

Rivista mensile - Anno VIII, Numero 5

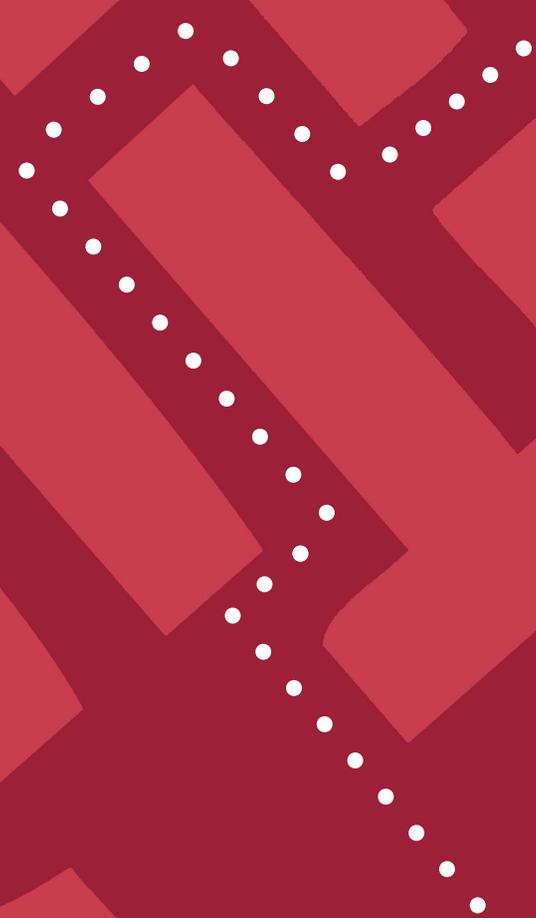
luglio
2018

MEDIA APPALTI

**Accesso agli atti nelle
procedure di gara e
tutela dei segreti tecnici
e commerciali: un
difficile bilanciamento
di interessi**

**Il Consiglio di Stato
ridimensiona la portata
della «clausola sociale»**

**La continuità e le
modifiche contrattuali
nel codice dei contratti
(prima parte)**



**“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**

**luglio
2018**

La salute

Non è cominciato nel migliore dei modi il rapporto tra il neo Premier Giuseppe Conte e il Presidente dell'ANAC Raffaele Cantone. Un inizio fatto di affermazioni e risposte. Dichiarazioni e repliche. Stemperato da una telefonata nella quale i due avrebbero condiviso "la necessità di rafforzare la lotta alla corruzione operando, tuttavia, una semplificazione del quadro normativo vigente, in modo da consentire il riavvio degli investimenti nel settore dei contratti pubblici".

Secondo l'analisi fatta da Conte, c'è resistenza da parte delle amministrazioni pubbliche ad investire negli appalti pubblici. Mancano i capitali! Non sempre è vero. I finanziamenti ci sono. A volte però vengono fatti decorrere inutilmente i termini. Si perde la facoltà di poterli utilizzare. Incompetenza degli amministratori? Per Conte, spesso, non si tratta di cattiva amministrazione o negligenza, ma di una scelta fatta con consapevolezza. "Oggi come oggi - ha detto il premier - chi sta fermo viene avvantaggiato. Si preferisce non avventurarsi nella gestione di procedure di gara che evidentemente espongono a rischi e ad insidie che non riescono ad essere gestite". Sarebbe

l'eccessiva complessità delle procedure ad agire da deterrente. Le amministrazioni resterebbero immobili perché intimorite "da una parte dalla prospettiva di una responsabilità erariale, dall'altra di una responsabilità penale".

Per ridare slancio agli appalti pubblici serve semplificare. Rendere di facile leggibilità i testi normativi. Disporre bandi di gara chiari e precisi. Servono regole definite, che non lascino spazio ad interpretazioni. Per raggiungere questo risultato sta lavorando l'ANAC di Raffaele Cantone, impegnata nella redazione delle linee guida del nuovo codice degli appalti pubblici.

Per Giuseppe Conte il codice ha generato "incertezze interpretative e rigidità". Affermazioni alle quali sembra rispondere direttamente Raffaele Cantone nell'espore la Relazione sull'attività svolta nel 2017. Cantone lamenta l'atteggiamento disfattista di chi vorrebbe "l'abrogazione del codice senza che nemmeno le più interessanti novità siano entrate in vigore. "Il rilancio del sistema dei lavori pubblici - afferma Cantone - necessita non solo di regole semplici e comprensibili, ma anche

stabili per consentire alla burocrazia il tempo di digerirle per poi applicarle in modo corretto". Semplificazione, ma non solo. Al telefono Conte e Cantone hanno condiviso la necessità di affrontare con determinazione il vero nodo del sistema degli appalti pubblici: la lotta alla corruzione.

Ogni buon proposito sul tema non può prescindere dalla promozione della cultura della legalità. È il fine ultimo. Il miglioramento delle regole che governano gli appalti pubblici ha un obiettivo su tutti: sconfiggere la corruzione e promuovere la qualità dei lavori. Serve una diffusione capillare della legalità. Deve interessare tutti.

Al neo Premier che ha giudicato insufficiente il lavoro dell'ANAC, il presidente dell'Anticorruzione risponde ricordando che nell'ultimo triennio l'Italia ha guadagnato dieci posizioni nelle classifiche di Transparency International, giungendo al 57esimo posto. C'è ancora tanta strada da fare. Insieme. Istituzioni e singoli cittadini devono fare fronte comune per isolare chi intende agire nell'ombra, fare malaffari, approfittare, rubare, mettere a rischio la vita dei cittadini realizzando opere con

materiali di scarto. Per un risultato concreto si deve cambiare in primo luogo il modo di approcciare l'argomento legalità.

Corruzione, ricatti, bustarelle, raccomandazioni. Questa è l'Italia. È così. Vogliamo che sia così per sempre?

Ad una ragazza spagnola trasferitasi da poco in Italia hanno rubato l'auto comprata con tanti sacrifici. Arriva dal nord della penisola iberica. Da quelle parti, che ti portino via l'auto, non è previsto. Qualcuno le ha detto "questa è l'Italia, devi abituarti, è normale così". Lei ha risposto "io non mi voglio abituare". È questo lo spirito. È con questa determinazione che dobbiamo batterci per il cambiamento. Non abituiamoci alla nostra attuale realtà. Mai. È una cattiva abitudine. Come il fumo. Come l'alcool. Nuoce alla salute. Alla salute del nostro bel paese. La salute prima di tutto.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

La salute

4

In evidenza

Accesso agli atti nelle procedure di gara e tutela dei segreti tecnici e commerciali: un difficile bilanciamento di interessi

7

Sotto la lente

Il Consiglio di Stato ridimensiona la portata della «clausola sociale»

14

Hanno collaborato a questo numero:

Avv. Riccardo Gai
Esperto in materia di appalti pubblici

Avv. Francesca Scura
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

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

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

dott. Domenico Ciccarelli
Giurista esperto in demanio marittimo, appalti pubblici e diritto dello sport

Avv. Margherita Cattolico
Avvocato specializzato in Appalti pubblici, diritto d'impresa e contrattualistica pubblica e privata

Avv. Emanuela Pellicciotti
Esperta in infrastrutture e contratti pubblici

Ing. Pier Luigi Gianforte
Specialista in materia di lavori pubblici

Dott.ssa Liliana Simeone
Esperta in appalti pubblici

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in contrattualistica pubblica

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Progetto Grafico
Federica Damato

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

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

Il Punto

La continuità e le modifiche contrattuali nel codice dei contratti (prima parte)

23

Il contratto di somministrazione di lavoro nella Pubblica Amministrazione. Presupposti ed inquadramento. La procedura di gara per la scelta dell'Agenzia.

31

L'affidamento delle concessioni demaniali marittime turistico ricreative e l'applicazione dei principi di evidenza pubblica

37

Il Direttore Lavori ha più autonomia sulle riserve, ma anche più responsabilità

45

Oneri della sicurezza aziendale e congruità offerta

50

Pareri & Sentenze

57

A Domanda Rispondiamo

64

In pillole

68

Osservatorio sulla Corte dei Conti

Accesso agli atti nelle procedure di gara e tutela dei segreti tecnici e commerciali: un difficile bilanciamento di interessi

di Riccardo Gai

IN
EVIDENZA

1. La disciplina dell'accesso agli atti nel D.lgs. 50/2016

La necessità da parte degli interpreti di contemperare due situazioni giuridiche soggettive sostanzialmente di pari rango, quali il diritto di accesso agli atti e il diritto alla tutela dei segreti tecnici e commerciali nell'ambito dei pubblici appalti, ha dato luogo ad un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale il quale ha stimolato la ricerca di un assetto definitivo che, tuttavia, al momento non è ancora stato trovato. Vero è che, prendendo le mosse dal dibattito, anch'esso davvero ampio, sul bilanciamento tra diritto di accesso e riservatezza dei terzi, la giurisprudenza ha ultimamente delineato dei confini piuttosto precisi che segnano dove l'uno possa precludere l'altro, e viceversa.

Attualmente, la disciplina dell'accesso agli atti nelle

gare pubbliche è disciplinata dall'art. 53, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016, che opera un espresso rinvio agli artt. 22 e ss. della legge n. 241/90 (legge sul procedimento amministrativo). Si applica, pertanto, anche agli appalti pubblici, il comma 1 del predetto art. 22, laddove viene stabilito che

La disciplina dell'accesso agli atti nelle gare pubbliche è disciplinata dall'art. 53, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016, che opera un espresso rinvio agli artt. 22 e ss. della legge n. 241/90 (legge sul procedimento amministrativo). Si applica, pertanto, anche agli appalti pubblici, il comma 1 del predetto art. 22, laddove viene stabilito che l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza

l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza.

L'art. 53, comma 2, lett. c) e d) prescrive, con il duplice scopo di evitare turbative d'asta prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte e di assicurare la serenità di giudizio della commissione giudicatrice durante

la procedura di gara, che il diritto di accesso sia differito fino all'aggiudicazione in relazione alle

offerte ed in relazione al procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte stesse.

Si tratta, con ogni evidenza, di una norma che prende le mosse, da una parte, dalla stessa legge n. 241/1990 al cui art. 24, comma 6 in cui è stabilito che l'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove sia sufficiente far ricorso al potere di differimento e, dall'altra parte, dal regolamento contenente la disciplina del diritto di accesso ai documenti amministrativi, ossia nel d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, al cui art. 9, comma 2, è prescritto che si debba procedere al differimento dell'accesso per salvaguardare specifiche esigenze dell'amministrazione, specie nella fase preparatoria dei provvedimenti con riguardo a documenti la cui conoscenza possa compromettere il buon andamento dell'azione amministrativa.

2. I limiti all'accesso previsti dal legislatore

L'art. 53, comma 5, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016 (riproducendo, tra l'altro, la stessa norma già contenuta nell'art. 13, comma 5, lett. a) del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) conferma il principio secondo cui sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione delle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali.

Si tratta di una norma redatta in perfetta sintonia con la previsione di principio contenuta nella legge n. 241/1990 che, all'art. 24, comma 6, lett. d), consente di sottrarre all'accesso i documenti riguardanti la vita privata o la riservatezza di

persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono.

Il successivo comma 6 dell'art. 53 in argomento (così come peraltro già stabilito a suo tempo dal comma 6 del succitato art. 13 del d.lgs. n. 163/2006) precisa, con un'opportuna norma di chiusura, che è comunque consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto.

Anche in quest'ultimo caso, la norma è mutuata dalla legge generale sul procedimento amministrativo, la quale al comma 7 del sopracitato art. 24, prescrive, nell'ottica della tutela dell'inviolabile diritto di difesa sancito dall'art. 24 della Costituzione, che deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici.

Può dunque dirsi, in sintesi, che le norme richiamate, in omaggio al principio di trasparenza, stabiliscono, quale regola generale, che le stazioni appaltanti debbano accogliere, ad aggiudicazione avvenuta, le istanze di accesso riguardanti gli atti di gara; quale eccezione a detta regola generale, le Stazioni appaltanti sarebbero invece tenute a rigettare le istanze stesse laddove le offerte tecniche presentino profili di segretezza dal punto di vista tecnico e commerciale; infine, quale eccezione all'eccezione, l'accesso dovrà essere assentito qualora le informazioni contenute nelle

A fronte del divieto di accesso ad informazioni che costituiscano segreti tecnici e commerciali contenuto nell'art. 53, co. 5, del D.lgs. 50/2016, il successivo comma 6 precisa, con un'opportuna norma di chiusura, che è comunque consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto



offerte tecniche siano comunque necessarie per agire in giudizio.

3. Le opinioni della giurisprudenza

Ovviamente, dovendo ricercare un punto di equilibrio tra esigenze contrapposte, occorrerebbe avere un quadro chiaro di quali effettivamente siano qualificabili come "segreti tecnici o commerciali" che possono giustificare un legittimo diniego d'accesso e quali, invece, non siano degni di pari tutela.

La difficoltà di sciogliere tale nodo risiede innanzitutto nella constatazione di come il quadro normativo fornisca uguale tutela ad entrambe le posizioni contrapposte, sia alla parte che richiede l'accesso, sia a quella che si oppone, ma mentre chi resiste è sempre in grado di spiegare per quale motivo considera alcuni dati come segreti "tecnici o commerciali", diversamente invece chi richiede l'accesso può trovarsi in difficoltà nel motivare tale richiesta, in quanto (normalmente) non conosce i precisi dettagli delle offerte avversarie e, quindi, può solo ipotizzare che la propria offerta sia la migliore e che sia stata ingiustamente penalizzata nel punteggio.

Per questo, come visto al paragrafo che precede, nella particolare materia degli appalti, il legislatore ha fatto prevalere il diritto all'accesso rispetto a quello di tutela alla riservatezza, ma ciò solo (ed esclusivamente) in una particolare circostanza, ovvero in vista della difesa in giudizio dei propri interessi.

È ragionevole ritenere, pertanto, che per denegare

l'accesso occorre necessariamente connotare le informazioni che non si vogliono ostendere come "segreti tecnici o commerciali", il che tuttavia non significa che qualsiasi elemento d'originalità e differenziazione (fra un imprenditore e l'altro) possa giustificare il diniego, in quanto "è *del tutto fisiologico che ogni imprenditore abbia una specifica organizzazione [...] e idee differenti da applicare alle esigenze della propria clientela*" (v. TAR Lombardia, Brescia, 7 gennaio 2015, n.2).

Pertanto, non qualsiasi dato aziendale può essere secretato, ma solo quelle informazioni che effettivamente rappresentano quel *quid pluris* in grado di differenziare un operatore economico rispetto agli altri e, solo qualora sia dimostrata l'effettiva sussistenza di tale differenza, la P.A. potrà allora legittimamente negare l'accesso, in tutti gli altri casi dovendo diversamente sempre consentirlo.

In tal senso la giurisprudenza più recente (v. TAR Lazio, Sez. I, 19 maggio 2018 n. 5583) ha confermato che l'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, con tratti di specialità rispetto alla disciplina generale, prevale sulle contrapposte esigenze di tutela del segreto tecnico e commerciale, solo

laddove l'accesso sia azionato in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso; ne deriva che, alla luce della formulazione letterale della norma e della interpretazione sistematica del bilanciamento di valori attuata dall'art. 13, la prevalenza dell'accesso deve essere individuata nei soli casi in cui si impugnino atti della procedura di affidamento, ai fini di ottenerne l'annullamento e, comunque, il risarcimento del danno, anche in via autonoma (v. anche Cons. Stato, sez. IV, 28

La giurisprudenza più recente (v. TAR Lazio, Sez. I, 19 maggio 2018 n. 5583) ha confermato che l'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, con tratti di specialità rispetto alla disciplina generale, prevale sulle contrapposte esigenze di tutela del segreto tecnico e commerciale, solo laddove l'accesso sia azionato in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso

luglio 2016, n. 3431)

Pertanto, ad avviso del TAR Lazio nella succitata recentissima sentenza, nel caso di istanza di accesso avanzata a fini difensivi nei confronti dell'offerta presentata da una impresa concorrente, è illegittimo il rigetto di tale istanza con la motivazione secondo cui l'impresa interessata "non ha autorizzato l'accesso"; si tratta infatti di una motivazione che si pone in diretto contrasto con l'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016, che in primo luogo richiede, ai fini del diniego della ostensione di documenti contenenti segreti industriali e commerciali, una "motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente", mentre nel caso di specie la impresa interessata si era limitata, con formula generica e stereotipata, a non autorizzare l'accesso ai documenti di gara.

D'altra parte, nella specie, la Stazione appaltante non aveva tenuto conto che la richiesta di accesso era correlata al soddisfacimento di una concreta e specifica esigenza difensiva del ricorrente, che intendevano impugnare (ed hanno successivamente impugnato) dinanzi al TAR l'aggiudicazione della gara in favore dell'impresa nei cui confronti era stato chiesto l'accesso.

In presenza di una richiesta di accesso "defensionale", quindi, non può comunque trovare applicazione la limitazione all'ostensione degli atti contenenti informazioni tecnici o commerciali, se tale limitazione non sia specificamente e dettagliatamente motivata in ordine alle ragioni precipe e specifiche per le quali non dovrebbe essere consentito l'accesso richiesto.

4. Sui limiti "temporali" al diritto di accesso: il rapporto tra l'accesso agli atti di gara e l'accesso civico generalizzato

Nel Parere sulla normativa di cui alla Delibera n. 317 del 29 marzo 2017 (del 5 aprile 2017), l'ANAC ha analizzato i rapporti intercorrenti tra diverse forme di accesso agli atti relative a provvedimenti amministrativi, con particolare riferimento – per quanto qui interessa – a documenti inerenti una procedura di gara. Più nello specifico, ha tenuto a

precisare le interconnessioni esistenti tra l'accesso agli atti in fase di gara (art. 53 D.lgs. 50/2016, già art. 13 D.lgs. 163/2006), diritto di accesso generale di cui alla L. 241/1990, diritto di accesso riconosciuto ai consiglieri comunali e provinciali in forza dell'art. 43 del TUEL e, infine, l'accesso civico generalizzato così come previsto dall'art. 5 del D.lgs. 33/2013.

L'ANAC era stata adita nel corso del 2016 da alcuni consiglieri di un Comune italiano i quali lamentavano il differimento ad un accesso agli atti oppostogli dalla propria Amministrazione avente ad oggetto le giustificazioni presentate da un'impresa all'interno del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta relativo ad una procedura di gara.

Il differimento era stato giustificato in virtù di quanto disposto, *ratione temporis*, dall'art. 13, co. 2, lett. c-bis, del D.lgs. 163/2006, il quale prevedeva la possibile ostensione degli atti relativi al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta soltanto ad avvenuta aggiudicazione definitiva della gara.

Di converso, i consiglieri invocavano il diritto ad un immediato accesso a tale documentazione in virtù di quanto disposto dall'art. 43 del D.lgs. 267/2000 (Testo Unico degli Enti Locali), il quale dispone che i consiglieri comunali e provinciali abbiano il diritto di ottenere dagli uffici della propria Amministrazione tutte le notizie e le informazioni in loro possesso (norma peraltro riproposta analogamente anche nel Regolamento del Comune a cui appartenevano i consiglieri istanti), quale espressione del generale potere di indirizzo riconosciuto all'assemblea dell'ente locale, riconosciuto allo scopo di consentire il proficuo esercizio del mandato democratico di proposta, verifica e controllo dei componenti delle assemblee elettive (v. TAR Puglia Lecce, Sez. II, 18 febbraio 2016, n. 339).

Tuttavia, l'ANAC ha precisato che – nel caso di specie – il differimento riconosciuto dall'art. 13 del D.lgs. 163/2006 all'epoca (ora previsto dall'art. 53 del D.lgs. 50/2016) fino al momento dell'aggiudicazione (definitiva) risponde all'esigenza di "impedire la conoscenza del

contenuto delle offerte da parte dei concorrenti in un momento in cui non è ancora divenuta definitiva la scelta della migliore offerta, con il più precipuo fine di impedire turbative delle operazioni di gara e delle valutazioni di competenza della commissione aggiudicatrice”.

Proprio in ragione di tale tutela del regolare esercizio dell'azione amministrativa nonché della tutela del principio di libera concorrenza nel mercato delle gare pubbliche, unitamente al rapporto di specialità che caratterizza la materia dei contratti pubblici (e del connesso accesso agli atti) rispetto alla legge generale sull'accesso di cui alla L. 241/1990, appare legittimo – secondo l'orientamento dell'Autorità – differire (ma non certamente negare) l'accesso alla documentazione di gara relativa alle giustificazioni concernenti la verifica dell'anomalia dell'offerta, anche qualora lo stesso sia richiesto da consiglieri comunali per le finalità previste dall'art. 43 del TUEL.

Ribadito il rapporto di specialità che lega la *lex specialis* di cui all'art. 53 del D.lgs. 50/2016 alla *lex generalis* di cui alla L. 241/1990 sull'accesso agli atti (che comporta, di conseguenza, la prevalenza della prima sulla seconda), l'ANAC ha sapientemente esaminato le connessioni tra l'art. 53 e l'art. 5 del D.lgs. 33/2013 sull'accesso civico c.d. "generalizzato", il quale, a seguito delle incisive modifiche introdotte dal D.lgs. 97/2016, permette ora a chiunque (senza necessità di motivazione) di accedere ad atti, documenti ed informazioni a qualsiasi titolo detenuti delle pubbliche amministrazioni che non siano oggetto di specifici obblighi di pubblicazione.

In particolare, ciò che è stato in particolare analizzato è il rapporto tra la disciplina dell'accesso agli atti di cui all'art. 53 e le limitazioni all'accesso civico generalizzato previsti dai commi 1 e 2 dell'art. 5-bis del D.lgs. 33/2013. Tra queste sono da annoverare le ipotesi di diniego motivate dalla tutela di interessi privati quali quelli di natura economica e commerciale di una persona fisica e giuridica (vedi art. 5-bis, co. 2 lett. c).

Ebbene, l'ANAC considera che *"le disposizioni speciali contenute nel Codice dei contratti pubblici in materia di accesso agli atti delle procedure di affidamento rientrano nell'ambito di tali limiti e condizioni"*, pur dovendosi osservare che *"l'art. 53 del D.lgs 50/2016 dispone non un'esclusione assoluta, ma solo il differimento dell'accesso in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione (art. 53, comma 2, lett. d, Codice dei contratti)"*. L'importante

conclusione a cui si deve approdare in forza della lettura in combinato disposto delle due norme in esame è che *"prima dell'aggiudicazione – il diritto di accesso civico generalizzato possa essere legittimamente escluso in ragione dei divieti di accesso previsti dall'art. 53 del D.lgs 50/2016; successivamente all'aggiudicazione della gara, il diritto di accesso debba essere consentito a chiunque, ancorché nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 5-bis del D.lgs 33/2013"*.

Ciò significa che, una volta divenuta definitiva l'aggiudicazione relativa ad una determinata procedura di gara, sarà possibile per chiunque (senza che lo stesso sia portatore di particolare interessi relativamente a quell'affidamento e senza la necessità di motivare la propria istanza)

l'ANAC ha precisato che il differimento dell'accesso riconosciuto dall'art. 53 del D.lgs. 50/2016 fino al momento dell'aggiudicazione (definitiva) risponde all'esigenza di impedire la conoscenza del contenuto delle offerte da parte dei concorrenti in un momento in cui non è ancora divenuta definitiva la scelta della migliore offerta, con il più precipuo fine di impedire turbative delle operazioni di gara e delle valutazioni di competenza della commissione aggiudicatrice



di accedere agli atti relativi al sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, pur dovendo sempre l'Amministrazione coinvolta prevedere la tutela di eventuali dati personali o di interessi economici e commerciali presenti all'interno della documentazione richiesta, nel pieno rispetto di quanto disposto dal comma 2 dell'art. 5-bis del d.lgs. 33/2013.

Nel caso in cui vi fosse l'attivazione dell'accesso civico generalizzato volto all'ottenimento di documentazione relativa ad una particolare gara di appalto, l'Amministrazione non potrebbe tuttavia esimersi dall'individuare nei titolari dell'offerta (o di parte della stessa) oggetto di accesso civico generalizzato quei soggetti controinteressati in favore dei quali l'Ente, ai sensi di quanto previsto dall'art. 5, co. 5, del D.lgs. 33/2013, è obbligato ad inviare tempestiva comunicazione dell'avvenuta istanza di accesso, onde permettere agli stessi di presentare una (in questo caso motivata) opposizione.

5. Sintesi e conclusioni

Può dunque dirsi – traendo alcune conclusioni dall'analisi della giurisprudenza e del parere dell'ANAC - che pur considerando la facoltà del partecipante ad una gara pubblica di esplicitare, in apposita dichiarazione (motivata e comprovata) a c c o m p a g n a t r i c e dell'offerta, le parti della stessa contenenti segreti tecnico-commerciali da considerare riservati, il divieto di accesso previsto sul punto dal Codice dei contratti pubblici non sia da considerarsi assoluto.

È infatti consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri

interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso (art. 53, comma 6).

Difatti, se è vero che l'art. 53, al comma 5, esclude l'accesso alle informazioni fornite nell'ambito delle offerte che costituiscano segreti tecnici e commerciali, intendendo in tal modo tutelare il diritto alla riservatezza delle imprese ed il cd. *know how* industriale e commerciale, è pur vero che la medesima disposizione subordina in concreto il divieto alla motivata e comprovata manifestazione di interesse della ditta offerente controinteressata a mantenere il segreto sulla documentazione in oggetto.

Manifestazione che, tuttavia, è comunque suscettiva di autonomo e discrezionale apprezzamento da parte della stazione appaltante sotto il profilo della validità e pertinenza delle ragioni prospettate a sostegno dell'opposto diniego.

In ogni caso, in funzione della preminenza del c.d. accesso difensivo (in quanto processualmente preordinato all'esercizio dell'inviolabile diritto di difesa ex art. 24 Cost. e sostanzialmente posto a presidio del fondamentale canone di imparzialità dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost.), l'ultimo comma dell'art. 53 del

L'accesso agli atti c.d. difensivo, disciplinato dall'art. 53, comma 6 del d.lgs. n. 50/2016, pare dunque prevalere sulle esigenze contrapposte di tutela del segreto tecnico e commerciale solo nel caso in cui l'accesso venga azionato in vista della difesa in giudizio di interessi attinenti alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso



Codice ribadisce in maniera cristallina ed inequivoca che, proprio in relazione a tale ipotesi, è comunque consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto.

L'accesso agli atti c.d. difensivo, disciplinato dall'art. 53, comma 6 del d.lgs. n. 50/2016, pare dunque prevalere sulle esigenze contrapposte di tutela del segreto tecnico e commerciale solo

nel caso in cui l'accesso venga azionato in vista della difesa in giudizio di interessi attinenti alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso.

