calcolarne la media aritmetica;

3. se la prima cifra dopo la virgola della somma suddetta è una cifra pari, oppure è zero, la media resta invariata; se è dispari, allora la media viene diminuita di una percentuale pari a tale cifra”.

In pratica, per il calcolo della media aritmetica non vanno considerate le offerte previamente escluse in virtù del taglio delle ali, come correttamente aveva fatto la Regione appellante nel corso della procedura di gara.”

TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 16/5/2018, n. 1011

In ordine al costo della manodopera, “lo scostamento, rispetto alle tabelle ministeriali, del costo del lavoro indicato dall’impresa partecipante alla gara d’appalto, per poter essere accettato dalla stazione appaltante ai fini del giudizio di congruità dell’offerta nel procedimento di verifica di anomalia, debba essere rigorosamente giustificato in relazione a ciascuno dei parametri di riferimento individuati in tali tabelle”

“...per quanto le componenti del costo del lavoro indicate nelle tabelle ministeriali, di cui all’articolo 23, comma 16, del d.lgs. n. 50/2016, esprimendo valori medi e non valori minimi inderogabili, possano teoricamente essere stimate in riduzione - nel caso di specie le giustificazioni adottate a sostegno dei contestati scostamenti in riduzione dalla società ricorrente in sede di gara non riescano, comunque, a garantire in modo certo, anche a fronte di quanto ulteriormente ribadito in atti, la congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità della relativa offerta, con la conseguenza che quest’ultima doveva essere per l’effetto esclusa.

Rileva, infatti, a tal proposito come - per quanto dette tabelle ministeriali, poste alla base del calcolo del costo del lavoro eseguito dal ricorrente, identifichino il costo medio “nel costo orario lavorativo effettivamente gravante sul datore di lavoro, comprensivo dei costi di sostituzione per malattia, ferie, permessi, assenteismo, al netto degli oneri posti a carico degli istituti previdenziali” (in tal senso, T.A.R. Firenze, (Toscana), sez. I, 01/12/2015, n. 1656) - l’indicazione in sede di giustificazione di soltanto il 16% delle ore teoriche quali ore necessarie per coprire le assenze del personale (inferiore al 24% previsto nelle tabelle) e di un tasso di assenteismo per festività di solo 32 ore l’anno (piuttosto che di 96 ore, previste nelle medesime tabelle) nonché la mancata considerazione di alcun costo per le ore di formazione indicate in progetto non risultino essere sufficientemente giustificate dalla ricorrente mediante il generico riferimento a contingenze e proiezioni meramente ipotetiche, nonché lesive del diritto dei lavoratori al godimento delle festività nazionali.

La giurisprudenza amministrativa ha, in tal senso, chiarito come lo scostamento, rispetto alle tabelle ministeriali, del costo del lavoro indicato dall’impresa partecipante alla gara d’appalto, per poter essere accettato dalla stazione appaltante ai fini del giudizio di congruità dell’offerta nel procedimento di verifica di anomalia, debba essere rigorosamente giustificato in relazione a ciascuno dei parametri di riferimento individuati in tali tabelle, ivi compreso il dato delle “ore annue mediamente lavorate” che, dunque, non solo “necessita per definizione di una stima prudenziale”, ma non può, in nessun caso, essere ridotto sulla base di mere dichiarazioni provenienti dalla società interessata, coinvolgendo tale dato eventi diversi, alcuni non suscettibili di oscillazione (ferie, festività, riduzione orario contrattuale) ed altri, invece, variabili ma pur sempre non rientranti nella disponibilità dell’impresa (assemblee e permessi sindacali, diritto allo studio, malattia, infortuni, maternità, formazione) - in tal senso, ex multis, T.A.R. Toscana, sez. I, n. 1656/2015, nonché T.A.R. Basilicata, sez. I, n. 511/2014....”.

TAR Toscana, Sez. I, 14/05/2018, n. 645

Sul valore cogente dell'applicazione delle caratteristiche tecniche previste dai CAM (Criteri Minimi Ambientali)

"..... Il decreto correttivo 19 aprile 2017, n. 56, ha modificato l'art. 34 cit. nel senso di estendere agli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi, l'obbligo di contribuire alla sostenibilità ambientale.

In ossequio alla richiamata previsione di legge, l'art. 2 del capitolato prestazionale di gara elenca, a titolo esemplificativo e non esaustivo, le molteplici fonti normative e tecniche cui gli apparecchi oggetto di fornitura debbono essere conformi ("Gli apparecchi illuminanti dovranno essere sviluppati, costruiti e collaudati in conformità alle vigenti Direttive Europee, Decreti Ministeriali, Leggi nazionali e locali, Norme e Raccomandazioni Tecniche, prescrizioni degli enti locali, etc."), richiamando espressamente l'allora vigente d.m. 23 dicembre 2013 sui "Criteri ambientali minimi per l'acquisto di lampade a scarica ad alta intensità e moduli led per illuminazione pubblica, per l'acquisto di apparecchi di illuminazione per illuminazione pubblica e per l'affidamento del servizio di progettazione di impianti di illuminazione pubblica - aggiornamento 2013".....Né può sostenersi che il mancato richiamo della classe G*3 nelle schede delle prestazioni illuminotecniche allegate al capitolato equivalga alla volontà di "ALFA" di escluderne l'applicazione, giacché in senso opposto milita - lo si è detto - il cogente e incondizionato rinvio dello stesso capitolato al d.m. 23 dicembre 2013 nella sua integralità. A essere viziata non è dunque la *lex specialis*, conforme all'art. 34 del d.lgs. n. 50/2016, quanto la condotta della stazione appaltante, la quale non ha ravvisato a carico dell'offerta di "BETA" Illuminazione il mancato rispetto delle caratteristiche tecniche prescritte dal decreto ministeriale sui C.A.M.."