Ciò comporta, necessariamente, una valutazione discrezionale da parte della Stazione appaltante in sede di valutazione dell'istanza di accesso, che riguardi sia la verifica dell'astratta inerenza del documento richiesto alla posizione soggettiva dell'istante ed agli scopi che questi intende perseguire per il tramite dell'accesso, sia, d'altro canto, l'analisi della dichiarazione in precedenza resa dalla offerente, in ordine alla sussistenza di

una motivata e comprovata dichiarazione circa l'attinenza del documento al segreto tecnico o commerciale.

Va da sé che, in forza dell'art. 53, comma 5 del d.lgs. n. 50/2016 l'operatore economico può invocare la sussistenza di elementi che rientrino nella tutela del segreto tecnico o commerciale solo nel caso in cui tali elementi risultino da una dichiarazione resa dal concorrente stesso in sede di offerta, con la conseguenza che tale pretesa non può essere avanzata per la prima volta in sede di opposizione all'istanza di accesso.

Il Consiglio di Stato ridimensiona la portata della «clausola sociale»

di Francesca Scura

SOTTO
LA
LENTE

Premesse

In una recente sentenza il Consiglio di Stato analizza la controversa portata delle «clausole sociali». Data la generale rilevanza dell'istituto nell'ambito della contrattualistica pubblica, il tema è peraltro stato oggetto di una consultazione pubblica conclusa il 13 giugno scorso dalla Autorità Nazionale Anticorruzione, i cui risultati confluiranno nel documento, di imminente pubblicazione, recante «*Linee guida per l'applicazione delle clausole sociali*».

1. Il Codice dei contratti pubblici

Il D.Lgs. 50/2016 («Codice»), all'art. 3, comma 1, lett. qqq), definisce le «clausole sociali» come quelle disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche, in appalto o in concessione, o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie.

L'ampiezza della definizione codicistica consente alle stazioni appaltanti di accogliere una nozione più generale di «clausola sociale» rispetto alla mera tutela occupazionale, valorizzando, negli atti di gara, aspetti che afferiscono alla protezione sociale, al lavoro e all'ambiente.

L'art. 50 del Codice è invece più specifico, delimitando l'obbligo inerente le clausole in questione ad una determinata tipologia di appalti o concessioni: l'articolo prevede infatti che, 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», i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti debbano inserire, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche «clausole sociali» volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato. Tale obbligo si concreta *in primis* nell'obbligo di applicare, da parte del concorrente aggiudicatario, i contratti collettivi di settore (disciplinati dall'art. 51 del D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81).

Il Codice puntualizza poi che per «servizi ad alta intensità di manodopera» devono intendersi quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto e, al contempo, esclude che la disciplina dell'art. 50 si applichi ai servizi di natura intellettuale (quali, ad esempio, servizi professionali, consulenza).

Questa tipologia di servizi, non a caso, è stata esclusa dalla facoltà di utilizzo del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso: la lett. a) del comma 3 dell'art. 95 del Codice, infatti, impone l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento dei servizi ad alta intensità di manodopera. La finalità perseguita è evidentemente quella di tutelare i lavoratori in appalti particolarmente sensibili, non permettendo alle stazioni appaltanti (e di conseguenza alle imprese) di creare una competizione basata sul solo prezzo, che necessariamente andrebbe a discapito della posizione degli operatori impiegati

per l'esecuzione del servizio.

Stante l'espresso riferimento legislativo al settore degli appalti di servizi o lavori, l'art. 50 non troverebbe applicazione, inoltre, nel caso di appalti di fornitura né nel caso di appalti/concessioni in cui la prestazione lavorativa è scarsamente significativa o irrilevante (ad esempio, appalti di natura finanziaria).

La disciplina delle «clausole sociali» deve ritenersi applicabile, invece, ai «settori speciali», in considerazione del richiamo operato dall'art. 114, comma 1, del Codice alla disciplina contenuta negli articoli da 1 a 58.

«L'art. 50 del Codice – come modificato dal D.Lgs. 56/2017 – obbliga la stazione appaltante ad inserire, nei bandi per l'affidamento di contratti di concessione/appalto di lavori e servizi (non aventi natura intellettuale), in particolare in quelli relativi a contratti labour intensive, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, imponendo l'applicazione dei contratti collettivi di settore.»

Come osservato da ultimo dall'ANAC, inoltre, le «clausole sociali» possono essere previste anche negli affidamenti sotto soglia, secondo quanto previsto all'art. 36 del Codice¹.

L'attuale formulazione dell'art. 50 è frutto della modifica legislativa apportata con il D.lgs. 56/2017, che appena un anno fa introduceva, tra le altre, l'applicazione obbligatoria delle «clausole sociali»

(modificando il «possono inserire» in «inseriscono»). Prima di allora, l'espressione «*possono inserire (...)* specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato», contenuta nell'art. 50, conferiva alle stazioni appaltanti una mera facoltà di inserimento della clausola, non essendo, peraltro, il mancato utilizzo assoggettato a nessun obbligo motivazionale².

1. A norma dell'art. 36 del Codice: «1. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50.»

2. Parere A.N.AC. 18/1/2017 n. 28.

Per effetto della suddetta previsione normativa si impone dunque, in questi casi, alla stazione appaltante un formale e specifico recepimento delle «clausole sociali» nella *lex specialis* di gara e nel contratto di appalto o concessione.

Consapevole della rilevanza dell'istituto, il legislatore ha poi previsto, all'art. 213, secondo comma, del D.lgs. 50/2016, che l'Autorità Nazionale Anticorruzione debba adottare, con apposite Linee guida, uno specifico atto regolatorio in materia. L'ANAC ha quindi, come di consueto, ai sensi del vigente Regolamento sulla partecipazione ai procedimenti di regolazione, proceduto ad una consultazione pubblica prima di adottare l'atto regolatorio in questione, invitando gli *stakeholders* ad esprimere osservazioni sul documento posto in consultazione, contenente la bozza delle Linee guida e la nota esplicativa delle questioni sottese, entro il 13 giugno 2018³.

2. Il caso di specie

La sentenza del Consiglio di Stato n. 3471 dello scorso 8 giugno trae origine dall'appello proposto dal secondo classificato in una gara per l'affidamento del servizio semestrale di pulizie avverso la sentenza del Tar Campania - Napoli - Sezione II, n. 5607/2017, che ha confermato la sua esclusione dalla gara con la conseguente aggiudicazione alla contro interessata terza classificata. L'esclusione dell'appellante era stata motivata dal mancato rispetto della «clausola sociale» prevista dal bando, che imponeva all'aggiudicatario di assumere il personale della ditta uscente: l'offerta presentata dall'appellante, in particolare, contemplava l'assunzione di 151 addetti alle pulizie, mentre l'elenco allegato al bando comprendeva 153 addetti al servizio di pulizia, includendo due dirigenti coordinatori.

L'appellante ritiene tale clausola, prevista quale condizione di partecipazione alla gara, illegittima, per violazione dell'ordinamento nazionale e

comunitario, contestando in particolare:

1) la violazione dell'art. 11 del capitolato speciale e dell'art. 50 del Codice, in quanto il bando non sarebbe stato affatto univoco, come invece affermato dal TAR, riferendosi al personale esclusivamente impiegato nel servizio di pulizia e lasciando intendere di imporre l'assorbimento dei soli 151 addetti al servizio di pulizia, e non anche dei 2 dirigenti coordinatori, in conformità alle previsioni del c.c.n.l. applicabile e ai chiarimenti resi dalla stessa stazione appaltante circa la possibilità di procedure negoziate per temperare l'obbligo di assunzione con le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto; in questa prospettiva, dovrebbe, secondo l'appellante, negarsi l'effetto immediatamente preclusivo della clausola in esame per la partecipazione alla gara da parte dell'appellante, il quale avrebbe maturato un interesse alla impugnativa del bando solo all'atto della sua esclusione a seguito di un'errata lettura della clausola, con la conseguente tempestività, negata dal TAR, della sua impugnazione;

2) la violazione dell'art. 50 del D.lgs. 50/2016, dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003, dell'art. 2070 c.c., e dell' art. 41 della Costituzione che, secondo l'interpretazione data dalla giurisprudenza amministrativa, non potrebbero consentire «clausole sociali» comportanti l'automatica riassunzione di tutto il personale uscente senza ledere la libertà d'impresa e di concorrenza;

3) la violazione degli artt. 97 ss. del D.lgs. 50/2016 e degli altri principi generali in tema di parità di trattamento, avendo la stazione appaltante escluso l'appellante senza chiedergli alcuna spiegazione;

4) la violazione dell'art. 11 del capitolato speciale, sviamento ed eccesso di potere, non essendo in realtà la «clausola sociale» presidiata dalla sanzione espulsiva, e riguardando, anzi, la stessa la fase d'esecuzione e non quella di aggiudicazione. Sulla base di tali principali motivi l'appellante chiede la riforma della sentenza di primo grado,

3. Il documento posto in consultazione è visionabile al seguente link [http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attività/ConsultazioniOnline/Documento di consultazione.pdf](http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attività/ConsultazioniOnline/Documento_di_consultazione.pdf)

con la conseguente aggiudicazione in suo favore (essendo stato il ricorso contro l'esclusione della prima classificata definitivamente respinto in primo grado), ovvero, in via graduata, l'annullamento dell'intera procedura di gara, ferma restando la richiesta di risarcimento del danno per equivalente.

3. Le precisazioni del Consiglio di Stato

3.1 L'onere di tempestiva impugnazione

La questione giunta all'attenzione del Consiglio di Stato riguarda, in sostanza, la possibilità ed i limiti dell'introduzione di «clausole sociali» nei bandi di gara per appalti di servizi alla stregua dell'ordinamento nazionale e comunitario.

Emerge quindi, in primo luogo, il profilo della tempestività o meno della censura attinente alla legittimità della «clausola sociale». La stazione appaltante afferma, infatti, che l'appello sarebbe da ritenersi tardivo stando alla costante giurisprudenza secondo cui «*il concorrente escluso in applicazione di una clausola del bando impeditiva della partecipazione alla gara è tenuto ad impugnare immediatamente la lex specialis, entro il termine dimidiato di decadenza, decorrente*

dalla sua applicazione» (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4389/2017).

A giudizio del Consiglio di Stato, l'appello è, al contrario, da ritenersi tempestivo in quanto l'art. 11 del Capitolato di gara non poneva alcun requisito di partecipazione alla gara comportante l'esclusione automatica dell'appellante, né prevedeva requisiti soggettivi o situazioni di fatto incompatibili con effetto escludente (sul punto si richiama e si conferma il principio espresso dall'Adunanza plenaria n. 1/2003).

La *lex specialis* non poteva, inoltre, considerarsi univoca: essa non poneva neppure condizioni negoziali tali da configurare il rapporto contrattuale in termini di eccessiva onerosità e obiettiva non convenienza, limitandosi, invece, a porre un obbligo (l'impegno alla riassunzione di tutti i 153 lavoratori) niente affatto univoco, e comunque di limitato impatto economico, rispetto all'altra possibile interpretazione della clausola (riassunzione «solo» di 151 lavoratori). Nel caso di specie non ricorrono, in altri termini, le condizioni che, secondo la più recente giurisprudenza, comportano l'onere di impugnare immediatamente le previsioni della legge di gara (da ultimo si veda Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1809/2017)⁴.

4. Secondo la più recente giurisprudenza l'onere di impugnare immediatamente le previsioni della legge di gara non concerne solo quelle in senso classico «escludenti», che prevedono requisiti soggetti di partecipazione, ma anche le clausole afferenti alla formulazione dell'offerta, sia sul piano tecnico che economico, laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta. Nel tentativo di enucleare le ipotesi in cui tale evenienza può verificarsi, il Consiglio di Stato ha puntualizzato che, tra le altre, tali sono:

- a) le regole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (v., in particolare, Cons. St., sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671);
- b) le previsioni che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così, del resto, la già citata pronuncia n. 1 del 29 gennaio 2003 dell'Adunanza plenaria);
- c) le disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);
- d) le condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135);
- e) l'imposizione di obblighi *contra ius* (come, ad esempio, la cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222);
- f) le gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (quelli relativi, *exempli gratia*, al numero, alle qualifiche, alle mansioni, ai livelli retributivi e all'anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario) ovvero la presenza di formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" punti);
- g) gli atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421).

Le rimanenti tipologie di clausole asseritamente ritenute lesive – tra cui quella in questione - devono essere impugnate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva, e postulano la preventiva partecipazione alla gara.

La clausola in questione consentiva, difatti, la teorica possibilità, per l'appellante, di scegliere l'una o l'altra possibile interpretazione, conseguendone la posticipazione del momento lesivo all'effettiva esclusione, disposta dalla stazione appaltante solo a seguito dell'opzione infine esercitata, dall'impresa, nell'ambito della sua autonomia organizzativa e decisionale.

3.2 L'interpretazione conforme al diritto europeo e alla Costituzione

Sancita la tempestività del ricorso, entrando nel merito, il Giudice amministrativo analizza i limiti entro i quali la «clausola sociale», inserita negli atti di gara, debba ritenersi legittima.

Il riferimento alla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia e alla giurisprudenza amministrativa maggioritaria è inevitabile⁵. È noto, infatti, che l'ambito di incidenza delle clausole sociali è stato sempre più circoscritto da successive pronunce 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 sociale» 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.

«Non sussiste onere di immediata impugnazione se la clausola sociale è ambigua e suggerisce diverse interpretazioni»

Un simile dovere infatti violerebbe i principi costituzionali e comunitari di libertà d'iniziativa economica e di concorrenza oltreché di buon andamento dell'amministrazione, laddove la *ratio* della «clausola sociale» va ponderata con le esigenze connesse al fabbisogno di personale per l'esecuzione del nuovo contratto e con le autonome scelte organizzative ed imprenditoriali del nuovo appaltatore.

Come già evidenziato dal Consiglio di Stato (Sez. III, sentenza n. 2078 del 5 maggio 2017), in particolare, «*la c.d. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'articolo 41 Costituzione, che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto*» sicché tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, «*evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente; conseguentemente l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore*

5. Vengono richiamate, fra le altre, le sentenze del Cons. Stato, Sez. III, nn. 2637/2015, 4274/2015, 5598/2015, 1255/2016, 2078/2017) e quelle della Corte di Giustizia C-438/05, 341/05, 346/06, 319/06.

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».

Anche nel Documento in consultazione dello scorso maggio, l'Autorità, coerentemente con la sentenza in commento, ribadisce che la «clausola sociale» non deve essere intesa come un obbligo di totale riassorbimento dei lavoratori del pregresso appalto.

Secondo l'ANAC 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 e che il riassorbimento del personale sia imponibile *«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».*

Di qui l'esigenza che la «clausola sociale» sia i) espressamente prevista negli atti di gara; ii) sufficientemente chiara e precisa nel definire l'obbligo di assunzione ossia specifica e dal contenuto definito, tale da consentire ai concorrenti di individuare immediatamente il numero complessivo di dipendenti addetti all'appalto.

In questi casi, stante la legittimità della clausola, non pochi sono i precedenti giurisprudenziali che dispongono la revoca della intera procedura di gara per violazione da parte della ditta aggiudicataria degli obblighi previsti dalla clausola⁶. La «clausola sociale», difatti, esplica una specifica funzione, ossia quella di tutelare, spesso in ossequio alla normativa prevista dalla

contrattazione collettiva di riferimento, il personale addetto all'unità produttiva interessata e, pertanto, tale clausola non può essere assolutamente derogata e trova applicazione sia per gli offerenti che per l'Amministrazione aggiudicatrice.

Tali clausole sono poi state analizzate in più occasioni dalla Autorità Garante della Concorrenza, che – stante l'approccio proconcorrenziale – si è sempre posta in maniera critica a riguardo, evidenziando il rischio che «clausole sociali» non adeguate vanifichino il confronto competitivo introducendo un forte elemento di rigidità a carico dei nuovi entranti⁷.

4. Il Consiglio di Stato conclude

Il Consiglio di Stato conferma che l'apposizione di una «clausola sociale» agli atti di una pubblica gara, ai sensi della disposizione codicistica (art. 50), è costituzionalmente e comunitariamente legittima solo se non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento di tutto il personale utilizzato dall'impresa uscente.

Sulla scia dei precedenti giurisprudenziali sopra citati, infatti, il bando della gara in questione non può ritenersi univoco in quanto, pur essendo *«sufficientemente chiaro nel definire il dato numerico complessivo della cd clausola sociale»*, lascia spazio, in accordo con il principio di presunzione di legittimità, a diverse interpretazioni.

«La clausola sociale è illegittima se comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento in riferimento a tutto il personale utilizzato dall'impresa uscente»

Tra le possibili interpretazioni della predetta «clausola sociale», l'interpretazione da ritenersi costituzionalmente e comunitariamente orientata – si legge nella sentenza – è solo quella restrittiva,

6. Si veda, ad esempio, la sentenza del TAR Liguria, Sez. II, n. 55 del 27 gennaio 2017.

7. V. AGCM, AS1242 Parere relativo al disegno di legge 1678-B contenente deleghe al Governo per l'attuazione di direttive europee in materia di appalti e concessioni, 11 dicembre 2015.

che impone «l'assorbimento del personale (...) esclusivamente impiegato nel Servizio di pulizia delle strutture dell'Azienda committente», ossia quella che limita l'obbligo di assunzione, fra tutto il personale utilizzato per l'appalto ed indicato a fini conoscitivi, al solo personale «esclusivamente impiegato nel Servizio di pulizia».

Per dare alla *lex specialis* un senso compiuto e conforme alle previsioni comunitarie e costituzionali si sarebbe dovuto concludere che l'obbligo riguardasse solo il personale «esclusivamente impiegato nel Servizio di pulizia», (e cioè gli addetti alle pulizie) con la conseguente esclusione, peraltro conforme al vigente c.c.n.l., dell'obbligo di assorbimento dei due responsabili di quinto livello. La stazione appaltante ha, invece, interpretato la «clausola sociale» in modo non coerente con la giurisprudenza europea e con le norme costituzionali, intendendo la clausola come volta ad imporre a carico dell'aggiudicatario un obbligo di automatico assorbimento di tutto il personale utilizzato per l'appalto.

Una simile interpretazione, secondo la sentenza in commento, è illegittima in quanto viola i principi di libertà d'iniziativa economica, di concorrenza e di buon andamento, ed è contraddittoria rispetto alle posizioni assunte nei precedenti chiarimenti della stessa stazione appaltante, in quanto impone l'automatica riassunzione anche dei quadri con funzioni direttive e di coordinamento senza lasciare alcun margine all'autonomia imprenditoriale del nuovo appaltatore. In ogni caso, l'ambiguità della clausola e l'incertezza circa la sua legittimità hanno indotto i concorrenti ad

assumere «alla cieca» risposte differenziate al riguardo, alterando irrimediabilmente la loro parità di trattamento.

Sulla base delle predette considerazioni, la sentenza in esame riforma la decisione del TAR e, in accoglimento dell'appello, annulla l'intera procedura di gara, statuendo l'obbligo della stazione appaltante, che nelle more ha già affidato il servizio al terzo qualificato, di bandire senza indugio una nuova gara, conforme al diritto nazionale e comunitario sul punto in esame, per il successivo svolgimento del medesimo servizio.

«L'illegittimità della clausola sociale comporta l'annullamento dell'intera procedura di gara e l'obbligo per la stazione appaltante di bandire una nuova gara, conforme al diritto nazionale e comunitario»



La revoca della procedura di gara non consegue dunque solo ai casi di violazione (ossia mancato rispetto) da parte dell'aggiudicatario della clausola ma anche ai casi - altrettanto numerosi - di accertamento della illegittimità della clausola stessa.

Quanto all'esclusione del concorrente-appellante il Consiglio di Stato ritiene - *incidenter tantum* - che i motivi di appello siano comunque fondati, in quanto la «clausola sociale» è stata violata solo in parte (mancata riassunzione di poco più dell'1% del personale interessato) e comunque è del tutto priva di sanzione escludente espressa: in questi casi la stazione appaltante dovrebbe effettuare una puntuale disamina della conformità, o meno, dell'offerta al bando alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità. Cosa che, invece, nel caso di specie è mancata.

«L'esclusione del concorrente per violazione della clausola sociale non è automatica ed è illegittima se non è preceduta da una analisi, da parte della stazione appaltante, circa la compatibilità dell'obbligo di assorbimento nonché da un adeguato giudizio di anomalia dell'offerta»



L'esclusione, inoltre, pur essendo stata disposta per la violazione del capitolato speciale, non è stata preceduta da una adeguata istruttoria volta

ad accertare una eventuale anomalia dell'offerta economica, anomalia peraltro non dimostrata, avendo l'appellante previsto un numero di persone addette all'appalto maggiore rispetto a quanto previsto dalla clausola speciale.

Sebbene si tratti di una considerazione meramente incidentale, quanto sopra pare trovare sviluppo nelle ultime osservazioni dell'ANAC in tema di esclusione del concorrente che non accetti la «clausola sociale» (di cui al cit. Documento di consultazione): secondo l'Autorità, qualora la stazione appaltante 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. Tale esclusione, tuttavia, non opera in via automatica bensì è applicabile solo nel caso in cui l'accertamento compiuto dalla stazione appaltante consenta di ritenere che l'operatore economico intenda rifiutare l'applicazione della clausola, legittimamente prevista.

L'esclusione, viceversa, non è legittima nell'ipotesi in cui l'operatore economico manifesti il proposito di applicarla nei limiti di compatibilità con la propria organizzazione d'impresa.

5. Quale supporto per le stazioni appaltanti

L'ormai granitica giurisprudenza in materia finisce per affidare alle stazioni appaltanti l'arduo compito di «entrare» nell'organizzazione imprenditoriale del concorrente uscente, onde predisporre «clausole sociali» che siano il più possibili precise e circostanziate, pena la revoca dell'intera procedura di gara. Un aiuto pare possa provenire dalla Legge Antitrust e dalle più recenti segnalazioni delle Authority, in particolare, della Autorità Garante della Concorrenza, che è intervenuta, in diversi casi, in supporto della stazione appaltante, obbligando l'*incumbent* a fornire, in dettaglio, i dati afferenti il personale da trasferire all'eventuale nuovo aggiudicatario. In assenza della collaborazione dell'appaltatore uscente - datore di lavoro e dei suddetti strumenti di *soft law* appare, infatti, poco agevole per la stazione appaltante pervenire a quel - più che legittimo - temperamento tra esigenze di tutela sociale e libertà di impresa cui la costante giurisprudenza fa richiamo.

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

La continuità e le modifiche contrattuali nel codice dei contratti (prima parte)

di Stefano Usai

IL
PUN
TO

Premessa

Il nuovo codice dei contratti, con previsione inedita rispetto al pregresso ordinamento, detta una articolata disciplina (art. 106) in tema di continuità (tra contratti) e di modifiche contrattuali.

Gran parte della norma è focalizzata, evidentemente, sulle potenziali modifiche dei contratti e quindi sulla possibilità – a contratto in vigore (senza necessità di espletare una nuova gara) – di forme di “prosecuzione” (anche con diverso appaltatore) delle prestazioni affidate.

Alcune disposizioni – alcune inedite - invece, sono destinate a disciplinare forme di differimento della scadenza del contratto come, a titolo esemplificativo, la proroga.

È bene premettere che, nella prima versione dell’articolo in commento, il legislatore del codice aveva previsto – anche seguendo le indicazioni espresse nella direttiva comunitaria 24/2014 (ma così anche quelle pregresse) – la disciplina del “rinnovo” del contratto.

L’ipotesi era stata ritenuta legittima dallo stesso

Consiglio di Stato con il parere – sullo schema di codice – n. 856/2016 – il quale, però, si limitava a precisare l’esigenza che la previsione venisse inserita in altra disposizione e non direttamente nel corpo dell’articolo in commento (destinato, come detto, a disciplinare sostanzialmente le modifiche del contratto mentre il rinnovo non si sostanzia in una modifica ma in una reiterazione dell’affidamento già programmata – ed aggiudicata – con la precedente gara).

Alcune disposizioni dell’articolo 106 - alcune inedite - invece, sono destinate a disciplinare forme di differimento della scadenza del contratto come, titolo esemplificativo, la proroga.



Il rinnovo, a prescindere dalla esistenza o meno di una previsione specifica nell’articolo 106 risulta in realtà richiamato dall’articolo 35 del codice dei contratti, comma quarto, e viene pacificamente ammesso sia dalla giurisprudenza e dalla stessa ANAC e sul punto è sufficiente rinviare alle chiare clausole inserite nei vari bandi tipo.

Indicazione molto importante per il RUP nella fase di predisposizione di legge di gara soprattutto – se non essenzialmente – nel caso di appalto di servizi (ed in specie, nel caso di situazioni specifiche come negli appalti per i servizi sociali e similari).

1. La questione della continuità del contratto

La "prosecuzione" del contratto (o meglio, della prestazione) senza modifiche, pone – almeno limitatamente ad una fattispecie – una importante questione in tempi recentissimi riaffrontata dal giudice amministrativo ovvero quella dell'adeguamento dei prezzi pattuiti (della c.d. revisione contrattuale).

Il problema si pone soprattutto – al netto, come si è detto di autentiche ipotesi di modifica del contratto di cui si dirà a tempo debito – nel caso della proroga del contratto ma non anche in fattispecie simili come, appunto, il rinnovo o la ripetizione del servizio (o dei lavori visto la nuova previsione codicistica).

Negli ultimi due casi, che sostanziano autentici affidamenti "nuovi" senza "continuità" – il secondo addirittura una autentica procedura contrattuale vera e propria – non si pongono questioni di revisione dei prezzi visto che l'appaltatore deve espressamente accettare gli "stessi patti e condizioni" la questione della revisione non si pone neppure.

Ponendosi invece, con valenza sostanziale, nel caso della proroga con una importante differenza rispetto al pregresso regime codicistico.

Nel decreto legislativo 163/2006 (art. 115), infatti, la revisione/adeguamento del prezzo di contratto nel caso di continuità di prestazioni oltre la durata originaria si imponeva come obbligatorio per la stazione appaltante con valenza eterointegrativa (la norma operava, pertanto, anche nel caso di assenza di una previsione specifica nel disciplinare o nel contratto d'appalto).

Nel nuovo regime codicistico (e proprio ai sensi dell'articolo 106 come si vedrà meglio più avanti) la revisione/adeguamento del prezzo di contratto non rappresenta più un obbligo ma viene rimessa – la sua previsione – ad una autonoma decisione della stazione appaltante e quindi del RUP che, come si vedrà, deve soppesare con il dirigente/responsabile del servizio le eventuali conseguenze in caso di mancata previsione.

2. La proroga (continuità) del contratto

Ai sensi del comma 11, dell'articolo 106 del codice, la legge di gara può prevedere la possibilità di estendere la durata del contratto (appunto con una proroga) e, secondo il legislatore, anche questa fattispecie integra una modifica del contratto ma occorre ben intendere l'ultimo inciso.

Infatti, ciò che viene modificato non è il contratto – come nelle varie fattispecie disciplinate dai commi dell'articolo in parola – ma, semplicemente, la scadenza del contratto che viene "posposta", differita per specifici motivi.

È chiaro che il differimento incide anche sul dato "quantitativo" della prestazione ma questa è una conseguenza della posposizione nel senso che nella proroga RUP ed appaltatore hanno concordato – quest'ultimo aggiudicandosi la prerogativa con l'appalto – un'unica modifica. Pertanto non si rientrerà nella fattispecie della proroga nel caso in cui vengano variati anche gli originari rapporti definiti con l'appalto rispetto alla "quantità" della prestazione.

Il servizio/fornitura dovrà essere quella pattuita con la differenza che viene "esteso" il periodo di erogazione.

Il dato afferente la prestazione tollerabile potrebbe essere solo quello in diminuzione e non in aumento.

3. Le condizioni minime per poter prorogare la durata del contratto

Il comma 11 dell'articolo 106, chiarisce le condizioni minime indispensabili per poter "prorogare" la scadenza (e quindi la prestazione) del contratto. Queste condizioni devono ricorrere contemporaneamente a pena di illegittimità dell'estensione della durata del contratto.

In particolare:

a. La durata del contratto può essere modificata se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga.

La previsione, assolutamente coerente con il disposto di cui all'articolo 35 – comma quarto – del codice dei contratti, impone una regola "comunitaria" essenziale ed imprescindibile ovvero la previsione della possibile/potenziale estensione della durata contrattuale nel bando di gara o nella lettera di invito.

Non solo per una ovvia esigenza di trasparenza (gli appaltatori devono sapere anticipatamente che a fronte di una base d'asta predefinita vi è una possibilità ulteriore rimessa in ogni caso alla volontà/discrezionalità tecnica della stazione appaltante) ma per il rispetto delle stesse disposizioni del codice che distingue – e non in modo irrilevante – tra appalti sotto e sopra soglia comunitaria.

Pertanto, la previsione nel bando di gara delle opzioni rende necessaria, da parte del RUP, la somma tra questi due valori (al netto dell'IVA) al fine di comprendere se all'appalto deve essere applicata una disciplina "semplificata" oppure la rigorosissima disciplina comunitaria.

Come si diceva, la differenza è relevantissima si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla differenza tra un appalto aggiudicato con le disposizioni del solo art. 36 (e delle linee guida ANAC n. 4) e il rigore che comporta l'applicazione delle norme codicistiche in tema di pubblicità e via discorrendo. In caso di mancata previsione, non si può parlare di proroga come fattispecie disciplinata dal comma in commento ma di un autentico affidamento diretto che esige l'adozione di un CIG nuovo e, soprattutto, deve risultare comunque motivata.

La decisione di effettuare una proroga non prevista "a monte" del procedimento si atteggia in effetti come un atto "non ordinario" e potrebbe suscitare più di un "dubbio" tecnico.

Si pensi al caso del frazionamento: il RUP invece di effettuare una gara con applicazione delle norme

codicistiche riduce arbitrariamente l'importo dell'appalto confidando sulla possibilità di una proroga contrattuale.

In questo caso vengono in considerazione altre norme dell'articolo 106 come le variazioni anche oggetto – a seconda dell'importo – a fondamentali comunicazioni all'ANAC a pena di sanzioni pecuniarie per il RUP.

b. la proroga può essere esperita solamente nei confronti di un contratto in corso di esecuzione. Il differimento della durata deve essere stabilito "a monte" della procedura ma diventa operativo solo nel momento in cui la stazione appaltante "scioglie" la riserva sull'esperibilità o meno dell'opzione di prosecuzione.

Nel momento in cui si prevede la proroga è necessario che il RUP stabilisca nella legge di gara anche un minimo di disciplina che possa presidiare la propria istruttoria. Ad esempio, il termine entro il quale l'appaltatore deve essere "consultato" al fine di comprendere se accetta o meno il differimento della scadenza contrattuale. Questa operazione, ovviamente, deve essere fatta in termini utili prevedendo anche il fatto che l'appaltatore possa non accettare l'offerta agli stessi patti e condizioni. Imponendo, pertanto, al RUP

l'affidamento in urgenza ad altro affidatario per un periodo tale da consentire l'espletamento della nuova gara d'appalto.

Occorre, in sostanza, evitare di porre la stazione appaltante in una situazione tale da dover "subire" i desiderata dell'appaltatore.

c. la proroga deve essere limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente.

Una delle condizioni richieste consente di chiarire, immediatamente, l'essenza della proroga "ponte" prevista dal legislatore nell'articolo 106. Questo

La proroga deve essere limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente.



differimento della scadenza contrattuale viene stabilita a priori proprio "analizzando" le potenziali difficoltà tecniche nell'esperimento della nuova gara. Queste difficoltà possono essere determinate – secondo una previsione oggettiva e "serena" – anche dalla carenza di organico. Nel senso che, per meglio intendersi, la carenza di organico ben può giustificare la previsione di una proroga del contratto ma non anche l'affidamento diretto.

Nel primo caso, ovvero programmare delle proroghe prevedendo, in modo razionale, possibili problemi nel riappaltare la gara, si pensi alla tematica del contenzioso, alla complessità dell'appalto e via discorrendo, è uno degli aspetti che deve caratterizzare l'attività del RUP nel senso che questi deve avere un notevole senso organizzativo/programmatorio per evitare poi di lasciare la stazione appaltante senza le prestazioni necessarie.

La disposizione codicistica non indica un termine per la proroga rimettendola, quindi, ad una valutazione discrezionale della stazione appaltante. Stazione appaltante che potrebbe disciplinare la fattispecie anche nel regolamento interno sui contratti.

In ogni caso, questa durata – che deve essere preventivata – deve prendere in considerazione, come detto, le reali difficoltà che potrebbero sorgere. Naturalmente, la durata della proroga deve essere proporzionata anche alla durata dell'appalto originario. Ad esempio, si potrebbe non ritenere legittima una proroga di 6 mesi a fronte di un contratto di un anno. Un semestre potrebbe riguardare l'appalto almeno biennale ipotizzando che il riavvio del procedimento implichi, molto probabilmente, l'applicazione delle norme codicistiche previste per il sopra soglia comunitario.

In ogni caso, le motivazioni diventano rilevanti nel momento in cui si procede con la determina che autorizza la proroga e che comporterà l'assunzione dell'impegno di spesa. In questo caso, la proroga non potrà essere motivata solo con riferimento alla previa "programmazione" negli atti di gara ma dovrà essere corredata da attente motivazioni anche perché potrebbe emergere che della proroga

– e quindi del differimento del termine di scadenza del contratto – non vi è alcuna necessità.

d. il contraente deve accettare una prosecuzione agli stessi patti e condizioni.

La condizione sulla esigenza che l'appaltatore accetti lo stesso prezzo pattuito in occasione dell'aggiudicazione è, evidentemente, di fondamentale importanza anche per evitare danni erariali.

Nella predisposizione della clausola sul differimento, il RUP deve essere molto chiaro nel senso che alla proposta di prorogare il contratto, l'appaltatore – anche tentando di "approfittare" della condizione della stazione appaltante che ha l'esigenza di avere la prestazione non potendo avviare immediatamente la nuova gara – non può pretendere alcunché che non sia già stato pattuito né modifiche del contratto tali che possano alterarlo.

Sono possibili quindi solo alcuni ritocchi, tutti a vantaggio della stazione appaltante e l'appaltatore non può pretendere di "migliorare" le condizioni che sono scaturite dall'aggiudicazione.

Queste ultime considerazioni, come si evidenziava in premessa, impongono però di affrontare praticamente la questione dell'adeguamento del prezzo del contratto (nel senso della revisione).

4. La revisione del prezzo del contratto

Si rilevava in premessa che la giurisprudenza ammette l'adeguamento dei prezzi contrattuali solo nel caso di proroga (e non anche nel caso di rinnovo), che integra una sostanziale continuità di contratti, se il contratto prevede questa clausola e se il contraente dimostra oggettivamente un peggioramento dei propri prezzi.

Il giudice del Tar Lombardia, Milano, sez. III, con la sentenza del 28 febbraio 2018 n. 595 si è pronunciato proprio sul tema dell'adeguamento del prezzo del contratto.

La norma contenuta nell'articolo 115 del pregresso codice dei contratti non è stata ripresa nel nuovo

codice pur con una disposizione – in tema di adeguamento di prezzi da ritenersi pertanto ora facoltativa – nell’articolo 106 del codice dei contratti.

L’adeguamento deve ritenersi ammesso nel caso di proroga. Sul punto, in sentenza si legge che è “sufficiente in proposito far rinvio alla costante giurisprudenza secondo la quale la revisione dei prezzi si applica solo alle proroghe contrattuali, previste come tali ab origine negli atti di gara ed oggetto di consenso a monte nonché note ai concorrenti della procedura selettiva per l’affidamento del contratto originario (e quindi coinvolte nell’offerta economica da costoro presentata), ma non anche negli atti successivi al contratto originario, con i quali, mediante specifiche manifestazioni di volontà, è stato dato corso tra le parti a distinti, nuovi ed autonomi rapporti giuridici, pur se di contenuto identico a quello originario in merito alla remunerazione del servizio, senza che sia stata avanzata alcuna proposta di modifica del corrispettivo, che pure la parte privata era libera di formulare, nel contesto di un rinnovato esercizio dell’autonomia negoziale, attraverso cui vengono liberamente pattuite le condizioni del rapporto (T.A.R. Lazio – Roma sez. II, 4 settembre 2017, n. 9531)”.

Sulla facoltatività, in tempi recentissimi, è tornato lo stesso Consiglio di Stato. La sentenza del giudice di Palazzo Spada, sez. III, del 19 giugno 2018 n. 3768 ribadisce infatti che nel nuovo codice degli appalti, la revisione non è obbligatoria per legge come nella previgente disciplina, ma opera solo se prevista dai documenti di gara. Ciò comporta l’inapplicabilità della giurisprudenza, già richiamata, sulla natura imperativa e sull’inserimento automatico delle clausole relative alla revisione prezzi e alla loro sostituzione delle clausole contrattuali difformi; ulteriore differenza tra la disciplina recata tra i due codici si rinviene in ordine all’applicabilità della

revisione prezzi anche ai “settori speciali”, che era esclusa nel regime recato dal D.Lgs. n. 163/06 ed è invece ora ammessa dall’art. 106 del D.Lgs. n. 50/2016.

In relazione al pregresso codice, inoltre, si puntualizza che non essendo prevista per gli appalti relativi ai servizi di cui all’Allegato II B una espressa previsione di applicabilità delle norme del codice degli appalti, come nel caso dei contratti relativi ai servizi di cui all’Allegato II A, né essendo rinvenibile nel D.Lgs. n. 163/06 un’altra disposizione che estenda anche a questa tipologia di appalti di servizi la norma recata dall’art. 115, legittimamente

l’amministrazione ha negato la revisione dei prezzi, tenuto conto che non sussiste un obbligo di legge di riconoscerla.

Pur essendo facoltativa, è bene dar conto della posizione espressa dall’ANCI che ritiene l’inserimento della clausola di revisione del prezzo come doverosa – in particolare per appalti di servizi – onde evitare che un aumento sconsiderato di costi per l’appaltatore possa indurre questo a

fornire prestazioni scadenti. Quindi la scelta è chiara se la clausola sulla revisione del prezzo non viene inserita il direttore dell’esecuzione deve attentamente vigilare sulla qualità delle prestazioni rese onde evitare che l’appaltatore abusi della propria posizione e non esegua correttamente le proprie obbligazioni.

La norma contenuta nell’articolo 115 del pregresso codice dei contratti, sulla revisione del prezzo di contratto, non è stata ripresa nel nuovo codice pur con una disposizione – in tema di adeguamento di prezzi da ritenersi pertanto ora facoltativa – nell’articolo 106 del codice dei contratti.

5. Le considerazioni dell’ANCI sulla clausola di revisione

Come si annotava, per la rilevanza – sotto il profilo istruttorio dei compiti del RUP - in tema si deve riportare la riflessione espressa dall’ANCI (in relazione ad uno specifico quesito sulla obbligatorietà o meno della clausola di adeguamento del prezzo).

Secondo gli uffici di consulenza dell'ANCI, "L'art. 106 lettera a) del D.Lgs. 50/2016 prevede che i contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento (...) "se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi".

L'apposizione della clausola, da parte dell'amministrazione, è facoltativa, in linea con l'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa secondo cui l'istituto della revisione è preordinato, nell'attuale disciplina (si faceva riferimento all'art. 115 del D.Lgs. 163/2006, oggi abrogato), alla tutela dell'esigenza, propria dell'Amministrazione, di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati, nel corso del tempo, tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto (Cons. St., sez. V, 23.4.2014, n. 2052).

Solo in via mediata l'istituto in esame tutela l'interesse dell'impresa a non subire l'alterazione dell'equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi che si verificano durante l'arco del rapporto e che potrebbero indurla ad una surrettizia riduzione degli standards qualitativi delle prestazioni (Consiglio di Stato (sez. III 1/4/2016 n. 1309).

Si ricorda inoltre che la norma fa salve le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 511, della legge 208/2015 (Legge stabilità 2016), che prevede la facoltà per l'appaltatore o il committente di chiedere una revisione nel caso di contratti di servizi e forniture ad esecuzione continuata o periodica che prevedono una clausola di revisione dei prezzi indicizzata al valore di beni indifferenziati, quando tale indicizzazione abbia determinato un aumento o una diminuzione del

prezzo indicato al momento dell'offerta superiore al 10% e tale da alterare significativamente l'originario equilibrio contrattuale; in alternativa sono possibili la risoluzione del contratto o il recesso, senza che sia dovuto alcun indennizzo."

6. Il procedimento amministrativo (di competenza del RUP)

La revisione contrattuale, pertanto, deve essere operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi e deve essere basata sui c.d. costi standard. Le parti possono chiedere all'ANAC, che provvede all'accertamento, di fornire le indicazioni utili per il ripristino dell'equilibrio contrattuale o, in caso di mancato accordo, per la definizione di modalità attuative della risoluzione contrattuale finalizzate a evitare disservizi.

A tutt'oggi i costi standard non sono ancora stati determinati.

Nelle more di tale determinazione, il comma 7 dell'articolo 9 del d.l. 66/2014 ha incaricato l'ANAC di fornire, a partire dal 1° ottobre 2014, attraverso la banca dati nazionale dei contratti pubblici, un'elaborazione dei

prezzi di riferimento alle condizioni di maggiore efficienza di beni e servizi, tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico della pubblica amministrazione, nonché di pubblicare sul proprio sito web i prezzi unitari corrisposti dalle pubbliche amministrazioni per gli acquisti di tali beni e servizi.

L'apposizione di una clausola di revisione dei prezzi può essere opportuna per evitare il rischio che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo tali da sconvolgere il quadro finanziario su cui è avvenuta la stipula del contratto e il rischio per l'impresa di subire l'alterazione dell'equilibrio

Pur essendo facoltativa, è bene dar conto della posizione espressa dall'ANCI che ritiene l'inserimento della clausola di revisione del prezzo come doverosa – in particolare per appalti di servizi – onde evitare che un aumento sconsiderato di costi per l'appaltatore possa indurre questo a fornire prestazioni scadenti.



contrattuale conseguente alle modifiche dei costi che si verifichino nell'arco dell'esecuzione, che potrebbero indurla ad una surrettizia riduzione degli standard qualitativi delle prestazioni.

Pur facoltativa si ritiene che l'adeguamento – soprattutto per contratti di servizi a prestazioni continuative – debba essere previsto dal parte del RUP anche per evitare lo "scadimento" delle prestazioni determinato dall'erosione dell'utile dell'appaltatore per effetto dell'andamento dell'inflazione. Questo, si ripete, nel caso insista effettivamente il pericolo di uno scadimento delle prestazioni e non vi siano oggettivi strumenti di controllo.

In difetto, è bene che l'aspetto venga valutato attentamente anche perché potrebbe emergere che con un affidamento diretto (ad altro appaltatore limitato per il tempo necessario per l'espletamento della gara) la stazione appaltante subirebbe un esborso economico inferiore.

Insomma, occorre far attenzione a non procurare un danno erariale.

Se la clausola viene inserita, il RUP dovrà anche curare – come si diceva sopra – la previsione

nella legge di gara, di una adeguata disciplina dell'applicazione pratica.

L'adeguamento non potrà che operare per il solo momento del periodo di proroga (e non di rinnovo che, autenticamente, è un nuovo contratto) e la dimostrazione del differenziale di prezzo deve essere dimostrata dall'appaltatore e riconosciuta previa verifica (sulla congruità del prezzo) da parte del RUP (o del direttore dell'esecuzione);

Anche in questo senso, il periodo successivo del comma in commento, puntualizza che le clausole (oltre che autorizzative di modifiche ma anche di

revisione dei prezzi) "fissano la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti".

7. La determinazione della proroga del contratto

Il primo comma dell'articolo 106 rimette le modifiche contrattuali alla competenza del RUP. In questo senso, nella disposizione predetta si legge che "le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di

appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende". Questa disposizione, evidentemente, vale anche per disporre la proroga del contratto.

È bene però – soprattutto per gli enti locali (ma in realtà per la generalità delle stazioni appaltanti) – chiarire il disposto normativo sotto il profilo pratico degli atti da compiere e della competenza.

Copertura finanziaria, per la proroga, che non viene assicurata nel momento in cui si dispone l'impegno di spesa contestuale all'aggiudicazione. In quanto, per effetto della contabilità armonizzata, l'impegno deve essere tarato sull'importo economico che scaturisce dall'obbligazione giuridica. Ora l'obbligazione giuridica, concreta, per la stazione appaltante è nella misura della base d'asta aggiudicata (la base d'asta meno il ribasso).



La decisione di autorizzare la proroga non può che passare per una istruttoria preventiva, condotta necessariamente dal responsabile unico del procedimento, che porti a chiarire sia la fattibilità tecnica del differimento della scadenza contrattuale ma, si direbbe soprattutto, la fattibilità economica. È necessario in sostanza che la proroga – e quindi il prolungamento del contratto abbia una adeguata copertura finanziaria.

Copertura finanziaria, per la proroga, che non viene assicurata nel momento in cui si dispone l'impegno di spesa contestuale all'aggiudicazione.

In quanto, per effetto della contabilità armonizzata, l'impegno deve essere tarato sull'importo economico che scaturisce dall'obbligazione giuridica.

Ora l'obbligazione giuridica, concreta, per la stazione appaltante è nella misura della base d'asta aggiudicata (la base d'asta meno il ribasso).

Pertanto, per la proroga si porrà la necessità di attivare un autonomo impegno di spesa. Nel momento della proroga si perfeziona una nuova obbligazione giuridica (che può essere fissata in un atto aggiuntivo o anche solo nella determinazione controfirmata).

Delle due attività, quella tecnica e quella di perfezionamento dell'impegno di spesa, solo la prima compete al RUP (che non coincida con il dirigente/responsabile del servizio).

Questo, infatti, non rispondendo di poteri gestionali dovrà predisporre la verifica delle condizioni tecniche e della copertura finanziaria predisponendo lo schema di determinazione per il proprio responsabile del servizio.

Naturalmente la successiva comunicazione all'appaltatore (e quindi il via libero) sulla proroga rimane di competenza del responsabile unico del procedimento.

(prima parte)

Il contratto di somministrazione di lavoro nella Pubblica Amministrazione. Presupposti ed inquadramento. La procedura di gara per la scelta dell'Agencia

di Beatrice Corradi

IL
PUN
TO

1. Il contratto di somministrazione di lavoro. Presupposti

Il contratto di somministrazione di lavoro rappresenta la massima forma di operatività del principio di flessibilità applicato alla pubblica amministrazione.

Il ricorso all'istituto del lavoro temporaneo ha lo scopo di fornire uno strumento contrattuale dinamico diretto a consentire la temporanea utilizzazione e sperimentazione di particolari professionalità, a fronte delle esigenze che verranno in rilievo, talvolta anche successivamente, in quanto derivanti da innovazioni legislative e da attività connesse allo svolgimento di progetti mirate che non possano essere soddisfatti con il personale in servizio.

Il ricorso all'istituto della somministrazione di lavoro temporaneo ha lo scopo di fornire uno strumento contrattuale volto a consentire la temporanea utilizzazione e sperimentazione di particolari professionalità, a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e

sostitutivo.

Il D.lgs. 276/2003 ha abrogato gli articoli della legge n. 196/97 relativa al lavoro interinale, introducendo il contratto di somministrazione.

La somministrazione di manodopera permette ad un soggetto (utilizzatore) di rivolgersi ad un altro soggetto (somministratore) per utilizzare il lavoro di personale non assunto direttamente, ma dipendente del somministratore.

Il ricorso all'istituto del lavoro temporaneo ha lo scopo di fornire uno strumento contrattuale dinamico diretto a consentire la temporanea utilizzazione e sperimentazione di particolari professionalità, a fronte delle esigenze che verranno in rilievo, talvolta anche successivamente, in quanto derivanti da innovazioni legislative e ad attività connesse allo svolgimento di progetti mirati, che non possano essere soddisfatti con il personale in servizio.

Nella somministrazione abbiamo quindi due contratti diversi:

- un contratto di somministrazione, stipulato tra l'utilizzatore e il somministratore, di natura commerciale;
- un contratto di lavoro subordinato stipulato tra il somministratore e il lavoratore.

Il ricorso al lavoro interinale da parte di una Pubblica Amministrazione avviene quando si è in presenza di esigenze periodiche e collegate a situazioni di urgenza non fronteggiabili

con il personale in servizio ovvero con personale reclutabile attraverso gli usuali canali previsti dal

D.lgs. 30/3/2001 n. 165.

L'art. 2, comma 4 del ccnl del 14/9/2000, inoltre, esclude il ricorso al lavoro interinale per determinate e singole fattispecie, caratterizzate in modo esplicito, prima fra tutte quella del reclutamento di personale appartenente alla categoria contrattualmente più bassa, ossia "A", nei profili esemplificativi indicati nell'allegato A del ccnl del 31/3/1999.

La fattispecie della somministrazione di lavoro enuclea un rapporto giuridico di tipo triangolare fra un soggetto che organizza imprenditorialmente la fornitura delle prestazioni lavorative, un soggetto che tali prestazioni richiede ed i soggetti che materialmente le erogano. Il contratto intercorre tra l'Amministrazione utilizzatrice e l'agenzia di somministrazione, mentre la relazione contrattuale si instaura tra il lavoratore somministrato e l'agenzia.

Per la Pubblica Amministrazione, il ricorso alla somministrazione di lavoro temporaneo presenta vantaggi poiché consente l'utilizzazione di forza lavoro esterna all'ente, già dotata di specifica professionalità, da utilizzare in presenza di presupposti legati, evidentemente, alla necessità di sormontare le "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore" (art. 20, comma 4 del D.lgs. 10/9/2003 n. 276).

Le Agenzie per il lavoro debbono essere autorizzate a svolgere le attività previste dal D.lgs. n. 276/03. Presso il Ministero del Lavoro è istituito un apposito albo delle Agenzie per il lavoro. Sul mercato del lavoro potranno operare senza la necessità di iscrizione all'albo (soggetti autorizzati ope legis) anche:

- le Università pubbliche e private
- le fondazioni universitarie

La Pubblica Amministrazione può stipulare soltanto contratti di somministrazione a tempo determinato. Il contratto di somministrazione a tempo determinato (è la forma generale di somministrazione e i lavoratori vengono assegnati all'utilizzatore per un tempo predeterminato e definito all'inizio del contratto) può essere quindi, si ribadisce, stipulato:

- per far fronte a esigenze di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore (art. 20, D.lgs. 276/2003);
- per le "esigenze temporanee" indicate dalle clausole dei contratti collettivi che avranno efficacia fino alla loro naturale scadenza (art. 86, D.lgs. 276/2003).

Il contratto tra utilizzatore e somministratore deve avere forma scritta e contenere alcune specifiche indicazioni. Il lavoratore non è computato nell'organico dell'utilizzatore, ai fini dell'applicazione di normative di legge o di contratto collettivo, fatta eccezione per quelle relative alla sicurezza sul lavoro. I lavoratori dipendenti dal somministratore hanno diritto alla parità di trattamento economico e normativo rispetto ai dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte.

L'utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali: pertanto se

il somministratore non dovesse versare il dovuto al lavoratore questo può richiederlo all'utilizzatore, che è obbligato a corrisponderlo.

I prestatori di lavoro sono: adibiti alle mansioni ed

Il contratto tra utilizzatore e somministratore deve avere forma scritta e contenere alcune specifiche indicazioni. Il lavoratore non è computato nell'organico dell'utilizzatore, ai fini dell'applicazione di normative di legge o di contratto collettivo, fatta eccezione per quelle relative alla sicurezza sul lavoro. I lavoratori dipendenti dal somministratore hanno diritto alla parità di trattamento economico e normativo rispetto ai dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte.



ai profili professionali previsti per i dipendenti del comparto dell'Ente di riferimento e per le tipologie previste dalla vigente normativa in materia; soggetti alle disposizioni in materia di incompatibilità nel pubblico impiego in quanto applicabili; soggetti alla contribuzione previdenziale ed assistenziale dovuta per i dipendenti delle Aziende di Somministrazione, di cui all'art. 25 del d.lgs. 276/2003 per le agenzie di somministrazione di lavoro; soggetti al trattamento economico corrispondente (dovuto dall'Agenzia) a quello previsto dal vigente Ccnl ed eventuali contratti integrativi, per i lavoratori dipendenti di pari categoria, ivi compresi gli eventuali miglioramenti economici derivanti dalle applicazioni contrattuali future.

2. Il contratto di somministrazione di lavoro. I criteri di scelta dell'Agenzia di lavoro a cura dell'utilizzatore P.A

La somministrazione di lavoro presuppone, quindi, un contratto di somministrazione di manodopera che l'utilizzatore (P.A) conclude con l'Agenzia di somministrazione, obbligandosi, contestualmente, in solido per il pagamento delle retribuzioni e dei contributi somministrati.

Ci sono Pubbliche Amministrazioni che escludono l'applicazione del Codice degli Appalti ai sensi dell'art. 19 del previgente D.lgs. n. 163/2006, applicando i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità (oggi art. 17 del D.lgs. n. 50/2016). Altre Amministrazioni invece hanno fatto riferimento correttamente alla normativa sui servizi sociali e connessi. In base all'allegato IX del D.lgs. n. 50/2016 secondo codici CPV da 98513000-2 a 98514000-9 [Servizi di manodope-

ra per privati, servizi di personale di Agenzia per privati, servizi di personale impiegatizio per privati, personale temporaneo per privati, servizi di assistenza domestica e servizi domestici] si considera il contratto di somministrazione tra i contratti di cui agli articoli 140, 142, 143 e 144 del codice.