"L'art. 97 d.lgs. n. 50/2016, cit., non qualifica come perentorio il termine per la presentazione dei giustificativi richiesti al concorrente la cui offerta sia sottoposta a verifica di anomalia"

"L'art. 97 d.lgs. n. 50/2016, cit., non qualifica come perentorio il termine per la presentazione dei giustificativi richiesti al concorrente la cui offerta sia sottoposta a verifica di anomalia. In difetto di diversa previsione nella legge di gara, deve pertanto ritenersi che la stazione appaltante disponga del potere discrezionale di prorogare il termine originario, ovvero di reiterare la richiesta di giustificazioni, o, ancora, di chiedere ulteriori approfondimenti, a ciò non ostando il rispetto della *par condicio*, garantito dal principio di immodificabilità delle offerte; mentre appartiene appunto alla discrezionalità della stazione appaltante individuare il più corretto e opportuno temperamento delle esigenze di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa e di speditezza della procedura."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 176 DEL 21 febbraio 2018
PREC 3/18/S**

Utilizzo del rating di legalità

"... con riferimento al rating di legalità e alla possibilità di prevederlo come criterio premiale, l'articolo 95, al comma 13 prevede che: «Compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, le amministrazioni aggiudicatrici

indicano nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggior rating di legalità e di impresa dell'offerente»; RITENUTO, tuttavia, che la mancata specificazione nella disciplina di gara ed applicazione da parte della stazione appaltante di elementi idonei a compensare il criterio premiale per le imprese estere e/o di nuova costituzione e/o carenti del previsto fatturato, al fine di renderlo compatibile con il diritto dell'Unione Europea e con i principi di parità di trattamento non sia conforme al disposto dell'articolo 95, comma 13 del d.lgs. n. 50/2016 e delle linee Guida n. 2/2016, adottate con delibera n. 1005 del 21 settembre 2016; Il Consiglio ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la disciplina di gara, nella parte in cui prevede il rating di legalità quale criterio premiale all'interno dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica, senza prevedere meccanismi di compensazione per evitare di penalizzare imprese estere e/o di nuova costituzione e/o carenti del previsto fatturato, non sia conforme all'articolo 95, comma 13 del d.lgs. n. 50/2016 e alle Linee Guida n. 2/2016, adottate dall'Autorità con delibera n. 1005 del 21 settembre 2016"

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 74 DEL 24 gennaio 2018 PREC 351/17/L

"la scelta discrezionale adottata dalla S.A. non appare in contrasto con le previsioni normative, che consentono la riduzione fino alla metà dei termini per le gare sotto soglia"

"VISTO l'art. 36, co. 9 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (contratti sotto soglia), a tenore del quale "In caso di ricorso alle procedure ordinarie, nel rispetto dei principi previsti dall'articolo 79, i termini minimi stabiliti negli articoli 60 e 61 possono essere ridotti fino alla metà"; l'art. 60, secondo cui "Nelle procedure aperte [...] il termine minimo per la ricezione delle offerte è di trentacinque giorni dalla data di trasmissione del bando di gara"; e l'art. 79, che recita "Nel fissare i termini per la ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte, le amministrazioni aggiudicatrici tengono conto in particolare della complessità dell'appalto e del tempo necessario per preparare le offerte, fatti salvi i termini minimi stabiliti negli articoli 60, 61, 62, 64 e 65";

RITENUTO che la scelta discrezionale adottata dalla S.A. non appare in contrasto con le previsioni normative, che consentono la riduzione fino alla metà dei termini per le gare sotto soglia, tenuto conto della complessità dell'appalto, e che le valutazioni in merito rientrano nell'ambito dei rapporti fra soggetto attuatore e Ufficio regionale responsabile dell'attuazione.

Il Consiglio ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

la scelta discrezionale adottata dalla S.A. non appare in contrasto con le previsioni normative, che consentono la riduzione fino alla metà dei termini per le gare sotto soglia, tenuto conto della complessità dell'appalto, e che le valutazioni in merito rientrano nell'ambito dei rapporti fra soggetto attuatore e Ufficio regionale responsabile dell'attuazione."

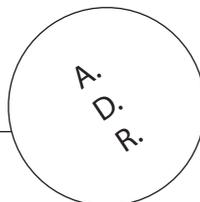
Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 71 DEL 24 gennaio 2018
PREC 350/17/S**

"la S.A. era tenuta ad applicare il principio del soccorso istruttorio, previa verifica della natura sostanziale o formale dell'eventuale integrazione dell'indicazione degli oneri di sicurezza aziendale"

"l'orientamento dal Consiglio di Stato (Adunanze Plenarie n. 19/2016 n. 20/2016), ha ritenuto che «Secondo quanto sostenuto dal Consiglio di Stato, gli oneri di sicurezza rappresentano un elemento essenziale dell'offerta, la cui mancanza è in grado di ingenerare una situazione di insanabile incertezza assoluta sul suo contenuto, solo nel caso in cui si contesta al concorrente di aver formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento degli obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori. In questa ipotesi, vi è certamente incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta e la sua successiva sanatoria richiederebbe una modifica sostanziale del "prezzo", in quanto andrebbe aggiunto l'importo corrispondente agli oneri di sicurezza. Laddove, invece, non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifichi la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, la carenza, allora, non è sostanziale ma solo formale. In questa ipotesi, il soccorso istruttorio - almeno nei casi in cui l'amministrazione abbia ingenerato nei concorrenti un affidamento circa la non sussistenza dell'obbligo di indicare nell'offerta economica gli oneri di sicurezza non prevedendolo negli atti di gara - è doveroso, perché esso non si traduce in una modifica sostanziale del contenuto dell'offerta, ma solo in una specificazione formale di una voce che, pur considerata nel prezzo finale, non è stata indicata dettagliatamente»."

A Domanda Rispondiamo

a cura di **Maria Teresa Colamorea**
e **Liliana Simeone**



1 L'art. 95 comma 10 del D.Lgs. n. 50/2016 sancisce l'obbligo per gli operatori economici di indicare nell'offerta i propri costi della manodopera. L'indicazione di tali costi è dovuta nei servizi a contenuto prestazionale complesso?

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 diretti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Il codice dei contratti pubblici non contiene una definizione di servizi di natura intellettuale. In generale sono da considerarsi tali quelli nei quali l'elemento della manodopera è marginale o comunque scarsamente riconoscibile. "Pertanto, allorché le caratteristiche del servizio oggetto della procedura di affidamento risultino connotate dal significativo apporto della manodopera, seppure d'alta qualificazione, organizzata dall'operatore economico per l'erogazione delle prestazioni richieste, è da escludersi, la natura intellettuale del servizio, ai fini dell'esclusione dell'appalto dall'applicazione dall'art. 95, comma 10, D.Lgs. n. 50/2016" (Cfr. Tribunale Regionale Giustizia Amministrativa Trentino Alto Adige Bolzano 18/4/2018 n. 139).

2 È consentito al Comune procedere all'affidamento della fornitura di carburante per autotrazione per i mezzi di proprietà comunale al di fuori delle Convenzioni Consip alla luce del fatto che nel territorio comunale non vi sono distributori aderenti alla predetta convenzione?

L'art. 1, comma 7, del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, obbliga le pubbliche amministrazioni ad utilizzare le convenzioni Consip per particolari categorie merceologiche di beni, ivi compresi i carburanti. Il legislatore ammette alcune possibilità di deroga a condizione che gli affidamenti conseguano ad approvvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica, e prevedano corrispettivi inferiori almeno del 3 per cento per le categorie merceologiche carburanti extra-rete, carburanti rete rispetto ai migliori corrispettivi indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip SpA e dalle centrali di committenza regionali. Tale deroga è attualmente sospesa. Ne deriva che, come nell'esercizio 2017, anche nel 2018 le amministrazioni pubbliche dovranno necessariamente utilizzare le convenzioni Consip disponibili per gli approvvigionamenti di carburante e per le altre categorie merceologiche indicate dalla norma. Potranno invece utilizzare di nuovo altri strumenti (fra cui il ricorso al mercato), a far data dal 1 gennaio 2019 anziché dal 1 gennaio 2020. L'art. 1, comma 417, della legge 27 dicembre 2017, n. 205 ha stabilito che il **termine finale della sospensione della deroga sia infatti anticipato al 31 dicembre 2018.**

3 Quali sono le clausole di un bando di gara che devono essere immediatamente impugnate?

Le clausole della *lex specialis* immediatamente lesive, e quindi autonomamente impugnabili senza attendere la loro concreta applicazione da parte della stazione appaltante, sono quelle che determinano una sicura preclusione all'ammissione alla gara di un potenziale concorrente ovvero quelle che impediscano, indistintamente a tutti i concorrenti, una corretta e consapevole elaborazione dell'offerta. Tale situazione si verifica, in particolare, qualora la legge di gara preveda disposizioni abnormi che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, ovvero abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta o, ancora, condizioni negoziali che configurano il rapporto contrattuale in termini di eccessiva onerosità e obiettiva non convenienza ed imposizioni di obblighi *contra ius*. Non sono immediatamente impugnabili invece le clausole relative all'individuazione del criterio di aggiudicazione, alle modalità di valutazione delle offerte e attribuzione dei punteggi e, in generale, alle modalità di svolgimento della gara, nonché alla composizione della commissione giudicatrice.

4 Quali sono gli elementi da valutare per determinare l'importo a base di gara?

Le prescrizioni per la determinazione dell'importo a base di gara sono enunciate nell'art. 35 del D.lgs. 50/2016. La corretta e trasparente determinazione del valore presunto del contratto e la sua indicazione nel bando è elemento fortemente rilevante nella procedura di gara poiché persegue l'obiettivo di evitare possibili

elusioni della normativa comunitaria, sottraendo così l'affidamento alle regole di pubblicità e di aggiudicazione previste per gli appalti di rilevanza comunitaria ed è necessario sia per la ponderazione della congruità dei requisiti speciali di partecipazione sia ai fini del superamento delle soglie di rilevanza comunitaria in relazione al livello di remuneratività del contratto. (Deliberazione Anac n. 73 del 01/08/2012). Come anche rilevato dalla Corte di Giustizia della Comunità europea, ai fini della determinazione dell'importo dell'appalto, occorre considerare il punto di vista di un potenziale offerente, per il quale rilevano, oltre al prezzo corrisposto dalla stazione appaltante, anche tutti gli introiti provenienti dai terzi. Nel fissare la base d'asta, è necessario acquisire attendibili elementi di conoscenza, anche nella indisponibilità, di prezziari (quindi riferendosi a procedure analoghe bandite da altre amministrazioni ecc.), in modo da determinare la base d'asta in una misura che, seppure non deve essere corrispondente necessariamente al prezzo di mercato, tuttavia non può essere arbitraria perché manifestamente sproporzionata, con conseguente alterazione della concorrenza **(Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sez. III, N. 02168/2017)**

5 In caso di scorrimento della graduatoria, il successivo concorrente interpellato, deve adeguarsi alle condizioni economiche dell'aggiudicatario originario?