L'affidamento del servizio di somministrazione avviene, da parte di alcune Amministrazioni, non con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ma in base al criterio del massimo ribasso. Un criterio particolarmente inadeguato in un servizio nel quale la quota maggioritaria dell'offerta economica è determinata dal costo del lavoro e dalla bilateralità, prevista nella somministrazione dall'art. 12 del D.lgs. n. 276/2003 e dal CCNL.

L'art. 95 comma 3 del D.lgs. n. 50/2016, afferma *"sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo: i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 2"*. L'art. 50 a sua volta chiarisce che *"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"*. Chiaramente nel contratto di somministrazione il costo della manodopera è senz'altro superiore al 50% dell'importo totale del contratto.

A questo tema si collega una difficoltà e criticità gestionale derivante dalla difficoltà delle Amministrazioni a definire

correttamente e in maniera omogenea il costo del lavoro.

L'affidamento del servizio di somministrazione avviene, da parte di alcune Amministrazioni, non con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ma in base al criterio del massimo ribasso. Un criterio particolarmente inadeguato in un servizio nel quale la quota maggioritaria dell'offerta economica è determinata dal costo del lavoro e dalla bilateralità, prevista nella somministrazione dall'art. 12 del D.lgs. n. 276/2003 e dal CCNL.



Con riferimento al criterio di aggiudicazione è intervenuto il Consiglio di Stato, Sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014, affermando l'obbligo di un criterio non al prezzo più basso: *"La soluzione è del resto in linea con i criteri direttivi dettati dal legislatore delegante. Infatti l'art. 1, comma 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"*.

Le Pubbliche Amministrazioni interessate a ricorrere all'istituto in discorso, procedono, generalmente, mediante una procedura aperta finalizzata all'individuazione di un'Agenzia per il lavoro a cui affidare, quindi, la fornitura del "Servizio di somministrazione di lavoro a tempo determinato". La procedura di somministrazione di lavoro temporaneo è svolta nel rispetto della normativa applicabile e devono essere osservati, quindi, i principi e la disciplina previsti dalle seguenti fonti: D.lgs. 30/3/2001 n. 165, Legge n. 30/03, Legge n. 102/2009, Legge n. 125/2013, nonché dal D.lgs. n. 81/2015 e dai CCNL vigenti al momento.

L'affidamento del servizio non obbliga l'Amministrazione ad attivare il contratto, al quale avrà facoltà di ricorrere, generalmente, in base ad una valutazione unilaterale della situazione contingente al fine di rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali. La proce-

dura ha generalmente come conclusione un Accordo Quadro con un unico operatore economico per l'individuazione di un'Agenzia per il lavoro, iscritta nell'Apposito Albo istituito presso il Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale ai sensi dell'art. 4 del D.lgs. 276/2003. Preliminarmente, rispetto all'avvio della procedura, è compiuta con la collaborazione dei dirigenti dell'Ente, una ricognizione dei fabbisogni di lavoro in somministrazione.

3. L'importo contrattuale. L'Accordo quadro

L'importo presunto contrattuale è dato dalla somma dei singoli contratti/ordinativi di fornitura di lavoro temporaneo comprensivo di costo del personale e quota d'intermediazione, oltre IVA riferita alla sola quota d'intermediazione.

Le Pubbliche Amministrazioni interessate a ricorrere all'istituto in discorso, procedono, generalmente, mediante una procedura aperta finalizzata all'individuazione di un'Agenzia per il lavoro a cui affidare, quindi, la fornitura del "Servizio di somministrazione di lavoro a tempo determinato". La procedura di somministrazione di lavoro temporaneo è svolta nel rispetto della normativa applicabile e devono essere osservati, quindi, i principi e la disciplina previsti dalle seguenti fonti: D.lgs. 30/3/2001 n. 165, Legge n. 30/03, Legge n. 102/2009, Legge n. 125/2013, nonché dal D.lgs. n. 81/2015 e dai CCNL vigenti al momento.

Le singole prestazioni di lavoro sono individuate con separati contratti di somministrazione. L'oggetto delle prestazioni lavorative richieste dall'Agenzia al lavoratore è riconducibile al mansionario previsto dal CCNL per il profilo professionale richiesto dall'Amministrazione all'Agenzia.

Il prezzo orario, di riferimento, della prestazione, è comprensivo della spesa per la retribuzione individuale oraria del lavoratore temporaneo, delle contribuzioni previdenziali e assicurative, degli accantonamenti per ferie/festività/malattia/infortunio/ogni altro giustificativo di assenza retribuita di cui il lavoratore

possa avvalersi (salva l'unica deroga di seguito prevista per le festività infrasettimanali), nonché dell'utile d'impresa.

Il prezzo orario per ciascuna categoria è onnicomprensivo e forfetario (salva l'unica eccezione delle festività infrasettimanali) e, quindi, fisso ed invariabile per tutta la durata del servizio, salvo adeguamento per eventuale rinnovo del C.C.N.L. o per modifiche normative. In caso di variazione degli importi retributivi in seguito a rinnovi del C.C.N.L. o per modifiche normative, il prezzo orario complessivo è riproporzionato nella stessa percentuale della variazione contrattuale/normativa.

La stipula degli specifici contratti di somministrazione avviene, generalmente, secondo la seguente procedura:

- a) l'ente, in base alle proprie esigenze organizzative, procederà preliminarmente a definire il fabbisogno presunto di personale in somministrazione che sarà oggetto del singolo contratto di somministrazione in ragione di quanto stabilito nell'accordo quadro;
- b) l'ente procederà poi all'invio della richiesta di attivazione del contratto discendente da Accordo Quadro, firmata digitalmente, mediante PEC.

4. La somministrazione del lavoro ed il contratto di appalto. Giurisprudenza

La somministrazione del lavoro, come disegnata dalla citata normativa, è attività diversa dall'appalto di servizi: nell'appalto il soggetto privato deve assicurare l'esecuzione di un servizio con la propria organizzazione imprenditoriale; mentre nella somministrazione di manodopera l'Agenzia per il Lavoro deve occuparsi di selezionare e fornire personale, che poi opera sotto la direzione, l'organizzazione e la responsabilità dell'ente utilizzatore.

La Cassazione penale (vista la rilevanza penale

dell'illecita intermediazione e dell'illecita somministrazione del lavoro) ha avuto modo di affermare che *"la distinzione tra contratto di appalto e quello di somministrazione di manodopera va operata, non soltanto con riferimento alla proprietà dei fattori di produzione, ma altresì alla verifica della reale organizzazione dei mezzi e dall'assunzione effettiva del rischio d'impresa in assenza dei quali si configura una mera fornitura di prestazione lavorativa. In altri termini ... devono contemporaneamente esservi un rischio di impresa, dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto e un potere organizzativo e direttivo"* (Cassazione Penale, Sez. III, 27 gennaio 2015, n. 18667; in termini: Cassazione Penale, Sez. III, 5 giugno 2015, n. 27886).

I giudici di merito hanno affermato che, *"in tema di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro, la distinzione tra contratto di appalto e quello di somministrazione di manodopera è determinata non solo dalla proprietà dei fattori di produzione, ma anche dalla organizzazione dei mezzi e dalla assunzione effettiva del rischio d'impresa, in assenza dei quali si configura una mera fornitura di prestazione lavorativa che, se effettuata da soggetti non autorizzati, è sottoposta alla sanzione penale di cui all'art. 18 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276"* (Tribunale di Torino, Sezione Lavoro, 30 giugno 2014, n. 1023; in termini: Tribunale di Roma, Sezione Lavoro, 17 gennaio 2017, n. 376 e Tribunale di Roma, Sezione Lavoro, 4 maggio 2017, n. 4082).

La somministrazione del lavoro, come disegnata dalla citata normativa, è attività diversa dall'appalto di servizi: nell'appalto il soggetto privato deve assicurare l'esecuzione di un servizio con la propria organizzazione imprenditoriale; mentre nella somministrazione di manodopera l'Agenzia per il Lavoro deve occuparsi di selezionare e fornire personale, che poi opera sotto la direzione, l'organizzazione e la responsabilità dell'ente utilizzatore.



Sul tema è intervenuta anche la giustizia amministrativa, che, proprio in ambito sanitario, ha riconosciuto l'illegittimità di gare erroneamente concepite come se si trattasse di affidare un appalto, laddove l'interesse concreto della stazione appaltante era, in realtà, solo quello di reperire manodopera per un

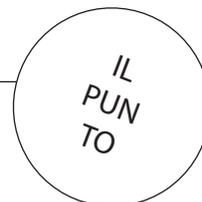
periodo determinato: *“Si configura la fattispecie dell'appalto quando l'appaltante affida all'appaltatore lo svolgimento di prestazioni connesse ad un preciso risultato; la somministrazione di lavoro a tempo determinato si caratterizza - viceversa - per la ricerca da parte dell'utilizzatore di lavori in chiave di integrazione del personale esistente in organico. Affinché si configuri l'appalto, l'oggetto negoziale deve essere costruito in modo da attribuire in forma rilevante e per elementi qualificanti l'intero rischio contrattuale all'appaltatore; condizione, quest'ultima, che non si realizza quando l'oggetto principale della prestazione è la “fornitura di lavoratori” e il corrispettivo spettante alla società aggiudicataria è, almeno in via prevalente, legato alle ore di lavoro svolte, senza che assuma alcun rilievo il concreto risultato conseguito allo svolgimento delle prestazioni lavorative. In altre parole, per usare una tradizionale categoria civilistica, si configura somministrazione quando si è in presenza di obbligazioni di mezzi e non di risultato, pur con qualche secondaria deviazione da tale as-*

sunto, per cui l'oggetto contrattuale risulta strutturalmente incompatibile con quello dell'appalto di servizi” (TAR Piemonte, Sez. II, 27 giugno 2006, n. 2711. Pronuncia riformata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 5198 del 2007, ma solo su un'eccezione pregiudiziale e non nel merito).

L'appalto è quindi il caso classico di esternalizzazione, di gestione delle attività da parte di soggetti esterni all'Ente; la somministrazione si colloca nell'ambito della “gestione diretta” dei servizi da parte della Pubblica Amministrazione: la gestione diretta può essere infatti assicurata sia con propri dipendenti, sia mediante personale somministrato, fornito da un'Agenzia individuata secondo le regole dell'evidenza pubblica, il quale implementa temporaneamente l'organico dell'Ente committente (nel rapporto trilatero che si crea con la somministrazione - lavoratore, Agenzia, Ente utilizzatore - quest'ultimo è pacificamente il “datore di lavoro sostanziale”).

L'affidamento delle concessioni demaniali marittime turistico ricreative e l'applicazione dei principi di evidenza pubblica

di Domenico Ciccarelli - Margherita Cattolico



Col presente scritto ci si prefigge l'obiettivo di fornire un contributo sulle argomentazioni che hanno indotto dottrina, giurisprudenza e ogni altro operatore di diritto, ad interrogarsi sull'applicazione dei principi di evidenza pubblica nella scelta dell'operatore economico a cui assentire in concessione un bene demaniale marittimo turistico ricreative.

Col termine demanio (dal latino *dominium*, "dominio", attraverso il passaggio intermedio dal francese antico "demaine"), si suole indicare una categoria di beni dello Stato, sottoposta a un regime speciale di stampo pubblicistico, finalizzato a preservare l'utilità a cui è strumentale.

In senso generico, esso è l'insieme di tutti i beni inalienabili appartenenti allo Stato o a enti pubblici territoriali (in Italia: Regioni, Province e Comuni). Dalla macrocategoria "beni demaniali" si possono far discendere diverse e distinte sottocategorie: a) il demanio marittimo (lido, spiaggia, porti); b) il demanio idrico (fiumi, laghi, torrenti); c) il demanio stradale (autostrade, ferrovie); d) il demanio militare (tutte le opere concernenti la difesa nazionale), e così via.

Definito genericamente il concetto di bene demaniale e identificato, in particolare, quello "marittimo", in linea generale, va specificato

che, tradizionalmente, l'utilità pubblica cui sono destinati i detti beni, può essere perseguita mediante distinte modalità: un uso esclusivo (o diretto) da parte della stessa PA; un uso generale, da parte di qualsiasi soggetto pubblico o privato; ovvero un uso particolare da parte di soggetti pubblici o privati.

In quest'ultimo caso, viene in rilievo una riserva di utilizzazione che ha la sua fonte nella legge o in un atto amministrativo - come la concessione -, e che si prefigge l'obiettivo di escludere la possibilità che soggetti diversi dal concessionario possano servirsi del medesimo bene.

Le concessioni demaniali marittime hanno la natura di atti autorizzativi amministrativi, aventi ad oggetto l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni facenti parte del cd. "demanio necessario" dello Stato, ex art. 822, comma 1, c.c..

La concessione demaniale marittima nasce, in particolare, come strumento di supporto allo Stato nell'esercizio di funzioni pubbliche volte a garantire l'accesso e la fruibilità dell'arenile per attività legate al commercio e alla pesca, assicurandone contestualmente la tutela e la preservazione. L'uso del demanio marittimo da parte di soggetti privati è, pertanto, consentito -nonostante l'inalienabilità del bene- e vincolato ad attività di pubblico

interesse. Tuttavia, l'impiego sempre più intensivo delle coste per finalità turistiche ha reso necessaria una revisione della vecchia disciplina, per favorire lo sviluppo della nuova funzione economica che detto bene è chiamato ad assolvere.

Del pregnante valore economico di una concessione demaniale marittima ne ha preso consapevolezza –oltre agli operatori economici del settore- lo stesso legislatore.

Il Codice della navigazione aveva già disciplinato la possibilità di destinare parte del demanio marittimo ad *"altri usi pubblici"* attraverso l'istituto in esame, ma è con il D.Lgs. 400/1993 che è stato esteso l'uso delle concessioni alle attività produttive –come la gestione di stabilimenti balneari- ammettendo il carattere economicamente rilevante del demanio marittimo.

Ed è proprio tale carattere che induce gli operatori del diritto a interrogarsi sulla necessità di rispettare, anche nella fase di scelta dell'operatore economico fruitore del bene demaniale, i principi vigenti in tema di procedure ad evidenza pubblica. All'uopo, preme richiamare un recente orientamento del Consiglio di Stato, secondo il quale: *«anche i procedimenti tendenti al conferimento di una concessione di area demaniale marittima debbono ritenersi sottoposti ai principi di evidenza pubblica, dato che, in base alle norme comunitarie, presupposto sufficiente affinché si applichino i predetti principi è la circostanza che con la concessione di area demaniale marittima si fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione»*.

La menzionata sentenza suscita particolare interesse poiché la stessa sembrerebbe individuare il cd. *"presupposto sufficiente"* per l'applicazione dei principi di evidenza pubblica in tema di concessioni demaniali.

In effetti, dalla mera lettura del giudicato emerge con chiarezza che ogni qualvolta una concessione demaniale possa comportare per gli operatori del mercato un'opportunità di guadagno, la selezione

del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi di evidenza pubblica, regola che deve essere rispettata anche in tema di concessioni demaniali marittime.

Invero, se *in prima facie*, dottrina e giurisprudenza si erano interrogate sul percorso da seguire ai fini dell'affidamento concorrenziale delle concessioni demaniali marittime, escludendo l'ipotesi di applicazione delle norme di cui al Codice degli Appalti e ponendo l'attenzione sull'art. 37 del Codice della Navigazione (Consiglio di Stato, sentenza n. 688 del 2017), ad oggi è indubbio che in tema di concessioni turistico ricreative devono essere rispettati quantomeno i principi di evidenza pubblica.

L'orientamento giurisprudenziale che ne esclude l'applicazione, poggia le propria fundamenta nell'art. 37 del Codice della Navigazione. In particolare, secondo tale orientamento, l'articolo citato non prevedrebbe alcun obbligo normativo circa l'applicazione alle procedure di affidamento delle concessioni demaniali marittime delle forme tipiche delle procedure ad evidenza pubblica previste per i contratti d'appalto della Pubblica Amministrazione.

L'assenza di un tale obbligo dipenderebbe principalmente dal fatto che, nell'ipotesi prevista dall'articolo 37, sono gli operatori privati a rivolgersi alla Pubblica Amministrazione per il rilascio della concessione demaniale marittima al contrario, invece, di quanto accade nei contratti pubblici d'appalto: in quest'ultimo caso, difatti, è la Pubblica Amministrazione a rivolgersi direttamente agli operatori privati per il soddisfacimento di una propria esigenza.

Bisogna poi considerare che le procedure ad evidenza pubblica, tipiche degli appalti pubblici, rispondono a logiche di trasparenza, economicità dell'azione amministrativa così come ad esigenze di tutela della concorrenza e del mercato. Nel specifico caso dell'art. 37, la presenza di più domande di concessione determinerebbe, già di per se stessa, una situazione concorrenziale che può prescindere dall'utilizzo delle formalità, tipiche dell'evidenza pubblica, utilizzate nei contratti

pubblici d'appalto.

Lo stesso Consiglio di Stato, così come aveva già statuito nell'allora 2009, con la sentenza n. 5765, ritiene che, nel caso delle concessioni demaniali marittime, gli obblighi di trasparenza, imparzialità e rispetto della *par conditio*, imposti ad una PA, anche a livello comunitario, vengono soddisfatti attraverso *"un efficace ed effettivo meccanismo pubblicitario preventivo sulle concessioni in scadenza, in vista del loro rinnovo in favore del migliore offerente"*, così come *"da un accresciuto onere istruttorio in ambito sia procedimentale che motivazionale (in sede di provvedimento finale)"*.

In particolare, il meccanismo dell'evidenza pubblica si articola nella preventiva affissione di una o più istanze concessorie, così come previsto dall'articolo 18 del Regolamento di esecuzione del Codice della Navigazione, nonché nella successiva procedura di comparazione –finalizzata alla selezione del concessionario sulla base del criterio guida della *"più proficua utilizzazione del bene pubblico"*– delle stesse domande concessorie.

Secondo il Consiglio di Stato, l'orientamento fin qui enunciato, parrebbe non confliggere col diritto comunitario; eppure nel panorama nazionale, ancora oggi, si registra più di qualche perplessità in materia. L'ANAC, ad esempio, ha dedicato un'ampia sezione del proprio piano nazionale anticorruzione, aggiornato al 2017, al tema delle concessioni demaniali marittime.

L'Autorità anticorruzione ha ritenuto che gli attuali meccanismi di assegnazione e rinnovo *"ad impulso privato"* delle concessioni demaniali possono determinare *"un forte squilibrio concorrenziale, esponendo di conseguenza la Pubblica Amministrazione ad evidenti rischi corruttivi"*. Quest'ultimi, più precisamente, potrebbero consistere in: (I) rischi di favoritismi nell'affidamento delle concessioni e di consolidamento dei rapporti limitatamente ad alcuni operatori economici; (II) rischi di azioni tese a restringere indebitamente la platea dei partecipanti alla procedura; (III) infine, rischi di applicazione distorta dei criteri di aggiudicazione della procedura per manipolarne l'esito.

Per tali motivazioni l'ANAC ha prospettato l'utilizzo della disciplina prevista dal Codice degli Appalti per tutte quelle procedure –specie quelle aventi un consistente valore economico/finanziario– di concessione dei beni demaniali marittimi. Tra l'altro, si legge nel sopraccitato piano anticorruzione, *"nel caso in cui sia prevista l'esecuzione da parte del concessionario di lavori per la costruzione di opere destinate ad essere acquisite al demanio o, comunque, al patrimonio delle Autorità di Sistema Portuali (ADSP) in modo tale che si configuri una vera e propria concessione di lavori, il codice dei contratti trova piena e completa applicazione (si veda, a tal riguardo, l'articolo 15 della direttiva 23/2014/UE)"*.

Va evidenziato, infatti, che la regolamentazione normativa della concessione di beni pubblici di rilievo economico non è appannaggio esclusivo del legislatore nazionale. Hanno, infatti, una notevole influenza in materia i principi generali dell'ordinamento dell'UE, derivanti dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di seguito TFUE), i quali impongono alle PA la scelta del concessionario tramite l'espletamento di una procedura comparativa ad evidenza pubblica, finalizzata alla ponderata valutazione delle offerte presentate dai soggetti interessati.

Un riflesso di questo trend normativo è la penetrazione nel diritto interno della nozione europea di contratto di concessione pubblica, legata non tanto alla denominazione nazionale dell'atto quanto piuttosto alla sua idoneità ad attribuire un vantaggio competitivo al beneficiario. Si spiega, in tal modo, l'attenzione alla scelta del contraente la quale, nella visione europea, è un passaggio fondamentale per la tutela e per la valorizzazione della concorrenza.

Del resto, le libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi sarebbero soltanto petizioni di principio se fossero contraddette da comportamenti discriminatori che impediscano agli operatori economici una partecipazione in condizione di parità alle occasioni di vantaggio economico create dalle attività delle PA.

Tanto ciò è vero che il 14 aprile 2000 la Commissione

europea ha diramato una nota, poi richiamata e fatta propria da due circolari del Dipartimento per le politiche comunitarie della Presidenza del Consiglio dei Ministri dell'1 marzo e del 6 giugno 2002, in cui si chiarisce che i principi di evidenza pubblica, da attuare in modo proporzionato e congruo all'importanza della fattispecie, devono essere applicati in via diretta e *self-executing* in quanto desumibili dal TFUE e si estendono anche alle fattispecie non contemplate da specifiche disposizioni unitarie.

Sul tema, si richiama il previgente articolo 37, comma 2, del Codice della Navigazione summenzionato.

Questa norma era congegnata in modo da attribuire, alla scadenza della concessione, un diritto di insistenza al precedente concessionario. Specificamente, l'abrogato art. 37, 2 comma, Codice della Navigazione, prevedeva che, in presenza di più domande per il rilascio di una concessione demaniale marittima, fosse accordata preferenza al soggetto titolare della concessione stessa, cristallizzando il suindicato diritto di insistenza.

La giurisprudenza ha per lungo tempo configurato questa posizione giuridica come un vero e proprio diritto soggettivo che assicurava al titolare il rinnovo automatico della concessione in scadenza (poi rafforzato dall'art. 10, comma 1, L. 88/2001), a scapito di qualsiasi altro operatore interessato al subentro.

Sullo sfondo –è chiaro– si fronteggiano due interessi contrapposti: quello del titolare a sfruttare in modo duraturo i vantaggi economici della concessione –così massimizzando gli effetti positivi del suo investimento–, e quello dei potenziali concorrenti –i quali, altrettanto legittimamente, aspirano a subentrare al primo per godere a loro volta di una *chance economica*–.

Dottrina e giurisprudenza, consapevoli del conflitto e dell'esigenza di un rispetto non solo formale ma anche sostanziale delle norme e dei principi di fonte europea, hanno progressivamente rettificato l'indirizzo passato, configurando l'istituto previsto dal citato art. 37, comma 2, del Codice della

Navigazione, non più come un diritto soggettivo ma come un semplice limite alla discrezionalità della PA.

In altri termini, fermo restando l'obbligo della procedura di gara, si considerava che le PA, in presenza di un'istanza di rinnovo del concessionario uscente, dovessero attribuire un adeguato rilievo al danno potenzialmente derivante dalla cessazione dello sfruttamento economico della concessione. Superfluo evidenziare che, in tal modo, si legittimava una presunzione favorevole al precedente titolare e si continuava ad interpretare la norma codicistica in modo tutt'altro che conforme alla Costituzione e ai principi europei.

L'incoerenza non è sfuggita all'AGCM la quale, con un'apposita segnalazione (AS481 del 20 ottobre 2008), ha affermato che la proroga automatica era compatibile con i principi eurounitari solo a condizione di restare confinata in un ambito residuale e sussidiario, in una situazione di completa equivalenza tra diverse offerte.

Inoltre, l'AGCM ha chiarito che il rinnovo automatico, previsto dal legislatore, non stimola il soggetto titolare ad offrire migliori servizi agli utenti, finendo, anzi, per favorire comportamenti collusivi tra i concessionari.

È di seguito intervenuta la Commissione europea, attivando una procedura di infrazione nei confronti del nostro Paese (n. 2008/49), sul presupposto della incompatibilità tra la disposizione normativa in esame e il principio della libertà di stabilimento. Il Governo italiano ha ritenuto di ovviare alla contestazione con l'emissione del Decreto Legge 194/2009, poi convertito in Legge 25/2010, il quale ha eliminato la preferenza accordata al concessionario uscente.

Ha introdotto, tuttavia, una disposizione aggiuntiva in virtù della quale le concessioni di beni demaniali in corso alla data del 31 dicembre 2009, fossero prorogate automaticamente fino al 31.12.2015.

Come era prevedibile, la Commissione europea ha aperto una nuova procedura di infrazione (n. 2010/2734) e ha mosso contestazioni aggiuntive all'Italia, ravvisando la violazione dell'articolo 12

della Direttiva 2006/123/CE -in tema di servizi al mercato interno (la cd. "direttiva Bolkestein")- e dell'articolo 49 TFUE -che protegge la libertà di stabilimento-, contestando, inoltre, il rinvio, non previsto dal Decreto Legge ma inserito nella Legge di conversione, all'articolo 1, comma 2, del Decreto Legge 194/1993, usato come grimaldello per consentire plurimi rinnovi di sei anni.

Il legislatore nazionale ha dovuto prenderne atto e, quindi, abrogare quel rinvio con l'articolo 11 della Legge comunitaria 217/2011. Con lo stesso articolo è stato attribuito al Governo una delega finalizzata al riordino e alla revisione della legislazione regolatrice delle concessioni demaniali marittime.

Questa manovra complessiva ha indotto la Commissione europea a chiudere la procedura di infrazione nel febbraio del 2012.

Ad ogni buon conto, la patologia nella quale versa l'ordinamento nazionale nostrano non ha trovato soluzione.

Con l'articolo 34 *duodecies* della successiva Legge 221/2012, è stato modificato l'articolo 1, comma 18, del Decreto Legge 194/2009, disponendo la proroga automatica delle concessioni in scadenza, fino a tutto il 31 dicembre 2020.

In questa confusa situazione normativa si è inserita la sentenza 2401/2014, della IV sezione del TAR Lombardia, che ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea (di seguito CGUE) la questione pregiudiziale sul meccanismo di proroga introdotto dalla Legge 221/2012.

Premeva al G.A. conoscere se detto strumento fosse compatibile con il complesso dei principi sanciti e tutelati dagli articoli 49, 56 e 106 TFUE e con l'ulteriore canone di ragionevolezza che ne era la conseguenza implicita.

Questione simile è stata sollevata dal TAR Sardegna.