L'art. 110 del D.lgs. 50/2016 contempla espressamente al primo comma, le ipotesi, in cui la stazione appaltante si rivolge agli altri concorrenti classificati in graduatoria, in quanto si determina una situazione che porta alla risoluzione del contratto o al recesso; il secondo comma prevede espressamente che: "L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta."

6

Quali indicazioni seguire per fissare il termine per la ricezione delle manifestazioni di interesse nella pubblicazione di un'indagine di mercato?

Le linee Guida n.4 dell'Anac - Delibera numero 206 del 01 marzo 2018 - puntualizzano sia le forme minime di pubblicità per le indagini di mercato, sia i termini minimi a cui riferirsi "La stazione appaltante assicura l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato, scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per il settore merceologico di riferimento e della sua contendibilità, da valutare sulla base di parametri non solo economici. A tal fine la stazione appaltante pubblica un avviso sul profilo di committente, nella sezione "amministrazione trasparente" sotto la sezione "bandi e contratti", o ricorre ad altre forme di pubblicità. La durata della pubblicazione è stabilita in ragione della rilevanza del contratto, per un periodo minimo identificabile in quindici giorni, salva la riduzione del suddetto termine per motivate ragioni di urgenza a non meno di cinque giorni.

7

Un incarico di collaborazione coordinata continuativa è soggetto all'obbligo di richiedere il CIG per adempiere agli obblighi sulla tracciabilità dei flussi finanziari?

Per "collaborazioni coordinate e continuative" si intendono i rapporti di collaborazione che si concretizzano in una prestazione d'opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, comunque non a carattere subordinato; l'affidamento della collaborazione a terzi può avvenire solo nell'ipotesi in cui l'amministrazione non sia in grado di far fronte ad una particolare e temporanea esigenza con le risorse professionali presenti in quel momento al suo interno, non

potendosi affidare, mediante i rapporti di collaborazione, i medesimi compiti che sono svolti dai dipendenti dell'amministrazione, proprio al fine di evitare una duplicazione di funzioni ed un aggravio di costi.

Trattasi, quindi, di un rimedio eccezionale per fronteggiare esigenze peculiari rispetto alle quali l'ente ha necessità dell'apporto di apposite competenze professionali, essendo diversi i rimedi predisposti dall'ordinamento per sopperire ad esigenze e necessità organizzative costanti. L'art. 7, comma 6, del D.Lgs. 165/2001, come introdotto dall'art. 32 del D.L. 223/2006, convertito nella L. 248/2006 disciplina per l'appunto le modalità di ricorso a tali collaborazioni. L'Anac, ha fornito chiare indicazioni, sulla questione legata al CIG, stabilendo che tali incarichi non sono sottoposti agli obblighi di tracciabilità.

8

Il concorrente che indica costi aziendali interni pari a zero, deve essere escluso?

La giurisprudenza molto spesso ha argomentato la questione, sottolineando la necessità di focalizzare l'attenzione sulla presenza dell'indicazione della voce di costo come da prescrizione di legge e, la possibilità in capo alla stazione appaltante di fare le opportune verifiche sulla congruità del prezzo; "allorché un importo a questo titolo sia indicato, e sebbene questa indicazione sia di ordine negativo, nel senso che nessuna spesa la concorrente sosterebbe per questa voce, ogni questione di verifica del rispetto dei doveri concernenti la salute e sicurezza sul lavoro si sposta dal versante dichiarativo a quello sostanziale, concernente la congruità di una simile quantificazione" (**Cons. Stato, sez. V, 19 gennaio 2017, n. 223 - Cons. Stato, sez. VI, n. 3857 del 1 agosto 2017 TAR Genova, 02.03.2017 n. 163**).

Focus su costi della manodopera... recenti indicazioni

di Giuseppe Croce

IN
PIL
LOLE

È dei primi di maggio la sentenza n. 1223 a firma del TAR Lombardia Milano, con la quale richiamando e ricostruendo la questione "art. 95 co. 10 del d.lgs. 50/2016", relativamente ai costi della manodopera e degli oneri di sicurezza aziendali, si focalizza l'attenzione sul problema interpretativo di stabilire se la mancata esplicitazione dei costi della manodopera integri di per sé una causa di esclusione, trattandosi di una lacuna relativa ad un elemento essenziale dell'offerta, a fronte della quale non è neppure attivabile il soccorso istruttorio, ovvero imponga alla stazione appaltante di procedere, in contraddittorio con l'operatore interessato, alla verifica della congruità dell'offerta, al fine di accertare se i costi della manodopera, pur non esplicitati, siano ab origine compresi nell'offerta economica presentata. Due orientamenti giurisprudenziali contrapposti, uno a favore della legittimità dell'automatica esclusione in dipendenza del fatto in sé della mancata indicazione separata di detti oneri, l'altro contrario all'automatismo espulsivo (cfr. sui due orientamenti si considerino Tar Lazio Roma, Sezione I Bis, 15 giugno 2017, n. 7042; Tar Campania Napoli, sez. VIII, 03 ottobre 2017, n. 4611). Il secondo orientamento è coerente con il quadro normativo interno e comunitario di riferimento, oltre che aderente ai più recenti approdi della giurisprudenza della Corte di Giustizia

U.E.. Il riferimento va alle ordinanze della Corte di giustizia dell'UE, 10 novembre 2016, C-140/16, C-697/15, C-162/16 10 novembre 2016, C-140/16, C-697/15, C-162/16, che, seppure in relazione al solo tema degli oneri della sicurezza aziendali e richiamando i principi già espressi dalla Corte con sentenza 2 giugno 2016, C-27/15, hanno escluso ogni automatismo espulsivo, prediligendo una logica sostanzialistica, in coerenza, del resto, con il più recente orientamento della giurisprudenza amministrativa (si tratta di Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 19/2016 e n. 20/2016). La Corte di Giustizia si muove su principi quali: parità di trattamento; chiarezza della documentazione di gara e delle offerte; trasparenza. Si tratta di principi, che seppure riferiti alla disciplina degli oneri della sicurezza, si attagliano a quella, sostanzialmente coincidente, che l'art. 90, comma 5, del d.l.vo 2016 n. 50 dedica ai costi della manodopera, fermo restando che il giudice nazionale deve applicare il diritto interno interpretandolo in modo conforme al diritto comunitario (cfr. Corte di Giustizia, 13 novembre 1990, causa C 106/89; Corte di Giustizia, 23 aprile 2009, C-378/07 a C-380/07).

Nel caso trattato dal TAR Lombardia gli atti di gara, non esplicitano che l'esposizione dei costi della manodopera è pretesa a pena di esclusione, sicché l'applicazione dei principi

fissati dalla Corte di Giustizia induce a ritenere che la ricorrente avrebbe dovuto essere posta in condizione di rimediare all'esclusione, palesando in sede procedimentale il valore dei costi della manodopera. Il Tar tiene a precisare che la soluzione non si traduce nella generale ed indiscriminata possibilità per i concorrenti di integrare o modificare sostanzialmente l'offerta dopo la sua presentazione, perché a ciò ostano proprio i principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza valorizzati dalla giurisprudenza unitaria.

Aggiunge il Consiglio di Stato con la sentenza 2691 del 7 maggio che secondo la giurisprudenza consolidata (da ultimo, sez. V, 6 febbraio 2017, n. 501, ribadita da Sez. III, 25 novembre 2016, n. 4989, 2 marzo 2015, n. 1020; Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 854; Sez. V, 24 luglio 2014, n. 3937), nelle gare pubbliche i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali costituiscono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che l'eventuale scostamento delle voci di costo da essi non legittima, di per sé, un giudizio di anomalia; ma solo l'avvio della procedura finalizzata alla verifica di congruità della singola offerta.

Anche il Consiglio di Stato con la pronuncia n. 2867 del 14 maggio si precisa che: se lo scostamento del costo del lavoro rispetto ai valori ricavabili dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, non può comportare, di regola e di per sé, un giudizio di inattendibilità - esso è, tuttavia, rivelatore di inattendibilità e anti-economicità se sia consistente e rilevante, riscontrandosi, cioè, una divergenza quantitativamente significativa. Nello stesso alveo interpretativo si colloca la costante giurisprudenza di questo Consiglio (richiamata anche nella sentenza appellata), della quale è sufficiente menzionare gli arresti successivi alla pubblicazione (25 ottobre 2017) della medesima sentenza e a loro volta contenenti richiami a ulteriori precedenti; e cioè:

- per la sez. V, 7/02/2018, n. 811, secondo cui gli scostamenti del costo del lavoro rispetto ai valori medi delle tabelle ministeriali possono essere ritenuti anomali se eccessivi e tali da

compromettere l'affidabilità dell'offerta; e 18/12/2017, n. 5939, per la quale "in sostanza devono considerarsi anormalmente basse solo le offerte che si discostino in modo evidente dai costi medi del lavoro indicati nelle tabelle predisposte dal Ministero del lavoro in base ai valori previsti dalla contrattazione collettiva";

- per questa Sezione, 15/01/2018, n. 188, che riprende la stessa locuzione della sentenza n. 811/2018; e 13/03/2018, n. 1609, secondo cui "perché possa dubitarsi della (...) congruità" di un'offerta "occorre che le discordanze siano considerevoli e palesemente ingiustificate". Alla stregua di tali principi, la sentenza n. 1609/2018 da ultimo citata non ha ad. es. ritenuto considerevole uno scostamento dello 0,80%.

Si inserisce nell'alveo di tali pronunce il TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 16/5/2018, n. 1011, il quale tiene a sottolineare l'importanza di una rigorosa e puntuale giustificazione relativamente ai diversi aspetti che compongono la voce di costo della manodopera. Il Tribunale è dell'avviso che per quanto le componenti del costo del lavoro indicate nelle tabelle ministeriali, di cui all'articolo 23, comma 16, del d.lgs. n. 50/2016, esprimendo valori medi e non valori minimi inderogabili, possano teoricamente essere stimate in riduzione, nel caso di specie le giustificazioni addotte a sostegno dei contestati scostamenti in riduzione dalla società ricorrente in sede di gara non riescano, comunque, a garantire in modo certo, anche a fronte di quanto ulteriormente ribadito in atti, la congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità della relativa offerta, con la conseguenza che quest'ultima doveva essere per l'effetto esclusa. Rileva, infatti, a tal proposito come - per quanto dette tabelle ministeriali, poste alla base del calcolo del costo del lavoro eseguito dal ricorrente, identifichino il costo medio "nel costo orario lavorativo effettivamente gravante sul datore di lavoro, comprensivo dei costi di sostituzione per malattia, ferie, permessi, assenteismo, al netto degli oneri posti a carico degli istituti previdenziali" (in tal senso, T.A.R. Firenze, (Toscana), sez. I, 01/12/2015, n. 1656) - l'indicazione in sede di giustificazione di soltanto il 16% delle ore teoriche quali ore necessarie per coprire le assenze del personale (inferiore al 24%