La CGUE, si è espressa in merito alle due istanze del G.A. nazionale, con la nota sentenza del 14 luglio 2016 n. C-458/14, i cui principi di diritto enunciati possono essere sintetizzati nei seguenti:

- il rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime contrasta con i principi di libertà di stabilimento, non discriminazione e tutela della concorrenza;
- il rilascio di tali concessioni deve avvenire esclusivamente attraverso procedure ad evidenza pubblica;
- la violazione del principio di trasparenza si trasforma tuttavia in una disparità di trattamento dei potenziali successori del concessionario uscente solo per le concessioni di sicuro interesse transfrontaliero;
- ricorre questo tipo di interesse solo in presenza di criteri oggettivi e verificati, di volta in volta, tra i quali sono compresi l'importanza economica dell'appalto, il luogo della sua esecuzione, le sue caratteristiche tecniche, la situazione geografica del bene oggetto della concessione e il valore economico di questa;
- sono ammesse disparità di trattamento ove ricorrano motivi imperativi di interesse generale ovvero l'esigenza di tutelare il legittimo affidamento del concessionario uscente;
- la verifica della ricorrenza di tali motivi deve essere compiuta, di volta in volta, essendo inammissibili presunzioni di natura generale;
- spetta al giudice nazionale verificare se le concessioni demaniali nazionali rientrino o meno nel raggio applicativo della cd. "Direttiva Bolkestein";
- questa prerogativa giudiziale va esercitata dando priorità all'accertamento dell'eventuale scarsità di risorse naturali che comporterebbe la limitazione del numero delle concessioni.

Con tale sentenza, pertanto, la CGUE sembra aver fissato delle regole di base al fine del rispetto, da parte della legislazione nazionale, della normativa europea, ossia che le stesse debbono essere concesse nel rispetto dei principi di evidenza pubblica, purché trattasi di concessioni di sicuro interesse transfrontaliero, da valutare caso per caso, in ossequio anche ai principi di cui alla detta Direttiva Bolkestein e che le risorse a disposizione siano "scarse". Quest'ultima, invero, ricordiamo che prevede la necessità di indizione di una gara per la concessione demaniale marittima, che rispetti tutte le disposizioni normative vigenti in tema di procedure ad evidenza pubblica.

La stessa, inoltre, vieta il rinnovo automatico e l'attribuzione di vantaggi competitivi al prestatore uscente, salvo le eccezioni di cui al paragrafo 3, ossia correlate ad esigenze di salute pubblica, ambiente e sicurezza.

Tanto detto, appare quantomeno opportuno porre l'attenzione sulla circostanza che le concessioni demaniali marittime rappresentano un tema caldo anche in virtù del fatto che, ad oggi, nonostante vari interventi legislativi, non risulta ancora esistere una disciplina chiara e uniforme sulla gestione del demanio marittimo.

Fino al 2001, la disciplina relativa alle concessioni era contenuta nel solo Codice della navigazione, che assicurava l'unità e l'accentramento nella gestione dei beni demaniali marittimi.

L'apertura al decentramento amministrativo (avviata già prima della riforma costituzionale) e lo spostamento del turismo tra le materie di competenza legislativa esclusiva delle regioni hanno, invece, aggravato il quadro normativo, creando non poche difficoltà in merito alla gestione delle concessioni. Nell'attuale quadro di riferimento, infatti, spetta a queste la funzione di programmazione e di indirizzo delle attività turistico-ricreative, in cui è ricompresa anche la gestione degli stabilimenti balneari, ma resta di competenza dello Stato la definizione dei canoni d'uso dei beni demaniali marittimi e, in ogni caso, è quest'ultimo ad avere un ruolo da protagonista nella tutela della concorrenza.

In aggiunta, in virtù del principio di sussidiarietà verticale e delle disposizioni contenute nelle leggi "Bassanini", in ragione della delega esercitata dalle Regioni (quando e se esistente), spetta ai comuni il rilascio delle concessioni demaniali marittime, coerentemente con gli strumenti urbanistici regionali e comunali.

Ad aggravare l'intreccio v'è, infine, la previsione dettata dal d.lgs. 85/2010, in base alla quale i beni demaniali marittimi non appartengono al patrimonio di regioni o enti locali, ma rimangono di proprietà dello Stato (a mezzo dell'Agenzia del Demanio), che ne affida la cura agli organi di governo inferiori.

Sul tema e al fine di rendere un quadro sinottico quanto più aggiornato possibile, si richiamano gli ultimi pronunciamenti della Corte Costituzionale, coi quali sono state dichiarate incostituzionali alcune leggi che le Regioni si erano affrettate ad emanare prima dell'arrivo del 31.12.2020 (momento della naturale scadenza "formale" di tutte le concessioni turistico ricreative).

Tra queste, si annovera la sentenza della Corte Costituzionale n. 118 del 2018, con la quale è stata accolto il ricorso e dichiarata illegittima l'art. 3, comma 3, della Legge della Regione Abruzzo 27 aprile 2017, n. 30, della quale il quale recita: «*Nell'esercizio delle proprie funzioni i Comuni garantiscono che il rilascio di nuove concessioni avvenga senza pregiudizio del legittimo affidamento degli imprenditori balneari titolari di concessioni rilasciate anteriormente al 31 dicembre 2009*».

Tale disposizione legislativa è stata dichiarata costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione.

Una delle argomentazioni che hanno indotto la Consulta alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 3 della Legge Regionale abruzzese è la considerazione secondo cui nonostante la legislazione nazionale abbia conferito delle competenze alle Regioni e agli Enti locali, «*(...) i criteri e le modalità di affidamento delle concessioni su beni del demanio marittimo devono essere stabiliti nell'osservanza dei principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale (...)*».

Sostanzialmente, lasciando ai comuni la possibilità di garantire la proroga delle concessioni rilasciate entro il 2009, si minerebbe la tutela della concorrenza e della parità di trattamento dei nuovi aspiranti concessionari. La tutela della concorrenza rientra nelle materie di competenza statale esclusiva, che d'altronde, deve essere garantita nel rispetto dei principi europei, tra cui si annovera, secondo orientamento prevalente, anche il principio di evidenza pubblica per la selezione del concessionario di stabilimenti balneari e, più

genericamente, del demanio marittimo.

Il motivo della sentenza è il medesimo che ha visto la Corte costituzionale invalidare, negli anni, tutte le leggi regionali che hanno tentato di colmare il vuoto normativo nazionale: *"il demanio marittimo è di competenza statale, pertanto è il governo centrale a dover legiferare e non le singole Regioni"*, ricordano i giudici.

All'uopo, invero, si richiama l'ulteriore sentenza della Consulta, n. 109 del 2018, è stato sancito che in materia di concessioni demaniali solo lo Stato decide la durata delle stesse.

Secondo i giudici della Consulta la disciplina sulla durata delle concessioni demaniali marittime *"è di esclusiva competenza legislativa dello Stato, in quanto immediatamente attinente alla materia della 'tutela della concorrenza"*. In particolare, viene bocciato l'articolo 9 della legge 10 del 2017 della Regione Friuli Venezia Giulia che ha fissato in 40 anni la durata massima delle concessioni con finalità turistico-ricreative di beni che si trovano nella laguna di Marano-Grado.

Quella disposizione regionale, sottolinea la Corte Costituzionale, *"si pone in contrasto con la disciplina statale"*, in particolare con una norma della legge finanziaria del 2017 che ha fissato, in modo uniforme per l'intero territorio nazionale, un termine di durata delle concessioni con finalità turistico ricreative pari al massimo a 20 anni.

La Consulta era stata interpellata dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, che aveva fatto notare come la norma regionale limitasse la concorrenza *"autorizzando un'utilizzazione prolungata di una risorsa scarsa"*.

L'impostazione è stata condivisa dai giudici costituzionali che hanno dichiarato l'illegittimità della disposizione per *"violazione del limite della tutela della concorrenza"*.

Sempre per la stessa ragione la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità di un'altra norma della stessa legge regionale che prevede un indennizzo del concessionario subentrante a quello uscente.

Oltre a tale pronunce, si annovera, altresì, in tema di proroga della durata delle concessioni demaniali sino al 2020, una sentenza della Corte di Cassazione, sezione penale n. 21281 del 14 maggio 2018.

Quest'ultima, decidendo su di un ricorso proposto avverso la ordinanza con cui il tribunale del riesame aveva rigettato l'istanza di dissequestro di un'area demaniale marittima di oltre 20.000 mq. e dello specchio acqueo prospiciente, area destinata a sede del nuovo circolo tennis e vela e relativo campo boe, la Corte di Cassazione, nel disattendere la tesi difensiva secondo cui non si versava in un'ipotesi di rinnovo, bensì di proroga di concessione demaniale marittima per finalità ricreative/sportive -la cui durata, per effetto del D.L. n. 113 del 2016 (art. 24 *septies*, comma 3), sarebbe stata prorogata al 31.12.2020- ha diversamente ritenuto che il reato di abusiva occupazione di spazio demaniale marittimo (previsto dagli artt. 54 e 1161, cod. nav.), dovesse ritenersi sussistente, da un lato, perché la proroga in questione non poteva applicarsi alle concessioni preesistenti già prorogate automaticamente e da ritenersi scadute e, dall'altro, perché deve disapplicarsi la normativa interna che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime, con finalità turistico-ricreative, ivi comprese le concessioni destinate ad approdi e porti turistici, per il contrasto della stessa con l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 (cd. *"direttiva Bolkestein"*) e, comunque, anche con l'articolo 49 TFUE.

Tale pronuncia giurisprudenziale risulta particolarmente contraddittoria, in quanto fermo restando l'affermazione dei principi già enunciati con sentenza del Consiglio di Stato del 14 luglio 2016, su richiamata, e oramai consolidati (ovvero, concessioni demaniali in ossequio ai principi di cui alla direttiva Bolkestein, interesse transfrontaliero certo, da valutarsi caso per caso, eventuale legittimo affidamento da valutarsi anch'esso caso per caso, sussistenza della scarsità di risorse naturali, pacifica disapplicazione della proroga D.L. 194/09 e successiva norma della L. 160/2016, cd. *"salva spiagge"*) la stessa ritiene che il regime di

proroghe automatiche delle concessioni è contrario alle regole comunitarie e, in particolare, ai principi di libertà di stabilimento e tutela della concorrenza.

La Corte, infatti, richiama il recentissimo pronunciamento di Palazzo Spada (12 febbraio 2018 n. 873) che ha ritenuto *"irrelevante la sopravvenuta disposizione di cui all'articolo 24, comma 3-septies, del Dl 24 giugno 2016, n. 113, convertito dalla legge 7 agosto 2016, n. 160"*. In particolare, osservano i giudici amministrativi, *"tale disposizione, laddove stabilizza gli effetti della disciplina dichiarata in contrasto con il diritto euro-unitario, incorre essa stessa nel vizio di incompatibilità" e va, dunque, disapplicata. Mentre, per accedere alla eccezioni, previste dal paragrafo 3, dell'articolo 12, della direttiva 2006/123/CE, occorre "una valutazione in concreto, rapportata alla fattispecie specifica delle esigenze giustificatrici di una deroga al principio dell'evidenza pubblica funzionale all'apertura del mercato"*.

Per la Cassazione l'obbligo di disapplicazione *"graverebbe anche sul giudice penale"*. Infatti, *"il potere-dovere del giudice di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con la normativa comunitaria sussiste solo laddove tale ultima normativa sia dotata di efficacia diretta nell'ordinamento interno"*. *"Ed è indubbio -prosegue-, dopo la pronuncia della Corte costituzionale (n. 227/2010), che l'art. 12 della direttiva Bolkestein è self-executing"*.

In definitiva, prosegue la Corte, sussiste il reato di occupazione abusiva di area demaniale, per due ordini di motivi. Il primo è che le concessioni demaniali erano scadute e non potevano ritenersi prorogate, in quanto la proroga di quelle in scadenza al 31 dicembre 2015, sino al 31 dicembre 2020 (ai sensi del D.L. 194/2009, convertito in legge 25/2010), *"vale per le concessioni "nuove" (nel senso di successive al decreto), e cioè "in essere alla data di entrata in vigore del decreto e in scadenza"*, mentre tali non erano le concessioni originariamente emesse a favore del ricorrente.

Né, sul punto, ha innovato il D.L. n. 113/2016 (convertito in legge n. 160/2016) che si limita a prevedere che *"conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti"*, rapporti dunque, argomenta la Cassazione, riferiti alle sole concessioni *"nuove"*. Inoltre, come visto, la normativa di cui l'articolo 24, comma 3 septies, del D.L. 113/2016 *"deve essere disapplicata, poiché, laddove stabilizza gli effetti della disciplina dichiarata in contrasto con il diritto euro-unitario, incorre essa stessa nello stesso vizio di incompatibilità"* con la Bolkestein e il TFUE.

La sentenza della Corte di Cassazione penale appare contraddittoria in quanto disapplica la norma di proroga senza operare nessuna valutazione caso per caso sull'applicabilità dell'art. 12 della Direttiva Bolkestein, in contrasto con quanto affermato precedentemente nel contenuto stesso della pronuncia giurisprudenziale.

Il richiamo a tali pronunce giurisprudenziali è fondamentale non solo al fine di un aggiornamento sistemico per gli operatori del settore ma in quanto rappresenta un evidente segnale di necessità di un riordino della disciplina legislativa in tema di concessione demaniale marittima.

L'attuale maggioranza politica del Paese ha da sempre fatto registrare una posizione ostile nei confronti della cd. *"direttiva Bolkestein"*, la quale, anche sulla scorta delle parole di Frits Bolkestein, secondo il quale la Direttiva che porta il suo nome non dovrebbe applicarsi alle concessioni balneari, che sarebbero *"beni e non servizi"*, ha formulato un'interrogazione alla Commissione europea, avente ad oggetto l'interrogativo circa l'applicabilità della direttiva Bolkestein alle concessioni balneari. Nel frattempo, in attesa di un riordino della disciplina nazionale e nell'impossibilità di non attenersi alla normativa comunitaria, unica ancora di salvezza, nel bilanciamento tra i differenti interessi in gioco in tema di concessione demaniale marittima, sembrerebbe quella di far leva sul rispetto del criterio della ragionevolezza, tanto caro all'Europa, al pari del concetto di tutela della concorrenza.

Il Direttore Lavori ha più autonomia sulle riserve, ma anche più responsabilità

Il Regolamento recante “Approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell’esecuzione”, attribuisce alla Direzione Lavori poteri propulsivi e propositivi in materia di varianti, sfumando in tal senso i poteri del RUP.

di Emanuela Pellicciotti

IL
PUN
TO

1. L'inquadramento normativo

Il 30 maggio 2018 è entrato in vigore il Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 7 marzo 2018, n. 49 recante “Approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell’esecuzione”, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 111 del 15 maggio 2018 (in prosieguo anche il “Regolamento”).

Il Decreto, avente natura di Regolamento, disciplina i compiti e facoltà del Direttore Lavori e del Direttore dell’esecuzione, in ossequio a quanto disposto dall’art. 111, comma 1 del Codice dei contratti pubblici.

Detta norma, infatti, dispone che “Con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti... sono

approvate le linee guida che individuano le modalità e, se del caso, la tipologia di atti, attraverso i quali il direttore dei lavori effettua l’attività di cui all’articolo 101, comma 3, in maniera da garantirne trasparenza, semplificazione, efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e strumentazioni elettroniche anche per i controlli di contabilità. Con il decreto di cui al primo periodo, sono disciplinate, altresì, le modalità di svolgimento della verifica di conformità in corso di esecuzione e finale, la relativa tempistica, nonché i casi in cui il direttore dell’esecuzione può essere incaricato della verifica di conformità.”.

La norma primaria, dunque, indica già i contenuti del Regolamento, senza tuttavia attribuire a quest’ultimo il potere di estendere i compiti e facoltà già attribuiti dal Codice (in particolare, all’art. 101) al Direttore dei Lavori.

Tali compiti, stante il tenore letterale dell'art. 101 (e dell'art. 106) del Codice, non comprendono le attività propulsive/propositive, nei confronti del RUP, in tema di varianti – che saranno oggetto di analisi con il presente contributo -.

Tuttavia, gli articoli 8 e 22 del Regolamento fanno "guadagnare terreno" al Direttore dei Lavori, nella sua rincorsa per attingere quei poteri di direzione della commessa, tradizionalmente attribuiti al RUP. Forse questa commistione fra le due figure direttive/amministrative degli appalti pubblici si deve al tentativo di armonizzare la disciplina del Regolamento con la nuova impostazione data dal codice dei contratti pubblici, ove la figura del Direttore dei Lavori e quella del RUP sono preferibilmente coincidenti nella stessa persona (vds. art. 31, comma 5 D.Lgs. n. 50/2016).

Traccia di tale motivo ispiratore si ritrova anche nello stesso Regolamento, precisamente negli articoli 2 e 16 e, in maniera più sfumata, nell'art. 157 D.Lgs. n. 50/2016, dal quale prende le mosse l'ANAC, per la redazione delle Linee Guida n. 1 e n. 3.

In caso di coincidenza della persona del RUP con quella del Direttore dei Lavori, evidentemente, non si pongono problemi di coordinamento – in particolare per quanto concerne il tema dell'approvazione delle avarianti -; al più, l'appalto non potrà beneficiare di una doppia valutazione (sul lato tecnico e amministrativo), né potrà beneficiare di competenze specialistiche su ambedue i fronti, giacché entrambe le verifiche verranno effettuate in un'unica disamina.

Ma cosa accade se persone diverse ricoprono le funzioni di RUP e di Direttore dei Lavori?

Posta questa doverosa premessa normativa (dalla quale discende il quesito cui si tenderà di proporre soluzioni), che comunque può fornire anche utili chiavi interpretative, nel risolvere qualche (probabile e futuro) dubbio applicativo, si può particolarmente apprezzare, nel testo del Regolamento, la maggiore autonomia del Direttore dei Lavori in tema di varianti.

2. Le varianti ed il RUP

Le varianti, come noto, sono una delle problematiche sulle quali il Codice dei contratti pubblici ha maggiormente speso la sua *vis* regolatrice, nel tentativo di arginare un tema che – da fisiologico in ciascun appalto – si stava trasformando in un incontrollabile strumento di estensione degli appalti pubblici, con le conseguenti – ed evidenti – emorragie di denaro pubblico ed estensioni temporali imponderabili e, non ultimo, il danno di immagine che tutto ciò comporta, anche nei confronti di investitori esteri.

In tale contesto, l'art. 106 D.Lgs. n. 50/2016 ha provato a porre ordine, incanalando in regolare più stringenti i casi in cui il contratto può essere "modificato" (si noti, dunque, che le "varianti" vengono depotenziate a partire dal *nomen juris*, che ora le vede come semplici "modifiche").

Con ciò, non si vuole intendere che le stazioni appaltanti abbiano a disposizione meccanismi "semi-automatici" per adottare le modifiche contrattuali che si rendono necessarie: sarebbe quanto meno ingenuo, infatti, ritenere che le ragioni - così eterogenee (e pertinenti ai singoli appalti) - che possono comportare la necessità di adozione di una variante, si possano racchiudere in un meccanismo mosso esclusivamente da contrappesi fatti di proporzioni matematiche calcolate sull'ammontare del contratto.

Ed è proprio dalla lettura dell'art. 106 – in parallelo con il Regolamento – che risalta la figura del Direttore dei Lavori, quale soggetto tecnico che ha il compito di "attenzionare" la stazione appaltante sulle necessità della singola commessa, ove si ravvisasse la necessità di modificare il contratto di appalto.

In altri termini, è il Direttore dei Lavori che deve sensibilizzare la committenza sulla necessità tecnica di adottare varianti/modifiche, mentre al RUP sarebbe riservata una funzione meramente "amministrativa", di valutazione economica.

A ben guardare, questo "sbiadimento" della funzione tecnica del RUP si notava già nel passaggio

tra il D.P.R. n. 554/1999 ed il D.P.R. n. 207/2010 per quanto concerne il potere di validazione dei progetti: dunque, sembra proseguire il cammino del legislatore verso una sorta di divisione fra le competenze tecniche ed amministrative (intendendo, con tale termine, anche quelle più strettamente giuridiche) all'interno delle figure gestionali delle commesse pubbliche, affidando le prime al Direttore dei Lavori e le seconde al RUP. La conseguenza di questo passaggio, se portata agli estremi, è che viene a mancare il doppio passaggio di controllo (tecnico ed amministrativo, vagliati sia dalla Direzione Lavori, che dal RUP), a favore di una sorta di procedura di dialogo istituzionale fra le due funzioni/organi, che andrà poi composto da una decisione della stazione appaltante.

Altro elemento sintomatico di tale orientamento si può intravedere nell'art. 31, comma 11 D.Lgs. n. 50/2016, ove il legislatore afferma che *"nel caso in cui l'organico della stazione appaltante presenti carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della specifica professionalità necessaria per lo svolgimento dei compiti propri del RUP ... i compiti di supporto all'attività del RUP possono essere affidati, con le procedure previste dal presente codice, ai soggetti aventi le specifiche competenze di carattere tecnico, economico-finanziario, amministrativo, organizzativo e legale, dotati di adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali ..."*; il RUP, quindi, può anche non essere tecnicamente all'altezza della complessità tecnica della commessa, perché – ove fosse – egli sarebbe affiancato da apposito personale di supporto.

Di questo delicato passaggio si occupa – per la verità, in modo un po' schematico – il paragrafo 4 delle Linee Guida ANAC n. 3, in cui dapprima si afferma che *il RUP deve essere in possesso di specifica formazione professionale, soggetta a costante aggiornamento, e deve aver maturato un'adeguata esperienza professionale nello svolgimento di attività analoghe a quelle da realizzare in termini di natura, complessità e/o importo dell'intervento*, ma subito a seguire si precisa che *per i lavori e per i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura il RUP deve essere un tecnico abilitato all'esercizio della professione o, quando l'abilitazione non sia*

prevista dalle norme vigenti, un tecnico anche di qualifica non dirigenziale ed, inoltre, si prevede che in caso di assenza di idonea figura in organico, il ruolo di RUP può essere affidato a un dirigente o dipendente amministrativo. In tale evenienza, la stazione appaltante valuta se, per il particolare oggetto dell'appalto, è necessaria la costituzione di una struttura di supporto ai sensi dell'art. 31, comma 11, del codice.

Analogamente, il Regolamento – agli articoli 2 e 16 – segue il medesimo filo conduttore e, di conseguenza, detta le norme che regolano i rapporti fra RUP e Direttore dei Lavori (e dell'esecuzione) attraverso l'archetipo: *"Il direttore dei lavori riceve dal RUP le disposizioni di servizio mediante le quali quest'ultimo impartisce le indicazioni occorrenti a garantire la regolarità dei lavori, fissa l'ordine da seguirsi nella loro esecuzione, quando questo non sia regolato dal contratto ... Nell'ambito delle disposizioni di servizio impartite dal RUP al direttore dei lavori resta di competenza di quest'ultimo l'emanazione di ordini di servizio all'esecutore in ordine agli aspetti tecnici ed economici della gestione dell'appalto. ... Fermo restando il rispetto delle disposizioni di servizio impartite dal RUP, il direttore dei lavori opera in autonomia in ordine al controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione dell'intervento."*

Anche da tale "procedura di dialogo", dunque, emerge l'autonomia tecnica del Direttore dei Lavori, il quale riceve dal RUP "solo" indicazioni di natura "amministrativa".

Il che, rappresenta un elemento innovatore rispetto a quanto disponeva l'art. 10, comma 1, lett. v) D.P.R. n. 207/2010, secondo il quale *"il responsabile del procedimento fra l'altro: ... assicura che ricorrano le condizioni di legge previste per le varianti in corso d'opera;"*.

3. Le varianti ed il Direttore dei Lavori

Il Regolamento in esame, all'art. 8 (e l'art. 22, per il direttore dell'esecuzione), assegna al Direttore dei Lavori funzioni di valutazione tecnica e di figura propositiva delle varianti.

Tali compiti erano già previsti dall'art. 161 D.P.R. n. 207/2010, ma nell'attuale Regolamento appaiono caratterizzati da maggiore autonomia – appunto per quanto concerne le valutazioni tecniche -.

Ciò, come detto, nella complessa architettura dell'art. 106 del Codice dei contratti pubblici – ove è necessaria la figura di un tecnico, che si faccia "ambasciatore" verso la stazione appaltante per le necessità di "modifica" dei contratti di appalto – rende la figura del Direttore dei Lavori un elemento nodale (e sempre più indipendente dal RUP) per le decisioni da assumersi in ordine alle varianti.

Inoltre, il Direttore dei Lavori dialoga direttamente con la stazione appaltante in ordine alle riserve: infatti l'art. 9 (e così anche l'art. 21 per il Direttore dell'esecuzione) prevedono che *"il direttore dei lavori, per la gestione delle contestazioni su aspetti tecnici e delle riserve, si attiene alla relativa disciplina prevista dalla stazione appaltante e riportata nel capitolato d'appalto."* – con la sola puntualizzazione, indicata nel parere del Consiglio di Stato n. 360/2018 (reso proprio sul testo del Regolamento), che la stazione appaltante indichi con la massima puntualità la disciplina delle contestazioni -.

Per quanto concerne le "modifiche" contrattuali, poi, l'art. 8 segue l'ordine indicato dall'art. 106 del Codice dei contratti pubblici e chiarisce che l'aspetto tecnico dell'istruttoria grava proprio sul Direttore dei Lavori, che riporterà al RUP – ma senza specificare se e come quest'ultimo possa entrare nel merito, sempre tecnico, di tale reportistica; anzi in taluni casi – come per le varianti di cui all'art. 106, comma 1, lett. c) – facendo emergere il ruolo squisitamente amministrativo riservato al RUP.

A fronte di tale maggiore responsabilizzazione, si pone un delicato tema di opportunità di adeguamento delle assicurazioni per la responsabilità civile del Direttore dei Lavori giacché, al momento, le polizze-tipo autorizzate con il D.M. n. 31/2018 (che ha formalmente abrogato il D.M. n. 123/2004) non appaiono allineate con le ampie facoltà attribuite a tale professionista.

Con ciò, si vuole sottolineare che – nel precedente sistema normativo – il Direttore dei Lavori trovava nel RUP un soggetto tecnico, con il quale condividere la responsabilità (sempre in senso tecnico) delle valutazioni contrattuali effettuate.

Con l'entrata in vigore del Regolamento, invece, il RUP non è chiamato (quanto meno, non espressamente, come in precedenza) a valutare tecnicamente le risultanze delle verifiche effettuate dal Direttore dei Lavori, limitandosi a recepirne gli esiti e ad esaminare le varie tematiche a lui sottoposte, sotto il profilo più marcatamente amministrativo.

Senza pretesa di esaustività, si vogliono qui valorizzare i casi in cui appare più evidente l'indipendenza tecnica del Direttore dei Lavori, così come configurata nel Regolamento - con avvertenza che le riflessioni svolte in merito ai lavori, si possono esportare anche al Direttore dell'esecuzione, per i servizi e forniture -.