previsto nelle tabelle) e di un tasso di assenteismo per festività di solo 32 ore l'anno (piuttosto che di 96 ore, previste nelle medesime tabelle) nonché la mancata considerazione di alcun costo per le ore di formazione indicate in progetto non risultino essere sufficientemente giustificate dalla ricorrente mediante il generico riferimento a contingenze e proiezioni meramente ipotetiche, nonché lesive del diritto dei lavoratori al godimento delle festività nazionali. La giurisprudenza amministrativa ha, in tal senso, chiarito come lo scostamento, rispetto alle tabelle ministeriali, del costo del lavoro indicato dall'impresa partecipante alla gara d'appalto, per poter essere accettato dalla stazione appaltante ai fini del giudizio di congruità dell'offerta nel procedimento di verifica di anomalia, debba essere rigorosamente giustificato in relazione a ciascuno dei parametri di riferimento individuati in tali tabelle, ivi compreso il dato delle "ore annue mediamente lavorate" che, dunque, non solo "necessita per definizione di una stima prudenziale", ma non può, in nessun caso, essere ridotto sulla base di mere dichiarazioni provenienti dalla società interessata, coinvolgendo tale dato eventi diversi, alcuni non suscettibili di oscillazione (ferie, festività, riduzione orario contrattuale) ed altri, invece, variabili ma pur sempre non rientranti nella disponibilità dell'impresa (assemblee e permessi sindacali, diritto allo studio, malattia, infortuni, maternità, formazione) - in tal senso, ex multis, T.A.R. Toscana, sez. I, n. 1656/2015, nonché T.A.R. Basilicata, sez. I, n. 511/2014.

Più drastica la posizione del TAR Calabria Catanzaro n. 1100 del 28 maggio che aderendo ad uno specifico orientamento giurisprudenziale e richiamando anch'esso la Corte di Giustizia UE 02/06/2016 C-27/15, ritiene doversi specificare separatamente costi e oneri senza che gli stessi possano essere altresì interessati dall'applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio; affermando altresì che non è invocabile alcuna scusabilità o regolarizzazione dell'omissione, trattandosi di una previsione (art. 95 co. 10 del Codice) di norma legislative chiara ed univoca circa il possesso di determinati requisiti di qualificazione. A tal proposito, pur nella consapevolezza di orientamenti, allo stato, non uniformi nella giurisprudenza amministrativa, il Collegio ritiene di dare seguito

(cfr. TAR Calabria – Catanzaro, 6 febbraio 2018, n. 332; Id. 7 febbraio 2018, n. 337) alla ricostruzione che ritiene necessaria l'indicazione separata di tali costi e oneri e che in relazione ad essi non operi il soccorso istruttorio. Si tratta, infatti, di una norma imperativa di legge, non derogabile dal bando, che si inserisce direttamente nell'atto unilaterale amministrativo anche in presenza di clausole contrastanti difformi (in applicazione degli artt. 1339 e 1419 c.c., pacificamente applicabili all'atto amministrativo ex art. 1324 c.c. ovvero tramite il procedimento analogico). D'altro canto, trattandosi di requisiti dell'offerta economica, per essi non appare applicabile il soccorso istruttorio, espressamente escluso per tali requisiti dall'art. 85 comma 9 d.lgs. n. 50 del 2016, né può farsi riferimento alla tutela dell'affidamento del contraente alla luce del carattere imperativo della norma e dei requisiti professionali richiesti ad un operatore economico qualificato partecipante a una gara pubblica. La giurisprudenza, cui aderisce questo Tribunale, ritiene che il suddetto obbligo sussista anche in ipotesi di silenzio del bando, da ritenersi sul punto eterointegrato, con conseguente esclusione del concorrente silente, non potendosi ricorrere nemmeno al soccorso istruttorio - diversamente dal sistema previgente - trattandosi di indicazione costituente elemento essenziale dell'offerta (ex multis T.A.R. Campania – Napoli, Sez. II, 27 marzo 2018, n. 1952; T.A.R. Sicilia - Catania, Sez. IV, 170 novembre 2017, n. 2688; T.A.R. Sicilia - Catania, Sez. III, 31 luglio 2017, n. 1981; T.A.R. Umbria 17 maggio 2017, n. 390; T.A.R. Campania - Salerno, Sez. I, 5 gennaio 2017, n. 34; T.A.R. Calabria – Reggio Calabria 25 febbraio 2017, n. 166; Cons. Stato, Sez. V, ord. 15 dicembre 2016, n. 5582). Alla mancata indicazione degli oneri non può che conseguire l'esclusione del concorrente dalla gara, pur in assenza di una specifica disposizione nel bando. Il Collegio non intende discostarsi dall'indirizzo interpretativo invalso, secondo cui le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici devono essere tutte indicate nel bando di gara, e che solo in casi eccezionali ammette l'eterointegrazione della lex specialis con obblighi imposti da norme di legge, sul presupposto che l'enucleazione di cause di esclusione non conosciute o conoscibili dai concorrenti contrasta con i principi europei di