La casistica che si andrà ad analizzare, dunque, non apparirà così innovativa al lettore attento, potendosene già ravvisare gli elementi fondanti nel corpus dell'art. 161 D.P.R. n. 207/2010: ciò che cambia, tuttavia, è l'impostazione generale, per cui il Direttore dei Lavori non trova più nel RUP un soggetto dotato del potere istituzionale di sindacare il merito tecnico delle sue valutazioni.

In linea generale, dunque, il direttore dei lavori fornisce al RUP l'ausilio necessario per gli accertamenti in ordine alla sussistenza delle condizioni di cui all'articolo 106 del codice.

Tuttavia, la norma si affretta a precisare che, con riferimento ai casi indicati dall'articolo 106, comma 1, lettera c), del codice, il direttore dei lavori descrive la situazione di fatto ai fini dell'accertamento da parte del RUP della sua non imputabilità alla stazione appaltante, della sua non prevedibilità al momento della redazione del progetto o della consegna dei lavori e delle ragioni per cui si rende necessaria la variazione.

Dunque, sulle varianti necessitate da "imponderabili ed incolpevoli evenienze" – statisticamente, tra le più frequenti -, tutto il peso della valutazione

tecnica (compreso, sembra, il giudizio sulla "imponderabilità tecnica") grava sul Direttore dei Lavori.

Tornando ai suoi compiti generali, troviamo il nucleo della funzione propria del Direttore dei Lavori, il quale *propone al RUP le modifiche, nonché le varianti dei contratti in corso di esecuzione e relative perizie di variante, indicandone i motivi in apposita relazione da inviare al RUP, nei casi e alle condizioni previste dall'articolo 106 del codice.*

A tale amplissima facoltà, si accompagna una altrettanto imponente responsabilità – cui potrebbe corrispondere una pari de-responsabilizzazione dell'organo della stazione appaltante, nel caso di Direttore dei Lavori non coincidente con la persona fisica del RUP -.

Infatti, i commi 2 e 3 dispongono che *il direttore dei lavori risponde delle conseguenze derivanti dall'aver ordinato o lasciato eseguire modifiche o addizioni al progetto, senza averne ottenuto regolare autorizzazione, sempre che non derivino da interventi volti ad evitare danni gravi a persone o cose o a beni soggetti alla legislazione in materia di beni culturali e ambientali o comunque di proprietà delle stazioni appaltanti. ... In caso di modifiche al progetto non disposte dal direttore dei lavori, quest'ultimo fornisce all'esecutore le disposizioni per la rimessa in pristino con spese a carico dell'esecutore stesso.*

Anche se non apertamente, il comma 5 lascia intuire che il Direttore dei Lavori sia competente anche per la formulazione dei "nuovi prezzi" , giacché, sul punto, la norma dispone che: *"le variazioni sono valutate in base ai prezzi di contratto, ma se comportano categorie di lavorazioni non previste o si debbano impiegare materiali per i quali non risulta fissato il prezzo contrattuale si provvede alla formazione di nuovi prezzi. I nuovi prezzi delle lavorazioni o materiali sono valutati: a) desumendoli dai prezzari di cui all'articolo 23, comma 16 del codice, ove esistenti; b) ricavandoli totalmente o parzialmente da nuove analisi effettuate avendo a riferimento i prezzi elementari di mano d'opera, materiali, noli e trasporti alla data di formulazione dell'offerta, attraverso un contraddittorio tra il direttore dei*

lavori e l'esecutore, e approvati dal RUP."

Interessante, in particolare, è la facoltà di cui al comma 7, per cui *"il direttore dei lavori può disporre modifiche di dettaglio non comportanti aumento o diminuzione dell'importo contrattuale, comunicandole preventivamente al RUP."*; in altri termini, al Direttore dei Lavori viene demandato l'apprezzamento – in concreto – sulla realizzazione delle "varianti tecniche", con la sola condizione che siano realizzate "a costo zero". Il che, tenuto conto della fluttuabilità dei costi delle apparecchiature e delle possibili scorte di magazzino – fisiologiche per gli appaltatori –, potrebbe preludere a modifiche tecniche, soprattutto nel settore impiantistico.

Infine, il comma 8 mostra l'autonomia di valutazione del Direttore dei Lavori anche per quanto concerne le "varianti migliorative" proposte dall'appaltatore: in merito, infatti, il Direttore dei Lavori ha il compito di redigere un parere sulla perizia tecnica ed economica predisposta dall'appaltatore e di trasmettere entrambi al RUP, costituendosi – ancora una volta – come un "filtro tecnico" sulle valutazioni espresse dall'appaltatore.

4. Conclusioni

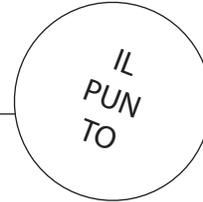
In conclusione, quindi, si dovrà monitorare il flusso degli eventi, che porterà ad una migliore comprensione delle funzioni e limiti - e correlate responsabilità - attribuite al Direttore dei Lavori in forza del Regolamento.

Una chiave interpretativa potrà rinvenirsi nell'auspicata indipendenza del Direttore dei Lavori sulle valutazioni tecniche relative alle "modifiche" nei contratti pubblici, ricordando che il legislatore ha da tempo intrapreso un simile percorso.

In tal caso, un'attenzione sempre più puntuale dovrà essere attribuita – da parte della stazione appaltante – nella formulazione dei capitolati e contratti, onde restringere le aree di discrezionalità e – da parte dei professionisti – nell'acquisire coperture assicurative in linea con le funzioni (e la discrezionalità tecnica assai più ampia) attribuite dal Regolamento.

Oneri della sicurezza aziendale e congruità offerta

di Pier Luigi Gianforte



Prosegue la pubblicazione di questo ulteriore contributo tecnico dopo i precedenti due articoli che trattavano:

- 1) l'excurus storico-normativo;
- 2) la macro fase della progettazione.

Nel presente articolo quindi, in coerenza, si tratterà della ulteriore macrofase relativa all'affidamento. Nella fase dell'affidamento la sicurezza inerisce, in particolare, nella processo endoprocedimentale della verifica di congruità dell'offerta.

In questa fase la stazione appaltante è tenuta a verificare che l'offerta presentata dal concorrente sia congrua, ovvero permetta allo stesso di conseguire un utile che sia positivo (*rectius*

superiore allo zero).

Il D.lgs. 50/2016 all'art. 97 dispone testualmente:
Art. 97. Offerte anormalmente basse

1. Gli operatori economici forniscono, su richiesta della stazione appaltante, spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse, sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta.

2. Omissis

3. Omissis

*5. La stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni. **Essa esclude l'offerta solo se***

la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o **se ha accertato**, con le modalità di cui al primo periodo, **che l'offerta è anormalmente bassa in quanto**: (disposizione corretta con errata corrige del 15-07-2016).

a) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3.

b) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 105;

c) **sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 95, comma 10 rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture**; disposizione corretta con errata corrige del 15-07-2016; disposizione modificata dal DLgs 56-2017 in vigore dal 20-5-2017

d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16 (disposizione corretta con errata corrige del 15-07-2016).

6. Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge. **Non sono, altresì, ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza di cui al piano di sicurezza e coordinamento previsto dall'articolo 100 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81.** La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa. (disposizione corretta con errata corrige del 15-07-2016).

.....

Non può, questa, essere la sede per illustrare i molteplici pronunciamenti giurisprudenziali avuto riguardo al tema generico delle congruità delle offerte con i vari e più puntuali risvolti riguardanti le modalità di svolgimento delle verifiche, l'obbligo di riferimento ai mercuriali e tariffari ufficiali ovvero alle modifiche che possono intervenire tra i prezzi indicati in sede di offerta e quelli giustificati.

Un filone giurisprudenziale di recente proliferazione è quello scaturito dalla omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendale a seconda delle previsioni del bando e sulla conseguente

applicazione del soccorso istruttorio.

Sulla questione lo scrivente si è espresso per tempo e prima della statuizione del D.lgs. 50/16 con specifico articolo in cui si focalizzava la natura degli oneri della sicurezza aziendale e la loro scarsa rilevanza economica nel contesto complessivo della commessa (vedasi in merito l'articolo realizzato in collaborazione con l'avv. Raffaele Pelillo).

In ogni caso è bene rammentare che **l'offerta di ogni concorrente è formulata sulla base della specificità della propria organizzazione e gli elementi di costo di ogni singola offerta devono essere valutati in relazione a quella specificità**. Pertanto, l'esame dell'anomalia deve essere condotto in modo da evidenziare il carattere irrealistico dell'offerta, verificando se le voci di spesa su cui si fonda il calcolo effettuato dal concorrente siano fittizie o lontane dalla normale pratica nel settore. Tale indagine deve tenere conto della libertà di cui ciascuna impresa dispone nell'organizzare la propria struttura ed il personale. (T.A.R. Sardegna, sez. I, 24 febbraio 2011, n. 162).

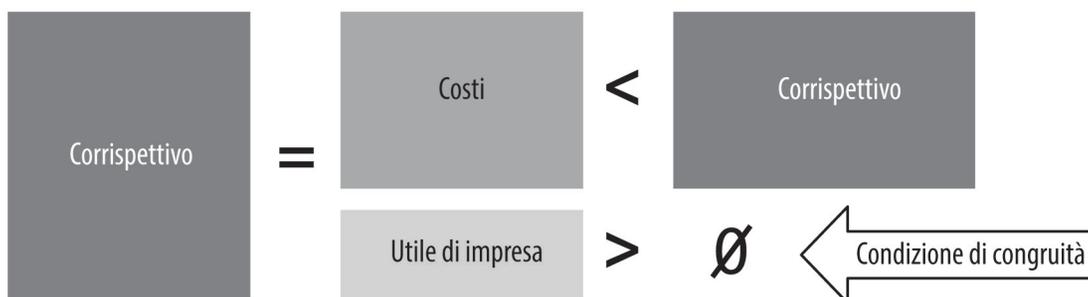
Illuminante nei criteri generali sottesi è l'ulteriore pronunciamento del Consiglio di Stato (sez. III, 10/3/2016, n. 962) che partendo dalla precisazione che, *"pur essendo vero che il giudizio sull'anomalia postula un apprezzamento globale e sintetico sull'affidabilità dell'offerta nel suo complesso, e che nel contraddittorio procedimentale afferente al relativo segmento procedurale sono consentite compensazioni tra sottostime e sovrastime di talune voci dell'offerta economica (ferma restando la sua strutturale immutabilità) tutto ciò incontra un doppio limite invalicabile.*

In primo luogo, il concorrente non può dare luogo a una radicale modificazione della composizione dell'offerta che ne alteri l'equilibrio economico (allocando diversamente rilevanti voci di costo nella sola fase delle giustificazioni), e, in secondo luogo, la revisione della voce degli oneri di sicurezza aziendale esige una separata identificabilità ed una rigida inalterabilità, a presidio degli interessi pubblici sottesi alla relativa disciplina legislativa, per come interpretata e valorizzata dalle decisioni dell'Adunanza Plenaria (nn. 3 e 9 del 2015).

Da ciò consegue che, per un verso, il giudizio di inattendibilità dell'offerta può legittimamente investire specifiche voci di costo (Cons. St., sez. V, 15 gennaio 2015, n.89), quando le stesse assumano una rilevanza tale da inficiare, di per sé, la serietà dell'offerta, e che, per un altro, la valutazione di quest'ultima possa legittimamente appuntarsi sulla congruità dei soli oneri di sicurezza aziendale, quale segmento dell'offerta che ha ricevuto dal legislatore una peculiare e specifica regolazione (art. 87, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006), che implica, a sua volta, una autonoma rilevanza della relativa voce, a protezione delle

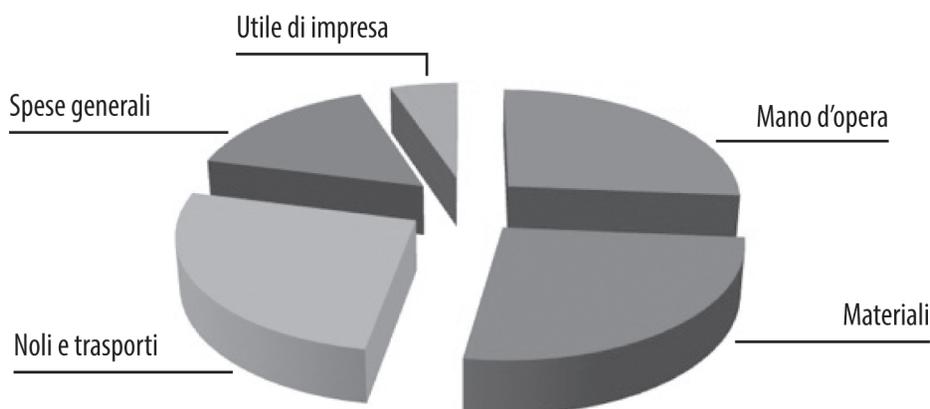
incomprimibili esigenze pubblicistiche soddisfatte dal regime normativo di riferimento.

Se così non fosse, infatti, si verrebbe all'inaccettabile conseguenza di consentire un'indiscriminata ed arbitraria modifica postuma della composizione dell'offerta economica (nella fase del controllo dell'anomalia), con il solo limite del rispetto del saldo complessivo." Fatta questa doverosa seppur parziale premessa occorre accennare a come i costi della sicurezza si inseriscano nell'ambito della verifica di congruità del corrispettivo offerto:



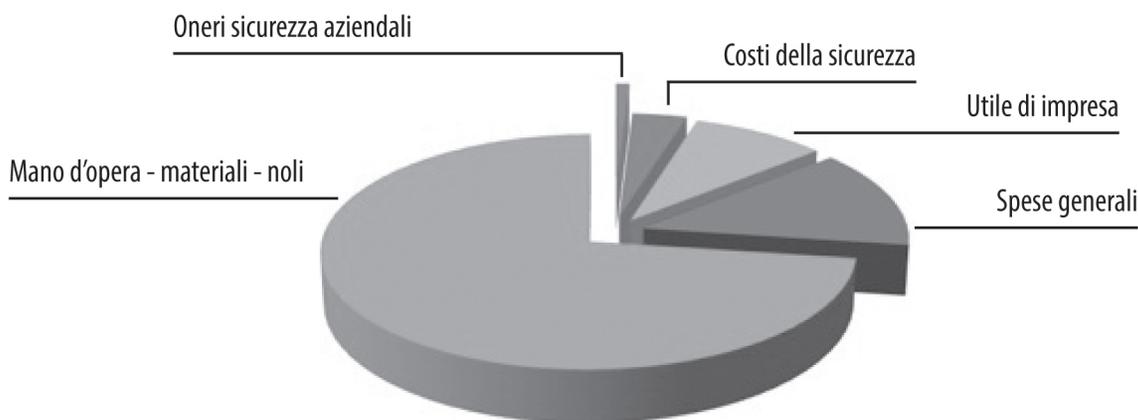
La verifica di congruità sarà attuata sulla base di un calcolo analitico (analisi prezzi) predisposto dall'appaltatore e presentato alla stazione appaltante con la connessa documentazione probatoria che acclari la sussistenza di un utile di impresa.

La determinazione del predetto utile (di commessa) dovrà essere effettuata prendendo a riferimento le seguenti componenti dei costi:



Si riporta a seguire un grafico che rende l'idea visivamente di tale condizione (gli oneri della sicurezza aziendali farebbero parte delle spese

generali ma sono stati evidenziati a parte per evidente necessità di confronto):



Orbene, gli oneri aziendali della sicurezza rientrano, sicuramente, tra le spese generali della commessa e vanno documentate attraverso le effettive spese che l'azienda sostiene per gli adempimenti relativi alla prevenzione e protezione dei lavoratori in materia di sicurezza.

È evidente che sulla commessa di che trattasi viene ad imputarsi una quota parte delle spese che complessivamente l'azienda sostiene per tutte le commesse in atto.

A titolo esemplificativo, può essere individuato l'elenco degli elementi costituenti gli oneri della sicurezza aziendali con l'ausilio delle assai chiare ed esaustive "Linee Guida per il calcolo dei costi e degli oneri della sicurezza e per la determinazione del costo presunto della manodopera nell'affidamento dei lavori pubblici", ex art. 23 della Legge regionale Umbria n. 3 del 21 gennaio 2010:

- 1) Sistema di gestione della sicurezza aziendale:
 - a. Documento di Valutazione dei Rischi o Autocertificazione;
 - b. Valutazioni dei rischi specifici (es. rumore, vibrazioni, chimico ecc);
 - c. Servizio di prevenzione e protezione (compresi costi di formazione-informazione ed addestramento RSPP, ASPP, RLS);
 - d. Dirigenti e Preposti (compresi costi di formazione-informazione ed addestramento);
 - e. Rappresentante dei lavoratori della

sicurezza;

- f. Medico Competente;
- g. Addetti alla gestione delle emergenze e al primo soccorso (compresi costi di formazione-informazione ed addestramento relativo all'antincendio e al primo soccorso);
- h. Presenza di un sistema di gestione certificato;
- i. Assicurazioni sugli infortuni e sulle malattie professionali (INAIL ecc);
- j. Gestione della documentazione obbligatoria (Libro Unico, Registro Infortuni, ecc).

2) Gestione del personale:

- a. Sorveglianza sanitaria;
- b. Formazione, Informazione ed addestramento specifico (all'assunzione, periodica, uso macchine, montaggio ponteggi, DPI di 3° categoria ecc);
- 3) Macchine, attrezzature, impianti e simili:
 - a. Manutenzione;
 - b. DPI e dotazioni varie.

Gestione del Cantiere:

- a. Costo relativo al servizio di prevenzione e protezione per l'impegno relativo al singolo cantiere;
- b. Costo relativo al RLS per l'impegno relativo al singolo cantiere;
- c. Costo relativo al Medico Competente per l'impegno relativo al singolo cantiere;

- d. Costo relativo alla presenza continuativa di addetti alla gestione antincendio, primo soccorso e gestione delle emergenze relativo al singolo cantiere;
- e. Costo relativo ai Dirigenti per l'impegno relativo al singolo cantiere;
- f. Costo relativo ai Preposti per la presenza costante (compresa quella specifica richiesta ad esempio per montaggio, smontaggio e trasformazione dei ponteggi, per l'esecuzione di lavori in quota, per l'esecuzione di demolizioni ecc) relativo al singolo cantiere;
- g. Gestione, da parte dell'Impresa (o raggruppamento) titolare dell'appalto, delle Imprese subappaltatrici, dei sub affidatari, dei lavoratori autonomi e dei fornitori, in termini di azioni di coordinamento riguardo la parte della sicurezza che è in capo alla singola impresa, lavoratore autonomo o fornitore;
- h. Formazione-informazione specifica per gli addetti impegnati nel singolo cantiere;
- i. Costo relativo alle riunioni con RLS o RSLT relativo al singolo cantiere;
- j. Costo relativo alla documentazione (POS, PSS, PiMUS, verifiche strutturali, relazioni o indagini specifiche ecc);
- k. Apprestamenti non riconducibili a quelli eventualmente previsti dal PSC (es. mantovana

- parasassi);
- l. Servizi igienico assistenziali non riconducibili a quelli eventualmente previsti dal PSC (spogliatoi, refettori, bagni, ecc);
- m. Segnaletica di sicurezza non riconducibile a quella eventualmente prevista dal PSC;
- n. Dispositivi di protezione (collettivi ed individuabili) non riconducibili a quelli eventualmente previsti dal PSC;
- o. Impianto elettrico, idrico e fognante di cantiere per la quota riconducibile alla sicurezza dei lavoratori;
- p. Oneri "più comuni" previsti dai capitolati speciali d'appalto per la quota riconducibile alla sicurezza dei lavoratori.

Gli oneri della sicurezza aziendali siano costituiti sostanzialmente da oneri fissi che prescindono dal numero di commesse in capo all'azienda ed incidono solamente in quota parte su ciascuna commessa, come può ricostruirsi secondo il modello matematico che segue:

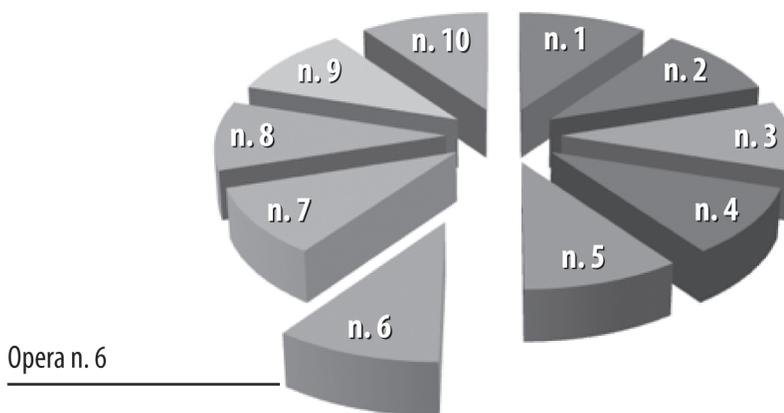
$$I_{osa} = OSA/N_c \text{ (espressione n. 1)}$$

dove

I_{osa} = Incidenza Oneri sicurezza aziendale su ciascuna commessa;

OSA = Oneri sicurezza aziendali complessivi;

N_c = Numero di commesse affidate annualmente all'azienda.



Si riporta di seguito un esempio pratico di calcolo degli oneri aziendali della sicurezza. Al fine quindi di estrapolare i costi aziendali della sicurezza riguardanti una sola commessa è stata

effettuata una comparazione economica tra il valore della produzione complessiva dell'anno 2016 ed il valore dell'appalto di che trattasi in riferimento ai costi sostenuti per l'anno 2016.

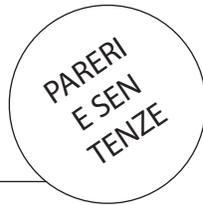
A		Totale fatturato anno 2016:		€ 20,398,317,00	
B		"Costi" aziendali sicurezza		€ 132.588,87	
	B1	Sicurezza/POS/Pimus/DVR/Valutazione rischi specifici(rischio chimico, rumore, vibrazione)/ Formazione	€ 320,00		
	B2	Sicurezza/POS/Pimus/DVR/Valutazione rischi specifici(rischio chimico, rumore, vibrazione)/ Formazione	€ 8.041,02		
	B3	Idoneità sanitarie/protocollo sanitario/Relazione sanitaria/Valutazione dei POS/Rischi sanitari/ Sopralluoghi sui cantieri	€ 7.662,50		
	B4	Visite mediche	€ 3.204,71		
	B5	Visite mediche	€ 800,00		
	B6	Visite mediche	€ 211,64		
	B7	Manutenzione estintori	€ 140,00		
	Ai costi come dianzi calcolati deve essere aggiunta la stima di tutte le voci previste ope legis:				
	B8	Responsabile del Servizio Prevenzione e Protezione	€ 6.000,00		
	B9	Addetto/i al SPP Rischi	€ 7.000,00		
	B10	Informazione	€ 5.000,00		
	B11	Addestramento obbligatorio	€ 5.000,00		
	B12	Primo soccorso (attrezzature di primo soccorso, cassette di medicazione ecc.) (art. 45 D.lgs. 81/2008)	€ 5.000,00		
	B13	Personale addetto/i al Primo soccorso (relativa formazione, aggiornamento ecc.) (art. 45, comma 2)	€ 3.000,00		
	B14	Personale addetto/i alla Prevenzione incendi (relativa formazione, aggiornamento ecc.) (art. 46, comma 3, lett. b)	€ 6.000,00		
	B15	Attività per la manutenzione dei requisiti di sicurezza delle attrezzature di lavoro aziendali (Allegato XV.1 punto 2 DLgs 81/2008)	€ 7.000,00		
	B16	DPI dati in uso ai Lavoratori non previsti in PSC	€ 32.209,00		
	B17	DPC non previsti in PSC	€ 10.000,00		
	B18	Sistema di gestione di sicurezza aziendale PHSAS 18001	€ 15.000,00		
B19	Adozione ed attuazione di modelli di organizzazione e gestione della sicurezza asseverati da organismi paritetici	€ 11.000,00			
C	C1	TOTALE APPALTO	€ 1.331.934,58		
	C2	ONERI DELLA SICUREZZA non soggetti a ribasso	€ 58.529,95		
	C3	MANODOPERA AL NETTO DI ONERI DELLA SICUREZZA, S.G. E U.I.	€ 427.181,23		
	C4=C1-C2-C3	TOTALE OPERE SOGGETTE A RIBASSO D'ASTA	€ 846.223,40		
	C5=C4*0,52063	Ribasso del 52,063%	€ 440.569,29		
	C6=C4-C5	Restano	€ 405.654,11		
	C7=C2+C3+C6	Importo contrattuale		€ 891.365,29	
D	A:B=C7:D	Stima oneri sicurezza aziendali nella commessa di che trattasi		€ 5.793,87	

L'esempio di cui sopra evidenzia come, soprattutto per operatori economici aventi fatturati significativi, l'incidenza degli oneri aziendali della sicurezza risulti trascurabile nell'ambito della commessa (meno dell'1%).

Residuano ovviamente casi particolari in cui, per l'attuazione della commessa, l'operatore economico debba implementare il proprio sistema; si pensi per esempio ad un'impresa che esegue di prassi lavori stradali a cui venga commissionata la

realizzazione di protezione di affioramenti rocciosi. In tal caso, ed in disparte ogni questione sul possesso delle categorie di qualificazione, il partecipante dovrà rendicontare i propri costi della sicurezza aziendale secondo i criteri precedentemente illustrare e quantificare in via predittiva i costi specifici per la informazione, formazione ed addestramento del personale, revisione ed integrazione documentale e sanitaria (e relative attrezzature) necessarie per l'effettuazione dei lavori su parete.

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. V, 25/6/2018, n. 3921

La competenza dei membri della commissione giudicatrice non opera vincolativamente per tutti i componenti della Commissione di gara, ma solamente per la maggioranza di essi

“Con il primo motivo di appello, la società <<...>> denuncia la scorretta composizione della Commissione giudicatrice – in violazione dell’art. 77 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, secondo cui la stessa deve essere formata da “esperti nello specifico settore cui afferisce l’oggetto del contratto” –dovuta alla presenza di un Presidente “.....” non appartenente ad alcuna delle categorie professionali indicate nella lex specialis di gara (allegato H) tra quelle al cui interno il Rup avrebbe dovuto scegliere i componenti della stessa, ossia “Ingegneri, Architetti e Geometri”. La composizione della Commissione appare infatti coerente con i principi applicativi dell’art. 77 cit. individuati da questa Sezione, da ultimo con il precedente del 4 dicembre 2017, n. 5694, a mente del quale, in un collegio analogo a quello su cui si discute, “la competenza della Commissione potrà ritenersi concretamente soddisfatta “allorché due dei suoi tre componenti siano portatori di una specifica competenza nel settore cui il singolo appalto si riferisce ed il terzo membro vanti comunque una competenza tecnica generale in materia di pubbliche gare”.