certezza giuridica e di massima concorrenza. Al principio di tassatività delle cause di esclusione, sancito dall'art. 83, comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016, non può tuttavia attribuirsi valenza differente da quella che la giurisprudenza gli aveva assegnato nel vigore dell'art. 46 del d.lgs. 18 aprile 2006, n. 163, stante la sovrapposibilità testuale delle due disposizioni: l'esclusione dalla gara va pertanto disposta "sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del *numerus clausus*" (così Cons. Stato, Ad. Plen. 25 febbraio 2014, n. 9, la quale, rinviando alle proprie precedenti sentenze 16 ottobre 2013, n. 23, e 7 giugno 2012, n. 21, ribadisce la non necessità che la sanzione della esclusione sia espressamente prevista dalla norma di legge "allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara"). E non pare discutibile che, a differenza del passato, l'obbligo di indicare gli oneri della sicurezza nell'ambito dell'offerta economica costituisca nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016 un precetto imperativo espressamente risultante dal diritto nazionale, e non da una sua interpretazione, ciò che rende l'esclusione dalla procedura coerente con i principi di proporzionalità, trasparenza, e parità di trattamento come declinati dalla giurisprudenza euro unitaria.

Da ultimo si segnala un parere della Regione Friuli Venezia Giulia 18/5/2018 n. 9356 che raccogliendo gli orientamenti giurisprudenziali vigenti, distingue un orientamento, minoritario, per il quale lo scostamento dalle tabelle ministeriali costituisce un indicatore automatico di anomalia, o perlomeno un importante indice di anomalia dell'offerta, che dovrà comunque essere verificata attraverso un giudizio complessivo di remuneratività. Detto filone sostiene, in particolare, che «il costo del lavoro è ritenuto indice di anomalia dell'offerta quando non risultino rispettati i livelli salariali che la normativa vigente – anche a base pattizia – rende obbligatori. Una determinazione complessiva dei costi basata su un costo del lavoro inferiore ai livelli economici minimi fissati normativamente

(o in sede di contrattazione collettiva) per i lavoratori del settore può costituire, infatti, indice di inattendibilità economica dell'offerta e di lesione del principio della par condicio dei concorrenti ed è fonte di pregiudizio per le altre imprese partecipanti alla gara che abbiano correttamente valutato i costi delle retribuzioni da erogare». Pertanto, in base a detta impostazione, un'offerta che si discosti dai dati contenuti nelle tabelle ministeriali è ammissibile solo se lo scostamento è minimo e debitamente motivato in sede di verifica dell'anomalia.

A tale orientamento si contrappone quello maggioritario, che fonda il proprio convincimento sulla constatazione che le tabelle ministeriali riportano un costo del lavoro medio, ricostruito su basi statistiche, cosicché i valori ivi contenuti rappresentano solo un parametro di congruità dell'offerta e non un limite inderogabile. L'indirizzo prevalente afferma, infatti, che «un'offerta non può ritenersi anomala ed essere esclusa da una gara per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata». Va, poi, segnalato che la giustizia amministrativa rileva che:

- il costo del lavoro non è un costo standardizzato e uguale per tutte le imprese, potendo esso variare in relazione all'organizzazione del lavoro dell'impresa e all'efficienza della stessa;

- una possibile differenza del costo del lavoro può essere concretamente giustificata dalle diverse e particolari situazioni aziendali e territoriali e dalla capacità organizzativa dell'impresa che possono rendere possibile, in determinati contesti particolarmente virtuosi, anche una riduzione dei costi del lavoro.

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.

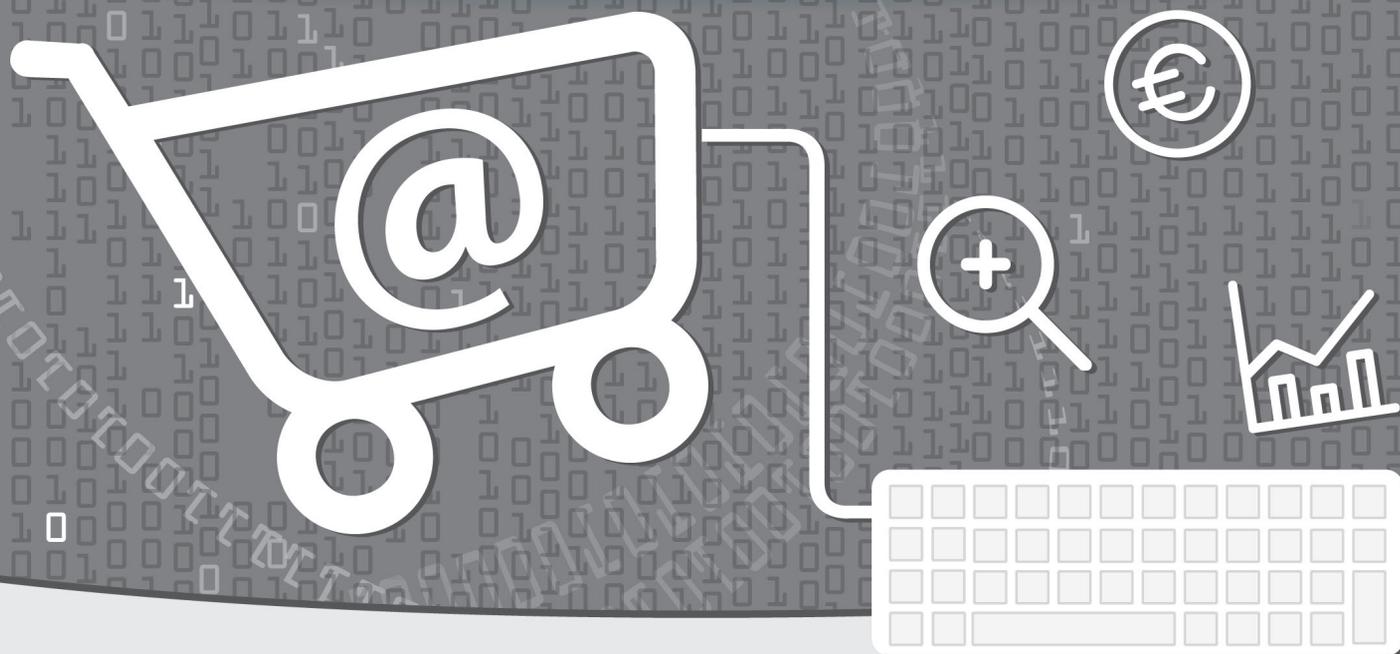
Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta

Telefono: 0883.527171 **Fax:** 0883.570189

redazione@mediappalti.it

MERCATO ELETTRONICO LOCALE

La soluzione per razionalizzare processi e costi delle P.A.



Nell'ambito dell'acquisto di beni e servizi sottosoglia comunitaria, l'utilizzo di una piattaforma telematica che faciliti l'incontro tra il fornitore e l'ente, è la migliore soluzione dal punto di vista sia dei risparmi economici diretti (confronto concorrenziale tra offerte, scelta tra più fornitori) sia di quelli indiretti (dematerializzazione, risparmio di risorse amministrative).

Sulla base di questa esigenza, da anni, **Mediaconsult** fornisce soluzioni evolute di e-procurement.

FUNZIONALITA'

- ◆ Accesso a diverse tipologie di albi informatizzati rispondenti alle vere necessità dell'Ente Pubblico
- ◆ Possibilità di generare qualsiasi tipologia di procedura di acquisto
- ◆ Repository documentale fornitori
- ◆ Sistema di rotazione casuale degli invitati a presentare offerta
- ◆ Gestione seduta di gara telematica con verbalizzazione e calcolo automatico della graduatoria, seduta di gara pubblica da remoto, gestione post aggiudicazione

VANTAGGI

- ◆ Autonomia gestionale dell'Ente o Centrale di
- ◆ Acquisto sia di carattere locale che regionale
- ◆ Trasparenza delle procedure e pubblicazione automatizzata dei dati in adempimento alla Legge 190/2012
- ◆ Rispetto della normativa vigente
- ◆ Minor numero di fornitori ma più aderenti ai bisogni dell'Ente e, quindi, offerta più qualificata
- ◆ Recupero dei rapporti con gli operatori del territorio
- ◆ Possibilità per gli operatori economici di avere assistenza

Possibilità di richiedere una **DEMO GRATUITA** per visionare il software.

Ci contatti per maggiori informazioni

i seminari in programma

SEMINARI

APPALTI

La figura del RUP

28 Giugno Palermo

Corso di Project Management ISIPM-Base® per i RUP

(corso di tre giornate)

12, 13 e 19 giugno 2018 Milano

Esercitazione sul NUOVO MePA 2018

14 giugno 2018 Roma, 19 giugno 2018 Parma, 26 giugno 2018 Pescara, 28 giugno 2018 Ancona

Come gestire senza errori gli affidamenti sotto soglia

12 giugno 2018 Verona, 19 giugno 2018 Bolzano, 28 giugno 2018 Bologna

Gli adempimenti obbligatori post-aggiudicazione delle Stazioni Appaltanti

19 giugno Udine, 3 luglio 2018 Torino

Corso pratico sull'utilizzo della Banca Dati delle Amministrazioni Pubbliche - Applicativo TP MOP

12 giugno Pescara, 27 giugno Verona

Come gestire correttamente una gara di forniture e servizi

12 giugno 2018 Torino, 21 giugno 2018 Napoli, 28 giugno 2018 Trieste, 03 luglio 2018 Genova

Gli affidamenti dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria - Aggiornamento Linea Guida n. 1

03 luglio 2018 Roma, 05 Luglio 2018 Bari, 10 Luglio 2018 Bologna

Gli acquisti di beni, servizi e lavori sotto soglia

03 luglio 2018 Cagliari

CORSI ONLINE AREA APPALTI

Gli appalti sotto soglia e gli affidamenti diretti dopo l'approvazione delle nuove Linee Guida ANAC 2018: laboratorio didattico e modulistica (corso di due giornate)

14 giugno 2018 e 19 giugno 2018

Come acquistare sul NUOVO MePA 2018

Esercitazioni su acquisizioni di beni, servizi e lavori - XI Edizione (corso di tre giornate)

11 giugno 2018, 20 giugno 2018 e 25 giugno 2018

AREA AMMINISTRAZIONE

Tecniche di redazione dei provvedimenti amministrativi.

Le responsabilità dei dipendenti pubblici

12 giugno 2018 Genova, 26 giugno 2018 Milano

URBANISTICA

La Pianificazione e gestione del demanio marittimo. Profili tecnico-giuridici nella prospettiva di riordino della materia

19 giugno 2018 Bari, 28 giugno 2018 Roma

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!