Risulta infatti dagli atti che nel caso di specie due dei tre membri della Commissione venivano scelti tra “tecnici” con competenze ed esperienze specifiche nel settore oggetto dell’appalto, ossia un ingegnere ed un geometra (ferma peraltro la possibilità di attribuire all’espressione “tecnico” o “esperto nello specifico settore” un significato estensivo, in ragione delle competenze eterogenee richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare: Cons. Stato, III, 14 dicembre 2015 n. 5670), laddove il terzo membro veniva individuato nella persona del Segretario generale del Comune di Empoli, in coerenza – peraltro – proprio con quanto previsto dall’allegato H della lex specialis di gara, richiamato dall’appellante (a mente del quale “Il Presidente di Commissione, nel rispetto del D.Lgs. n. 267/2000, potrà essere solo un Dirigente o Responsabile di servizio con posizione organizzativa legittimato a svolgere funzioni dirigenziali”).

Deve pertanto ritenersi, conclusivamente, che l’indicazione di cui all’allegato H) della lex specialis non operi vincolativamente per tutti i componenti della Commissione di gara, ma solamente per la maggioranza di essi, nei termini di cui al richiamato precedente giurisprudenziale e – comunque – non necessariamente per il Presidente, attesa la specifica previsione che lo riguarda.”

TAR Veneto, Sez. III, 25/6/2018, n. 689

"le stazioni appaltanti godono di ampia discrezionalità nel determinare le formule in base alle quali attribuire il punteggio per la valutazione dell'offerta economica"

"...la formula utilizzata dalla stazione appaltante al fine di attribuire il richiamato punteggio ($X = P_i \times C / P_o$, laddove P_i indica la migliore offerta economica; C indica il punteggio economico e P_o indica l'offerta del singolo candidato), pur se opinabile, non risulta affetta dai lamentati profili di irragionevolezza. ...in base a un consolidato orientamento di questo Consiglio di Stato, le stazioni appaltanti godono di ampia discrezionalità nel determinare le formule in base alle quali attribuire il punteggio per la valutazione dell'offerta economica (in tal senso – ex multis -: Cons. Stato, V, 10 agosto 2016, n. 3579; id., V, 29 ottobre 2014, n. 5375; id., V, 15 luglio 2013, n. 3802).

Vero è che la formula utilizzata nel caso in esame finisce per non determinare eccessive differenziazioni fra le singole offerte (anche a fronte di ribassi apprezzabilmente diversi), ma è anche vero che essa garantisce pur sempre un collegamento proporzionale (e in sé non irragionevole) fra l'entità del ribasso e la conseguente attribuzione del punteggio.

Non può del resto ritenersi (al contrario di quanto sembra ritenere l'appellante) che l'unico legittimo criterio di attribuzione del punteggio economico sia quello che assegna il punteggio massimo al maggiore ribasso e un punteggio pari a zero al minore ribasso.

Si osserva, del resto, che anche l'adesione a tale criterio (in sé, idoneo ad attribuire sempre e comunque l'intero range del punteggio a disposizione per la componente economica, come auspicato dall'appellante) determinerebbe l'effetto – anch'esso opinabile – di produrre ingiustificate ed 'estreme' valorizzazioni delle offerte economiche anche laddove il minimo ribasso e quello massimo si differenziassero per pochi punti percentuali" (Cons. Stato, Sez.V, sent. 10 aprile 2018, n.2185)."

Consiglio di Stato, Sez. III, 22/6/2018, n. 3861

Applicazione della clausola sociale tra principi comunitari e nazionali

"...la cd. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost., che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto. Corollario obbligato di questa premessa è che tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente; 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 (Cons. St., sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078). Quindi, secondo questo condivisibile indirizzo la clausola sociale funge da strumento per favorire la continuità e la stabilità occupazionale dei lavoratori, ma nel contempo non può esser tale da comprimere le esigenze organizzative dell'impresa subentrante, che ritenga di potere ragionevolmente svolgere il servizio utilizzando una minore componente di lavoro rispetto al precedente gestore e, dunque, ottenendo in questo modo economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento (Cons. St., sez. V, 7 giugno 2016, n. 2433; id., sez. III, 30 marzo 2016, n. 1255; id. 9 dicembre 2015, n. 5598; id. 5 aprile 2013, n. 1896; id., sez. V, 25 gennaio 2016, n.

242; id., sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890).

Proprio nell'ottica del contemperamento di tali opposte esigenze (la libertà di impresa e la necessità di conservare il posto di lavoro ai dipendenti del gestore uscente) oltre alla possibilità di distarre un lavoratore, assunto in virtù della clausola sociale, in altra commessa, la giurisprudenza (Cons. St., sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078) ha affermato che 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; 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 (Cons. St., sez. III, 30 marzo 2016, n. 1255)."

TAR Lazio, Sez. II, 14/06/2018, n. 6655

Legittimità del provvedimento di esclusione per garanzia provvisoria stipulata dopo il termine di presentazione delle offerte

"...nel caso di specie, il provvedimento di esclusione è legittimo poiché, a mezzo del soccorso istruttorio, è stato acclarato che la cauzione provvisoria è stata stipulata successivamente alla scadenza del termine di presentazione delle domande (31 gennaio 2018), sicché una regolarizzazione postuma di un elemento essenziale dell'offerta mancante ab initio avrebbe concretizzato una disparità di trattamento rispetto alle altre imprese partecipanti alla procedura di gara, le quali si sono attenute al predetto termine di scadenza previsto dalla lex specialis di gara per il rilascio della cauzione provvisoria; l'art. 93, comma 1, del d.lgs. 50/2016 prevede che l'offerta sia corredata da una garanzia fideiussoria e tale adempimento, per come espresso dalla disposizione citata, è da considerarsi doveroso, a garanzia della serietà e affidabilità dell'offerta sotto il profilo economico; pertanto, non vale invocare la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione per dimostrare l'illegittimità del provvedimento impugnato, poiché la stazione appaltante ha correttamente interpretato la disposizione dell'art. 93, comma 1, del d.lgs. 50/2016, come prescrittiva di un adempimento ineludibile da parte dell'offerente;"

Consiglio di Stato, Sez. V, 13/6/2018, n. 3623

Abrogazione del principio di corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione e necessità delle qualificazione delle imprese che eseguono le prestazioni

"...circostanza dell'intervenuta abrogazione dell'art. 37, comma 13, del d.lgs. n. 163 del 2006, che stabiliva il principio di corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione delle prestazioni.

Ed infatti, seppure non vige più il principio di necessaria corrispondenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della lex specialis (Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2014, n. 27), permane la necessità che ciascuna impresa sia qualificata per la parte di prestazioni che si impegna ad eseguire (Cons. Stato, V, 22 agosto 2016, n. 3666), specie negli appalti di lavori, ove tale disciplina è prevista anche dall'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010."

TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 13/6/2018, n. 577

Sulla decorrenza del termine di impugnazione ex art. 29, comma 1, d.lgs. 50/2016

“Assume, con riferimento alla problematica all’esame, dirimente rilievo la novella legislativa apportata all’art. 29, comma 1, del D.Lgs. 50/2016 – cui rinvia l’art. 120, comma 2-bis, c.p.a. – dal D.Lgs. 19 aprile 2017 n. 6 (in vigore dal 20 maggio 2017: e, quindi, *ratione temporis*, pienamente operante quanto alla sottoposta vicenda contenziosa), il quale prevede che il termine per l’impugnativa degli atti di esclusione e di ammissione decorra dal momento in cui i relativi atti “sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione”.

Anche a voler prescindere da tale – peraltro decisivo – dato normativo, ritiene il Collegio di aderire all’orientamento (per il quale, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2017 n. 5955) che ha privilegiato una interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina (anche) previgente, tesa a garantire l’effettività della tutela giurisdizionale della parte ricorrente (anche) nel c.d. rito super-accelerato di cui all’art. 120, comma 2-bis, c.p.a.: sì da “condurre all’individuazione del dies a quo del termine di impugnazione degli atti di ammissione o di esclusione alla data in cui i ricorrenti abbiano avuto piena contezza di tutti i profili rilevanti indispensabili per la proposizione del ricorso e l’esercizio pieno ed effettivo del diritto di azione”. Come rilevato nella pronuncia da ultimo citata, “tale soluzione deve ritenersi applicabile sia al caso dell’avvenuta pubblicazione dell’atto di esclusione o di ammissione, non corredato di motivazione, sulla piattaforma telematica della stazione appaltante, sia al caso della presenza di un rappresentante dell’operatore alla seduta in cui la commissione proceda all’apertura e all’esame della documentazione amministrativa, qualora in tale sede non siano pienamente percepibili e conoscibili le ragioni poste a base dell’atto di esclusione o di ammissione e non sia, pertanto, configurabile una conoscenza effettiva di eventuali profili lesivi in rapporto al rimedio esperibile”.

Consiglio di Stato, Sez. III, 1/6/2018 n. 3299

Le clausole immediatamente escludenti del bando di gara in virtù della giurisprudenza dell’Adunanza Plenaria

“Non si può prescindere, nella decisione sul punto, che forma oggetto di appello, dal prendere le mosse dai principi riaffermati recentemente dall’Adunanza Plenaria n. 4 del 26 aprile 2018.

L’Adunanza Plenaria ha richiamato la consolidata giurisprudenza del Consiglio che ha enucleato “le ipotesi” delle “clausole immediatamente escludenti”:

- “a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (si veda Cons. Stato sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671);
- b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l’Adunanza plenaria n. 3 del 2001);
- c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell’offerta (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);

d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293);

e) clausole impositive di obblighi contra ius (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222);

f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.);

g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421)".

Per converso, ha ricordato che "è stato ribadito il principio generale secondo il quale le rimanenti clausole, in quanto non immediatamente lesive, devono essere impugnate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva (Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282) e postulano la preventiva partecipazione alla gara".

TAR Lazio, Latina, Sez. I, 26/5/2018, n. 284

Costo del lavoro e verifica dell'anomalia

"...un'offerta non può ritenersi anomala, ed essere esclusa, 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: perché possa dubitarsi della sua congruità, occorre che le discordanze siano considerevoli e palesemente ingiustificate" (Consiglio di Stato sez. III 13 marzo 2018 n. 1609)."

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 254 DEL 7 marzo 2018 PREC 30/18/L

Sulla esclusione dalla procedura per omessa sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte della mandante

"CONSIDERATO che ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d. lgs. 50/2016, sono sanabili attraverso la procedura di soccorso istruttorio le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica; il medesimo articolo stabilisce che costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa;

CONSIDERATO che il bando di gara prevedeva, nel caso dei raggruppamenti temporanei d'impresa, l'obbligo a pena di esclusione di sottoscrivere l'offerta da parte di tutti i rappresentanti delle imprese associate e che tale obbligo è espressamente sancito per gli RTI costituendi dall'art. 48, comma 8, del d. lgs. 50/2016;

CONSIDERATO che, per orientamento giurisprudenziale costante, la mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica non può essere considerata un'irregolarità solo formale e, quindi, sanabile nel corso del procedimento, dal momento che essa fa venire meno la certezza della provenienza e della piena assunzione di responsabilità in ordine ai contenuti della dichiarazione nel suo complesso, posto che la sottoscrizione di un documento è lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nello stesso, consentendo così non solo di risalire alla paternità dell'atto, ma anche di rendere l'atto vincolante verso i terzi destinatari della manifestazione di volontà (Tar Lazio, sez. III quater, 9 novembre 2016, sent. 11092); CONSIDERATO che, già con la Determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015, in vigenza del precedente codice dei contratti, l'Autorità ha considerato la sottoscrizione un elemento essenziale e tuttavia sanabile, ferma restando la riconducibilità dell'offerta al concorrente; successivamente, anche ai sensi dell'articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, in applicazione del principio del soccorso istruttorio, l'Autorità ha precisato che è sanabile ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità, ivi incluso l'elemento della sottoscrizione, ferma restando la riconducibilità dell'offerta al concorrente, che escluda l'incertezza assoluta sulla provenienza (Delibera n. 1179 del 15 novembre 2017; Delibera n. 432 del 27 aprile 2017); RITENUTO che nel caso di specie non sussiste alcun elemento che possa essere idoneo a ricondurre concretamente l'offerta tecnica all'impresa mandante, in modo da poter escludere ogni dubbio sulla provenienza dell'offerta anche dal soggetto interessato e poter attestare la consapevole assunzione di paternità e responsabilità dell'offerta stessa, essendo stato apposto un unico segno, in forma di semplice sigla, soltanto sul frontespizio di uno dei documenti costituenti l'offerta tecnica;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

l'operato della stazione appaltante conforme alla normativa di settore."

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 192 DEL 1 marzo 2018

PREC 61/18/L

Nella "somma dei ribassi offerti", nella fase di calcolo della soglia di anomalia, non devono essere conteggiate anche le offerte escluse con il taglio delle ali

"...il Consiglio di Stato, da ultimo con sentenza del 23.1.2018, n. 435, proprio in merito ad una identica questione sempre relativa alla formula di calcolo oggetto dell'odierno scrutinio ha confermato l'indirizzo interpretativo secondo cui nella "somma dei ribassi offerti" non devono essere conteggiate anche le offerte escluse con il taglio delle ali (ai fini del calcolo della media), così avallando pienamente l'iter logico-argomentativo del giudice di prime cure, secondo cui «...si ritiene innanzitutto preferibile, per quanto sempre opinabile, una interpretazione che riduca gli adempimenti dei già farraginosi meccanismi; appare quindi soluzione di inutile aggravio della procedura quella proposta in ricorso che imporrebbe di calcolare due diverse medie, di cui, per altro, la seconda al solo fine di verificare se la prima cifra dopo la virgola sia pari o dispari, per eventualmente procedere alla correzione della prima delle medie calcolate. Ancora si osserva come la dizione letterale della disposizione (prima ed a prescindere dalle ortopedie interpretative che hanno indotto a ritenere che essa intenda muovere da una operazione di calcolo della media con taglio delle ali analoga a quella di cui alle lett. a) ed e)) faccia per due volte riferimento alla media aritmetica dei ribassi percentuali di "tutte le offerte (o concorrenti) ammessi" dando l'impressione che il legislatore, pur non avendo chiaro il funzionamento del meccanismo del taglio delle ali o la scelta per questo meccanismo, intendesse comunque impernare tutti i calcoli su un'unica media (sempre denominata

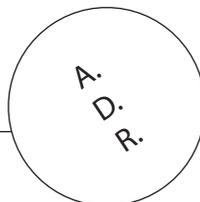
di tutte le offerte – o concorrenti – ammessi); risulta in effetti scarsamente giustificabile, in un’ottica di razionalità ed economicità della disposizione, immaginare un doppio calcolo di medie al solo fine di individuare una cifra dopo la virgola. Ancora nella pur incerta formulazione della disposizione il secondo inciso che evoca tutte le offerte ammesse pare del tutto pleonastico mentre la “prima cifra dopo la virgola” sembra immediatamente connettersi all’unico calcolo di media appena descritto» (così Tar Piemonte-Torino, sez. II, sent. n. 327/2017);

RILEVATO che tale soluzione interpretativa, ancorché non ancora univoca, costituisce tuttavia il significativo approdo di un indirizzo ermeneutico che accomuna le più recenti pronunce del giudice amministrativo in materia e che appare congruo e ragionevole sotto il duplice profilo logico e giuridico, quantomeno nella misura in cui – anche a tacer d’altro – considera la riammissione delle “ali” nel computo della somma dei ribassi offerti una operazione in sé contraddittoria, atteso che né garantisce una maggiore imprevedibilità del risultato finale (obiettivo primario del legislatore codicistico), né spiega perché gli elementi di calcolo eliminati in prima istanza in quanto considerati distorsivi debbano poi rivivere e tornare ad avere un peso nell’individuazione della soglia di anomalia (v. CdS, sez. VI, sent. n. 4803/2017 e Tar Sardegna, sez. I, sent. n. 765/2017);

RITENUTO, pertanto, che la tesi prospettata dalla società <<...>>, sulla base delle motivazioni che precedono, appare meritevole di accoglimento, Il Consiglio ritiene che la Stazione appaltante debba procedere al calcolo della soglia di anomalia espungendo dalla seconda operazione matematica prevista dall’art. 97, comma 2, lett. b) del Codice, ovvero dalla “somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi”, i valori rappresentati dalle offerte escluse ai fini della prima operazione, consistente nel calcolo della media aritmetica delle offerte ammesse “con esclusione del venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso arrotondato all’unità superiore”.

A Domanda Rispondiamo

a cura di Maria Teresa Colamorea
e Liliana Simeone



1

Se in una gara telematica la documentazione non viene presentata con firma digitale, come previsto, esiste la possibilità che possa essere comunque ritenuta valida?

La firma digitale equivale alla firma autografa apposta su un documento cartaceo e, quindi, la sua funzione è garantire autenticità, integrità e validità di un atto. Diversamente se i documenti richiesti per la partecipazione ad una procedura di gara telematica, sono sottoscritti, e corredati da copia della carta di identità, sono stati comunque rispettati gli adempimenti previsti dagli artt. 38, commi 1, 2, 47, comma 1, D.P.R. n. 445/2000 per il rispetto del regime giuridico in materia di autocertificazione, e art. 65, comma 1, lett. c) D. Lgs. n. 82/2005 che consente l'inoltro per via telematica alle p.a. delle dichiarazioni se, in alternativa alla firma digitale, sono "... sottoscritte e presentate unitamente alla copia del documento di identità". I documenti presentati in mancanza dei suddetti requisiti non sono considerati validi.

2

È illegittimo il bando di gara che ometta di indicare i costi della manodopera?

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 4/2018, ha stabilito che sono autonomamente impugnabili quelle clausole del bando di gara che, in quanto impeditive della partecipazione alla gara, sono immediatamente lesive dell'interesse del potenziale concorrente. Le altre clausole, così come gli atti endoprocedimentali diversi dall'ammissione o dall'esclusione alla gara, possono e devono essere impugnati esclusivamente con l'atto conclusivo del procedimento di evidenza pubblica, ovvero con l'aggiudicazione dell'appalto.

Ai sensi dell'art. 23 comma 16 del codice "Nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nel presente comma. I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso". Eppure il Tar Lombardia, Milano, sez. IV con sentenza n. 1446 del 08 giugno 2018 ha precisato che la mancata indicazione dei costi della manodopera da parte della Stazione Appaltante non avendo impedito lo svolgimento del confronto concorrenziale non può pregiudicare gli esiti della procedura di gara.

3

Gara con aggiudicazione all'OEV. La prima seduta di gara per la verifica della integrità dei plichi e della documentazione amministrativa, viene svolta dalla commissione giudicatrice?

L'art. 77 del D.Lgs 50/2016 già al comma 1 delinea l'attività principale della commissione giudicatrice: "valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico" e stabilisce infatti che i commissari debbano essere degli "esperti" del settore oggetto di gara, e vanno scelti da specifici albi, a seconda delle varie fattispecie. La fase iniziale di verifica di integrità delle buste e verifica della documentazione amministrativa è menzionata nelle Linee guida n.3 ANAC alle quali l'art. 31 c.5 ha demandato la definizione in via peculiare dei compiti del R.U.P.

Al punto 5.2. delle medesime linee Guida, si legge infatti: "Il controllo della documentazione amministrativa è svolto dal RUP, da un seggio di gara istituito ad hoc oppure, se presente nell'organico della stazione appaltante, da un apposito ufficio/servizio a ciò deputato, sulla base delle disposizioni organizzative proprie della stazione appaltante". Tale verifica, pertanto, non è una competenza specifica della commissione giudicatrice.

4

È legittima l'ammissione di un concorrente al prosieguo di una procedura di gara se produce una cauzione provvisoria costituita dopo la scadenza di ricezione offerte ma con efficacia retroattiva?

L'art. 93 comma 1 del codice prevede che l'offerta sia corredata da una garanzia fideiussoria denominata "cauzione provvisoria" a garanzia della sua serietà e affidabilità sotto il profilo economico.

In linea generale, il soccorso istruttorio ha la finalità di far integrare la documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dal seggio di gara incompleta o semplicemente irregolare sotto un profilo formale, non anche di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte. Pertanto, la produzione di una cauzione provvisoria costituita dopo la scadenza di ricezione delle offerte seppur con efficacia retroattiva non legittima il prosieguo dell'operatore economico alla procedura di gara in quanto la regolarizzazione postuma di un elemento essenziale dell'offerta mancante ab initio concretizzerebbe una disparità di trattamento rispetto alle altre imprese partecipanti alla procedura di gara. In questo senso si è espressa la sezione II del Tar Lazio, Roma con sentenza n. 66 del 14 giugno 2018 diversamente da quanto statuito dal Tar Basilicata Potenza sez. I con sentenza n. 531 del 27 luglio 2017 secondo la quale la cauzione provvisoria non costituisce un requisito di ammissione alla gara che deve essere già posseduto entro il termine di presentazione delle offerte, ma trattasi di una garanzia di serietà dell'offerta e di liquidazione preventiva e forfettaria del danno, in caso di mancata sottoscrizione del contratto di appalto pertanto, anche se costituita in data successiva alla scadenza del termine di ricezione delle offerte, ma con efficacia retroattiva a tale termine di scadenza, legittima il prosieguo dell'operatore economico alla procedura di gara.

5 **La certificazione di qualità ISO 9001:2008 è da ritenersi equipollente/equivalente alla ISO 9001:2015?**

La certificazione di qualità ISO 9001:2015 è un aggiornamento della certificazione UNI EN ISO 9001:2008. Le due certificazioni non possono ritenersi equipollenti/equivalenti in quanto la nuova revisione del 2015 della ISO 9001, recante la principale norma internazionale per la progettazione e l'implementazione di un Sistema di Gestione per la Qualità, comporta significative modifiche rispetto alla precedente versione del 2008, contemplando alcuni nuovi requisiti (Contesto dell'organizzazione, Rischi e opportunità, Parti interessate) da implementare e integrare negli SGQ esistenti. Al riguardo è prevista la necessità di effettuare la transizione alla nuova versione entro settembre del 2018 **(Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. III, 12 giugno 2018, n. 3919)**

6 **Se le certificazioni di qualità richieste come requisito per la partecipazione ad una gara, vengono rilasciate all'operatore economico, successivamente al termine per la ricezione delle candidature, sono comunque valutabili ai fini della partecipazione alla procedura?**

L'art. 87 co. 1 del d.lgs. 50/2016 consente alle Amministrazioni di accettare prove differenti a garanzia della qualità "...ammettono parimenti altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità, qualora gli operatori economici interessati non avessero la possibilità di ottenere tali certificati entro i termini richiesti per motivi non imputabili agli stessi operatori economici, a condizione che gli operatori economici dimostrino che le misure di garanzia della qualità proposte soddisfano le norme di garanzia della

qualità richieste". Le "altre prove" possono essere fornite solo e soltanto se gli operatori economici interessati non hanno la possibilità di ottenere tali certificati per motivi non imputabili agli stessi. Mancando la dimostrazione di questa ipotesi, non è possibile per l'operatore economico partecipare alla gara **(Cfr. Tar Campania Sezione Quarta n. 04190/2018)**.

7 **Chi è il soggetto deputato ad adottare il provvedimento di esclusione dalla gara di un offerente: il dirigente responsabile del servizio o il responsabile unico del procedimento?**

Ai sensi dell'art. 31 comma 3 del D.Lgs n. 50/2016 "Il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti". Tale disposizione normativa, secondo la giurisprudenza amministrativa, racchiude la volontà del legislatore di identificare nel responsabile unico del procedimento il dominus della procedura di gara al quale compete adottare anche provvedimenti di esclusione se tale compito non sia stato specificatamente affidato a soggetti diversi da quest'ultimo. **(Cfr. Tar Veneto, Venezia, sez. I, 27 giugno 2018, n. 695)**.

8 L'operatore economico "straniero" ha diritto ad un termine più ampio nel caso in cui si ricorra al soccorso istruttorio?

L'art. 83 c.9 del D.Lgs 50/2016 stabilisce un termine "...non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara..." Nessun riferimento differente è reso per la diversa nazionalità degli operatori economici.

9 Quale è lo scopo del Dibattito Pubblico?

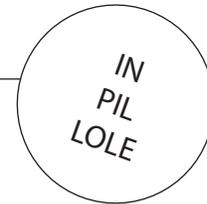
Il Dibattito Pubblico si attiva in concomitanza della realizzazione delle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale e promuove il coinvolgimento dei cittadini, dei portatori di interessi e delle amministrazioni interessate dalla realizzazione dell'opera. Partendo dai contenuti del progetto di fattibilità ovvero del documento di fattibilità il dibattito pubblico è organizzato e gestito in relazione alle caratteristiche dell'intervento e alle peculiarità del contesto sociale e territoriale di riferimento, consiste in incontri di informazione, approfondimento, discussione e gestione dei conflitti, in particolare nei territori direttamente interessati, e nella raccolta di proposte e posizioni da parte di cittadini, associazioni, istituzioni con lo scopo non solo di ottimizzare il progetto ma anche di diminuire il possibile contenzioso. L'art. 22, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016 rimanda al Decreto del Consiglio dei Ministri l'organizzazione del Dibattito Pubblico (D.P.C.M. 10.05.2018 n. 76) la scelta delle opere ad esso sottoposte e le modalità di svolgimento e conclusione dello stesso.

10 Quando si aggiudica con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i giudizi dei singoli commissari sull'offerta tecnica devono essere verbalizzati?

Il TAR Puglia Bari sez. III con sentenza n. 934 del 25/6/2018 ha precisato che "in assenza di un espresso obbligo di specifica verbalizzazione imposto dal disciplinare di gara, non vi è ragione per derogare al principio generale secondo il quale gli apprezzamenti dei commissari sono destinati ad essere assorbiti nella decisione collegiale finale, costituente momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali; mentre la separata enunciazione dei punteggi attribuiti dai singoli Commissari assume valore 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, 8.9.2015, n. 4209 e Sez. IV, 16.2.2012, n. 810)" **(Cfr. Cons Stato, Sez. III, 13.10.2017, n. 4772).**

La clausola sociale, questione in divenire. Spunti e riflessioni

di Giuseppe Croce



Indicazioni dal panorama giurisprudenziale recente a proposito dello spazio di applicazione della c.d. Clausola sociale ci mostrano uno "stato dell'arte" assolutamente fluido, nel quale si susseguono provvedimenti e pronunce rilevanti ed utili per fissare punti fermi e soffermarsi a riflettere.

Non può non partirsi dalla definizione che il Codice ci rende dell'istituto della clausola sociale, affermando che trattasi di "disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie".

Sulla falsa riga della definizione, il Consiglio di Stato con sentenza n. 3861 del 22 giugno u.s. ha ricordato che: "la cd. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost., che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto. Corollario obbligato di questa premessa è che tale clausola deve essere interpretata in modo

da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente; 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 (Cons. St., sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078).

Quindi, secondo questo condivisibile indirizzo la clausola sociale funge da strumento per favorire la continuità e la stabilità occupazionale dei lavoratori, ma nel contempo non può esser tale da comprimere le esigenze organizzative dell'impresa subentrante, che ritenga di potere ragionevolmente svolgere il servizio utilizzando una minore componente di lavoro rispetto al precedente gestore e, dunque, ottenendo in questo modo economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento (Cons. St., sez. V, 7 giugno 2016, n. 2433; id., sez. III, 30 marzo 2016, n. 1255; id. 9 dicembre 2015, n. 5598; id. 5 aprile 2013, n. 1896; id., sez. V, 25 gennaio 2016, n. 242; id., sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890).

Proprio nell'ottica del temperamento di tali opposte esigenze (la libertà di impresa e la necessità di conservare il posto di lavoro ai dipendenti del gestore uscente) oltre alla possibilità di distrarre un lavoratore, assunto in virtù della clausola sociale, in altra commessa, la giurisprudenza (Cons. St., sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078) ha affermato che 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; 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 (Cons. St., sez. III, 30 marzo 2016, n. 1255)."

Tra l'altro in una differente sentenza del Consiglio di Stato datata 02 luglio n. 4040, in riferimento alla

possibilità di inserimento all'interno del capitolato tecnico della clausola per la quale ai lavoratori subentranti si applicherà uno specifico contratto collettivo (nel caso di specie metalmeccanici).

Tale clausola, qualora non impugnata, sembrerebbe legittima se comunque garantisce il medesimo trattamento economico dei lavoratori impiegati. Tra l'altro anche il C.G.R.S. con la sentenza 368/2018, ha rammentato che la scelta del contratto collettivo rientra nelle prerogative dell'imprenditore, valendo tuttavia il limite della coerenza del contratto collettivo scelto rispetto all'oggetto dell'appalto (sulla linea anche il Consiglio di Stato, sez. III, 12.03.2018 n. 1574).

Sotto altro punto di vista la sentenza n. 3471 del 08 giugno u.s. ha ricordato come, sia secondo la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, sia secondo la giurisprudenza amministrativa di gran lunga maggioritaria, l'apposizione di una clausola sociale agli atti di una pubblica gara ai sensi della disposizione del Codice dei contratti pubblici (art. 50 d.lgs. n. 50/2016) applicabile pro tempore, è costituzionalmente e comunitariamente legittima solo se non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento di tutto il personale utilizzato dall'impresa uscente, in violazione dei principi costituzionali e comunitari di libertà d'iniziativa economica e di concorrenza oltreché di buon andamento, e consente invece una ponderazione con il fabbisogno di personale per l'esecuzione del nuovo contratto e con le autonome scelte organizzative ed imprenditoriali del nuovo appaltatore.

L'attuale linea guida in consultazione dedicata proprio alla clausola sociale fissa tra l'altro, alcuni aspetti rilevanti sulle modalità operative della tutela fornita dalla clausola sociale. Essa dovrà essere espressamente prevista nella lex specialis. L'operatore economico accetta espressamente la clausola sociale e l'obbligo è riportato nel contratto; allo scopo di consentire ai concorrenti di conoscere i dati del personale da assorbire, la stazione appaltante indica, in modo chiaro, il numero di unità, monte ore, CCNL applicato dall'attuale appaltatore, qualifica, livelli retributivi, scatti di anzianità, sede di lavoro.

Le stazioni appaltanti considerano la disciplina recata dai contratti collettivi nazionali di lavoro.

Le imprese tenute all'applicazione del CCNL osservano la prescrizione relativa all'assorbimento del personale uscente, 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. L'applicazione delle clausole sociali avviene in

armonia con la disciplina recata dalle disposizioni contenute nei contratti collettivi di settore.

Si precisa tra l'altro, nella relazione accompagnatoria al documento in consultazione che si è aderito all'orientamento per cui, stante il potere rappresentativo conferito alle associazioni datoriali firmatarie, le imprese tenute all'applicazione del CCNL devono osservare la prescrizione relativa all'assorbimento del personale uscente, anche a prescindere dalla previsione ad hoc che la stazione appaltante inserisca nella *lex specialis*.

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

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



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!



sulla
Corte dei Conti

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

Medi
Graphic
MEDIAAPPALTI

Rubrica bimestrale
a cura di
Stefano Usai

luglio
2018

allegato alla Rivista mensile
MediAppalti

sommario

L'accordo quadro tra impegno di spesa e fondo pluriennale vincolato (Corte dei Conti della regione Campania deliberazione n. 77/2018)

Premessa

1. Accordo quadro e programmazione
2. Le questioni contabili
3. La prenotazione dell'impegno di spesa
4. Accordo quadro ed il fondo pluriennale vincolato

3

Gli incentivi per funzioni tecniche non competono nel caso di affidamenti semplificati (Corte dei Conti, sez. reg. Marche, deliberazione n. 28/2018)

Premessa

1. L'istanza
2. La risposta della sezione

6

Ancora sulla configurazione degli incentivi per funzioni tecniche (art. 113 del codice dei contratti) (Sezione regionale di controllo per il Piemonte - Deliberazione n. 56/2018)

Premessa

1. L'intervento
2. La situazione ante modifica apportata con la legge di bilancio (il quadro delle norme e della prassi)
3. Il quesito
4. La risposta

8

L'accordo quadro tra impegno di spesa e fondo pluriennale vincolato

Premessa

Il Sindaco di un comune campano rivolge al collegio regionale della Corte dei Conti uno specifico quesito finalizzato ad ottenere chiarimenti sulla (corretta) dinamica contabile relativa alla fattispecie dell'accordo quadro.

Accordo quadro che la stazione appaltante intendeva avviare per assicurare le prestazioni connesse alla "manutenzione ordinaria e straordinaria del patrimonio" con successiva aggiudicazione "di volta in volta, entro i limiti delle condizioni fissate nell'accordo quadro stesso e in base alle necessità, gli appalti".

In particolare, il sindaco richiedeva:

1. se l'importo totale dell'accordo quadro dovesse essere previsto integralmente nel programma biennale dei beni e servizi e nel bilancio di previsione;
2. se, al momento della stipulazione dell'accordo quadro, fosse necessario effettuare prenotazione di impegno ex art. 183, comma 3 del TUEL, e, nel caso di spesa in conto capitale, determinare il fondo pluriennale vincolato.

1. Accordo quadro e programmazione

Secondo la sezione, l'accordo quadro deve certamente essere previsto nel programma biennale dei beni e dei servizi in caso di "affidamenti complessivi" di importo unitario stimato pari o superiore alla somma di 40.000 euro", come prevede la disposizione di cui al primo periodo del richiamato comma 6 dell'art. 21 del D.lgs. 50/2016.

Da notare – pur non oggetto di considerazione nella deliberazione – che la programmazione in parola entra effettivamente in vigore in relazione all'esercizio finanziario del 2019 pertanto, le stazioni appaltanti dovranno attentamente considerare tale programmazione nel Documento Unico della programmazione. Qualora l'oggetto, evidentemente, dovesse configurarsi in termini di lavori, per un importo di affidamenti pari o superiore ai 100mila euro, l'intervento deve essere previsto nel piano triennale delle OO.PP.

2. Le questioni contabili

In relazione alla questione contabile, la sezione precisa che l'accordo-quadro realizza un "*pactum de modo contrahendi*", ovvero in un contratto (di tipo giuridico e quindi solo) "normativo" dal quale non scaturiscono effetti reali o obbligatori, ma la cui efficacia consiste nel "vincolare" la successiva manifestazione di volontà contrattuale delle stesse parti.

La fattispecie in argomento, quindi, si limita a stabilire "come verranno stipulati i successivi contratti attuativi (contratti applicativi) riguardanti un determinato bene della vita e lasciano all'individuazione operata da una delle parti la determinazione del *se*, quando e *quantum*".

Dal punto di vista del diritto amministrativo – si legge ancora in delibera –, l'accordo corrisponde in tutto e per tutto ad una procedura ad evidenza pubblica con cui si "individua il soggetto di tali future contrattazioni e le condizioni della piattaforma preparatoria all'affidamento di uno o più appalti successivi".

Ciò evidenziato, si legge in delibera, la fattispecie non realizza un affidamento come le altre procedure, ma "il titolo per una serie successiva di affidamenti diretti, esaurendo a monte, e per una determinata base di valore, la fase competitiva per l'aggiudicazione futura di tali contratti attuativi".

Sorge (semplicemente) un "titolo" (giuridico) quindi che consente di applicare ai futuri contratti "le condizioni contrattuali predefinite nell'accordo quadro (*pactum de modo contrahendi*)".

In questo senso, pertanto, la stipulazione dell'accordo quadro o la previsione di una sua stipulazione, non costituisce titolo per il sorgere di obbligazioni pecuniarie, e non consente di "impegnare e pagare con imputazione all'esercizio cui lo stanziamento si riferisce (art. 183 TUEL)".

3. La prenotazione dell'impegno di spesa

Questi appena descritti effetti sostanziali (sull'obbligazione) non sono ascrivibili anche alla prenotazione di impegno di spesa che ha, invece, solamente "un effetto contabile, limitatamente alla prenotazione dello spazio finanziario sullo stanziamento, senza peraltro legittimare il completamento della procedura di spesa sino a che il titolo per l'impegno non sarà maturato e completamente realizzato (nel caso di fornitura di beni e servizi, il completamento della procedura ad evidenza pubblica che legittima, nelle more, appunto, solo una prenotazione)".

Di conseguenza, l'iscrizione in bilancio come l'assunzione di impegno o la sola prenotazione, presuppongono che il contratto che si prevede di stipulare, e per cui è iniziata una procedura di selezione del contraente, determini l'insorgenza di obbligazioni.

Pertanto, così come per l'impegno di cui si è detto sopra, allo stesso modo "non è la stipulazione dell'accordo quadro o la procedura di scelta del contraente a fare sorgere l'obbligo di adempimenti contabili, bensì il correlato contratto attuativo".

La prenotazione costituisce, "dunque, un impegno in itinere, rispetto a procedure ancora non pervenute a conclusione e si converte poi nell'impegno vero e proprio, con l'adozione della determina di aggiudicazione".

4. Accordo quadro ed il fondo pluriennale vincolato

Infine, si affronta l'ultimo quesito posto e quindi di eventuali rapporti tra accordo quadro e FPV. Quesito che trova risposta già nelle riflessioni sull'impegno di spesa.

Il collegio dapprima richiama la definizione espressa al punto 5,4 dell'art. 2 dell'Allegato 4/2 al Decreto Legislativo 118/2011, relativo al principio della competenza potenziata in cui si prevede che "il fondo pluriennale vincolato" costituisce "uno strumento di rappresentazione" trasparente ed attendibile "della programmazione e previsione delle spese pubbliche territoriali", correnti e di investimento.

Si tratta di un fondo quindi, che garantisce la copertura di spese imputate agli esercizi successivi a quello in corso, evidenziando così la distanza temporale tra l'acquisizione delle risorse e l'effettiva utilizzazione delle stesse.

Detto in altri termini, si legge in delibera, "il FPV è uno strumento di sintonizzazione tra competenza finanziaria dell'accertamento e dell'impegno".

Però come detto sopra – e come emerge dal principio contabile citato – il FPV presuppone un impegno a tutti gli effetti di cui si preveda o si debba procedere a registrazione, ma con imputazione ad esercizi successivi rispetto alla data dell'accertamento.

Nel caso di accordo quadro, quindi, a generare FPV non è l'accordo stesso, ma la previsione e la stipulazione del contratto attuativo.

Gli incentivi per funzioni tecniche non competono nel caso di affidamenti semplificati

Premessa

La sezione regionale delle Marche della Corte dei Conti interviene sul tema del riconoscimento degli incentivi per funzioni tecniche (ai sensi dell'articolo 113) con richiesta di chiarimenti se questi debbano essere erogati per ogni "tipologia" di affidamento.

Il quesito, a cui si chiedeva riscontro, era quello di capire, nel dettaglio, se l'incentivo dovesse essere corrisposto anche per funzioni tecniche "semplici" collegate a procedimenti semplificati o se deve ritenersi contingentato (quanto a quantificazione ed erogazione) solamente in relazione a gare formali o procedimenti comunque comparativi.

1. L'istanza

L'Amministrazione istante formula la seguente richiesta di parere: "La Provincia di (...) sta predisponendo il Regolamento sugli incentivi delle funzioni tecniche ai sensi dell'art.113 D.lgs.50/2016 e ss.mm.ii.. Nella redazione della bozza di Regolamento sono stati esclusi gli incentivi delle funzioni tecniche svolte per lavori, servizi e forniture affidati ai sensi dell'art. 36, comma 2°, lett. a) del Codice dei contratti ovvero gli affidamenti diretti di importo inferiore a € 40.000. È emerso un orientamento per il quale anche per le funzioni tecniche svolte dal personale coinvolto per lavori, servizi e forniture affidati ai sensi dell'art.36, comma 2°, lett. a) del Codice dei contratti ovvero gli affidamenti diretti di importo inferiore a 40.000 dovrebbero essere riconosciuti e liquidati gli incentivi."

Ai fini dell'ammissibilità l'istante premetteva, in particolare, che:

- le disposizioni di legge di cui si chiede l'interpretazione sono: art. 36, comma 2° lett. a) ed art. 113, 2° comma, D.lgs. 18/04/2016 n. 50 e ss.mm.ii.;

- la propria tesi interpretativa in merito alla disposizione di legge citata è nel senso che dovrebbero essere esclusi gli incentivi delle funzioni tecniche svolte per lavori, servizi e forniture affidati ai sensi dell'art.36, comma 2°, lett. a) del Codice dei contratti ovvero gli affidamenti diretti di importo inferiore a € 40.000;

- sulla materia risultano i seguenti pareri unanimi di altre Sezioni di controllo della Corte dei Conti Lombardia n.185/2017/PAR, Lombardia n.190/2017/PAR, Corte dei Conti Toscana n. 186/2017.

2. La risposta della sezione

Come emerge dal codice dei contratti, gli incentivi per funzioni tecniche possono essere riconosciuti esclusivamente per le attività riferibili a contratti di lavori, servizi o forniture che, secondo la legge (comprese le direttive ANAC dalla stessa richiamate) o il regolamento dell'ente, siano stati affidati previo espletamento di una procedura comparativa.

La stessa disciplina si applica agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione (cfr. deliberazione n. 190/2017/PAR della Sezione regionale di controllo per la Lombardia). Si deve escludere, pertanto, dagli incentivi per funzioni tecniche qualsiasi fattispecie non espressamente indicata dall'articolo 113, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 e successive modificazioni. Solo in presenza di una procedura di gara o in generale di una procedura competitiva si può accantonare il fondo che viene successivamente ripartito sulla base di un regolamento adottato dall'amministrazione. Le procedure eccezionali e non competitive sono sottratte all'incentivazione (cfr. deliberazione n. 186/2017/PAR della Sezione regionale di controllo per la Toscana).

Sul punto si evidenzia, inoltre, quanto affermato dalla Sezione delle Autonomie con la deliberazione n. 6/2018/QMIG.

L'art. 113 del d.lgs. n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici), rubricato "incentivi per funzioni tecniche", consente, previa adozione di un regolamento interno e della stipula di un accordo di contrattazione decentrata, di erogare emolumenti economici accessori a favore del personale interno alle Pubbliche amministrazioni per attività, tecniche e amministrative, nelle procedure di programmazione, aggiudicazione, esecuzione e collaudo (o verifica di conformità) degli appalti di lavori, servizi o forniture.

In particolare, il comma 2 dell'art. 113 in esame consente alle amministrazioni aggiudicatrici di destinare, a valere sugli stanziamenti di cui al precedente comma 1, "ad un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara".

Si tratta nel complesso di compensi volti a remunerare prestazioni tipiche di soggetti individuati e individuabili, direttamente correlati all'adempimento dello specifico compito affidato ai potenziali beneficiari dell'incentivo.

Sulla questione è anche rilevante considerare che la norma contiene un sistema di vincoli compiuto per l'erogazione degli incentivi che, infatti, sono soggetti a due limiti finanziari che ne impediscono l'incontrollata espansione: uno di carattere generale (il tetto massimo al 2% dell'importo posto a base di gara) e l'altro di carattere individuale (il tetto annuo al 50% del trattamento economico complessivo per gli incentivi spettante al singolo dipendente).

La Sezione delle Autonomie, infine, ribadisce che per l'erogazione degli incentivi l'ente deve munirsi di un apposito regolamento, essendo questa la condizione essenziale ai fini del legittimo riparto tra gli aventi diritto delle risorse accantonate sul fondo e la sede idonea per circoscrivere dettagliatamente le condizioni alle quali gli incentivi possono essere erogati.

Ancora sulla configurazione degli incentivi per funzioni tecniche

Premessa

Proseguono le richieste alle varie sezioni regionali sulla esatta configurazione giuridica degli incentivi per funzioni tecniche ai fini del chiarimento se debbano o meno essere considerate (e comprese) entro il tetto del fondo dell'accessorio.

Ora è il turno della sezione del Piemonte a cui il sindaco di un comune ripropone sostanzialmente la questione e la corretta decorrenza dello "svincolo" considerato che la problematica è stata risolta con l'ultima legge di bilancio (legge 205/2017 che ha innestato nel corpo dell'articolo 113 il comma 5-bis)

1. L'intervento

Il Sindaco, prima della formulazione del quesito specifico, richiama l'attenzione su alcuni principi normativi. In particolare si fa riferimento all' articolo 113, rubricato "Incentivi per funzioni tecniche", del D.lgs. 18/04/2016 n. 50, (che sostituisce l'art. 93 del D.lgs. 163/2006, già oggetto di riforma ad opera del D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con L. 114/2014), riscrivendo la disciplina degli incentivi del personale e la correlata costituzione del "Fondo per la progettazione" ora declinato nel "Fondo per le funzioni tecniche", con decorrenza dal 19 aprile 2016.

Con la richiesta, il Sindaco istante, sottolinea inoltre "che il D.lgs. n. 50/2016 ha introdotto la redistribuzione degli incentivi per il buon compimento di appalti pubblici, aventi ad oggetto sia lavori che forniture di beni e servizi; - l'art 113, al comma 3, prevede che una somma non superiore all'80% del 2% dell'importo posto a base di gara di un'opera o di un lavoro, servizio o fornitura è ripartita tra il responsabile del procedimento e quanti svolgono le altre prestazioni professionali connesse (programmazione della spesa per investimenti, verifica preventiva dei progetti, predisposizione e controllo delle procedure di bando e di esecuzione dei contratti pubblici, direzioni lavori e collaudo ovvero direzione dell'esecuzione e verifica di conformità oltre

al collaudo statico delle opere ove previsto) in base ad apposito Regolamento; - il restante 20% del 2% delle risorse finanziarie del Fondo, è destinato all'acquisto da parte dell'ente di beni, strumentazioni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione, di implementazione delle banche dati per il controllo ed il miglioramento della capacità di spesa, nonché all'ammodernamento e accrescimento dell'efficienza dell'ente e dei servizi ai cittadini".

2. La situazione ante modifica apportata con la legge di bilancio (il quadro delle norme e della prassi)

Nell'ampia premessa – ed appare opportuno considerarlo per una migliore comprensione della problematica – il Sindaco rammenta le due delibere della sezione Autonomie che hanno "formalizzato" la problematica con la precisazione perentoria per cui – a differenza del pregresso regime – gli incentivi per funzioni tecniche risultavano soggetti ad ulteriore limitazione.

In particolare, ciò è avvenuto con le delibere della sezione Autonomie n. 7/2017 e la n. 24/2017, con cui si è chiarito e ribadito che "gli incentivi per funzioni tecniche di cui all'articolo 113 comma 2, d.lgs. n. 50/2016 sono da includere nel tetto dei trattamenti accessori di cui all'art. 1, comma 236, L. 208/2015 (legge di stabilità 2016)" e che "gli incentivi per le funzioni tecniche non possono essere assimilati ai compensi per la progettazione e, pertanto, non possono essere esclusi dal perimetro di applicazione delle norme vincolistiche in tema di contenimento della spesa del personale, nell'alveo delle quali si collocano anche le norme limitative delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio".

Vista l'*impasse* venutasi a creare (semplificando: se venivano erogati gli incentivi si metteva in pericolo la stessa possibilità di erogare la produttività al resto dei dipendenti o viceversa) l'art. 1, comma 526, della L. 27.12.2017 n. 205 ha innovato l'art. 113 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 aggiungendo il seguente comma 3-*bis*: "gli incentivi di cui al presente articolo fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture".

Sulla nuova norma si registrano, infine, già diversi interventi delle sezioni regionali. Il primo dei quali si deve alla Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per l'Umbria, che con la deliberazione 5 febbraio 2018, n. 14 ha analizzato le modifiche apportate al sistema degli incentivi alla luce del mutato quadro normativo ritenendo che gli incentivi non confluiscono nel capitolo di spesa relativo al trattamento accessorio (sottostando ai limiti di spesa previsti dalla normativa vigente) ma fanno capo al capitolo di spesa relativo all'appalto non rilevando più la qualificazione della spesa come investimento o corrente.

3. Il quesito

Esaurita l'ampia premessa ricostruttiva della tematica il Sindaco chiede "di esprimere un'interpretazione in merito alla definizione della natura giuridica della spesa per incentivi per funzioni tecniche e l'eventuale esclusione dalla spesa del personale e del trattamento accessorio alla luce della novella normativa di cui all'art. 1, comma 526, della L. 205/2017 al fine di permettere una corretta imputazione di tale fondo sul

bilancio comunale” nonchè di definire la decorrenza del sopra indicato comma e, quindi, se lo stesso trovi applicazione a far data dal 1 gennaio 2018.

4. La risposta

La sezione, ovviamente, non ha dubbi sul riscontro da fornire che non può non risultare coerente con le posizioni espresse dalla sezione Autonomie e dalle sezioni regionali che recentemente si sono espresse.

In particolare, secondo il collegio si deve ritenere che il nuovo assetto normativo fin qui riproposto, “possa dare una “nuova” luce ed una più chiara interpretazione che permetta, in modo più esaustivo, di colmare le distanze rispetto a precedenti interpretazioni normative e giurisprudenziali.

Ed il riferimento alla posizione della sezione Autonomie diventa pertanto inevitabile visto che questa ha rilevato come “sul piano logico, l’ultimo intervento normativo (nda contenuto nella legge di bilancio), pur mancando delle caratteristiche proprie delle norme di interpretazione autentica (tra cui la retroattività), non può che trovare la propria *ratio* nell’intento di dirimere definitivamente la questione della sottoposizione ai limiti relativi alla spesa di personale delle erogazioni a titolo di incentivi tecnici proprio in quanto vengono prescritte allocazioni contabili che possono apparire non compatibili con la natura delle spese da sostenere.

Più specificatamente:

- La *ratio legis* (della nuova disposizione) è quella di stabilire una diretta corrispondenza tra incentivo ed attività compensate in termini di prestazioni sinallagmatiche, nell’ambito dello svolgimento di attività tecniche e amministrative analiticamente indicate e rivolte alla realizzazione di specifiche procedure. L’aver correlato normativamente la provvista delle risorse ad ogni singola opera con riferimento all’importo a base di gara commisurato al costo preventivato dell’opera, àncora la contabilizzazione di tali risorse ad un modello predeterminato per la loro allocazione e determinazione, al di fuori dei capitoli destinati a spesa di personale.
- La norma, del resto, contiene un sistema di vincoli compiuto per l’erogazione degli incentivi che, infatti, sono soggetti a due limiti finanziari che ne impediscono l’incontrollata espansione: uno di carattere generale (il tetto massimo al 2% dell’importo posto a base di gara) e l’altro di carattere individuale (il tetto annuo al 50% del trattamento economico complessivo per gli incentivi spettante al singolo dipendente).
- Insiste l’esplicita afferenza della spesa per gli incentivi tecnici al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture e deve essere rilevato che tali compensi non sono rivolti indiscriminatamente al personale dell’ente, ma mirati a coloro che svolgono particolari funzioni (“tecniche”) nell’ambito di specifici procedimenti e ai loro collaboratori (in senso conforme: SRC Lombardia n. 333/PAR/2016). Si tratta, quindi di una platea ben circoscritta di possibili destinatari, accomunati dall’essere incaricati dello svolgimento di funzioni rilevanti nell’ambito di attività espressamente e tassativamente previste dalla legge (in senso conforme: SRC Puglia n. 5/2017/PAR e n. 108/2017/PAR).
- L’erogazione degli incentivi deve essere preceduta dall’adozione di un apposito regolamento, essendo questa la condizione essenziale ai fini del legittimo riparto tra gli aventi diritto delle risorse

accantonate sul fondo (in termini: SRC Veneto n. 353/2016/PAR) e la sede idonea per circoscrivere dettagliatamente le condizioni alle quali gli incentivi possono essere erogate. Il comma 3 dell'art. 113 citato, infatti, fa obbligo all'amministrazione aggiudicatrice, di stabilire "i criteri e le modalità per la riduzione delle risorse finanziarie connesse alla singola opera o lavoro" nel caso di "eventuali incrementi dei tempi o dei costi". Una condizione, dunque, che collega necessariamente l'erogazione dell'incentivo al completamento dell'opera o all'esecuzione della fornitura o del servizio oggetto dell'appalto in conformità ai costi ed ai tempi prestabiliti.

A fronte di tale quadro normativo, come configurato a seguito delle ultime modifiche normative intervenute, occorre prendere atto – si legge nella deliberazione - che l'allocatione in bilancio degli incentivi tecnici stabilita dal legislatore ha l'effetto di conformare in modo sostanziale la natura giuridica di tale posta, in quanto finalizzata a considerare globalmente la spesa complessiva per lavori, servizi o forniture, ricomprendendo nel costo finale dell'opera anche le risorse finanziarie relative agli incentivi tecnici. Questi ultimi risultano previsti da una disposizione di legge speciale (l'art. 113 del d.lgs. n. 50 del 2016), valevole per i dipendenti di tutte le amministrazioni pubbliche, a differenza degli emolumenti accessori aventi fonte nei contratti collettivi nazionali di comparto.

Pertanto, il legislatore, con norma innovativa contenuta nella legge di bilancio per il 2018, ha stabilito che i predetti incentivi gravano su risorse autonome e predeterminate del bilancio (indicate proprio dal comma 5-*bis* dell'art. 113 del d.lgs. n. 50 del 2016) diverse dalle risorse ordinariamente rivolte all'erogazione di compensi accessori al personale. "Gli incentivi per le funzioni tecniche, quindi, devono ritenersi non soggetti al vincolo posto al complessivo trattamento economico accessorio dei dipendenti degli enti pubblici dall'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75 del 2017". A questa "risposta" si adegua, pertanto, la sezione del Piemonte.

