

Rivista mensile - Anno VIII, Numero 6

settembre  
2018

# MEDIA APPALTI

---

**Consultazioni  
preliminari di mercato:  
l'ANAC affronta la  
tematica con nuove  
Linee guida**

---

**L'accesso agli atti in una  
gara pubblica: il difficile  
equilibrio fra trasparenza e  
diritto di riservatezza (e la  
Direttiva "Trade Secrets")**

---

**Le condanne del  
concorrente che partecipa  
alla gara: note minime  
tra "moralità" e nuovo  
"illecito" professionale**



**"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](mailto: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**

**settembre  
2018**



---

# Demolire per ricostruire

---

Il fato è stato più veloce della burocrazia. C'era un bando per appaltare lavori di manutenzione straordinaria sulle pile 9 e 10 del ponte che il 14 agosto è collassato. 43 vittime. 106 famiglie sfollate. Tragedia annunciata e non ascoltata? Il sistema delle opere pubbliche è finito inevitabilmente sotto accusa. "Il fatto grave – ha scritto David Broder sulla rivista statunitense Jacobin, ripreso da Internazionale – è che, anche se parte dell'infrastruttura italiana cade a pezzi e il paese fatica a riprendersi dalla crisi, i pochi fondi sono costantemente stanziati per progetti costosi e poco funzionali". Un'immagine, quella di chi ci guarda dall'esterno, in linea con le criticità che di solito solleviamo anche dall'interno. Un'etichetta difficile da rimuovere. Ci vorranno anni di lavoro e ci vorrà, soprattutto, il lavoro di persone oneste e incorruttibili, competenti e illuminate.

Il crollo del viadotto Morandi ha spezzato la nostra estate ed ha travolto la società che gestisce quel tratto di rete autostradale. Era stato il premier Giuseppe Conte ad annunciare la decisione del Consiglio dei Ministri straordinario, riunitosi a Genova all'indomani del crollo: "Abbiamo l'obbligo di far viaggiare tutti i cittadini in sicurezza e disporremo la revoca della concessione ad Autostrade, a cui incombeva l'onere, l'obbligo e il vincolo di curare le manutenzioni di questo viadotto e assicurare agli utenti di poter viaggiare in sicurezza". La scarsa manutenzione delle opere pubbliche è una delle tematiche più diffuse quando si affronta l'argomento lavori pubblici.

Ma non sembra essere il caso del viadotto Morandi. Il ponte che sorvolava la Val Polcevera era costantemente sotto controllo, era costantemente sottoposto ad interventi di manutenzione. Era così perché aveva da sempre mostrato segni di instabilità. "So che quel ponte ha sempre avuto manutenzione, è il caso in cui non si può dire che mancasse la manutenzione. Teniamo conto che non tutto si può prevedere; resta sempre un'aliquota di imprevedibilità. Era sotto controllo da molto tempo. Non è un caso di disattenzione e mancanza di investimenti", ha affermato su Edilportale l'ingegnere Antonio Brenich, professore associato di Costruzioni in cemento armato all'Università di Genova.

Erano pronti lavori per 20milioni di euro per mettere in sicurezza la pila 9 che alle 11,50 della vigilia di ferragosto ci ha incollati davanti ai telegiornali in edizione straordinaria. La gara indetta da Autostrade per l'Italia si sarebbe dovuta concludere a settembre. Una gara che non ci sarà più. Il ponte, ora, va smontato. Al suo posto ne va costruito uno del tutto nuovo. Un'operazione obbligatoria. Un'operazione che qualcuno aveva opzionato già qualche anno fa. Era il 2009 quando davanti alle criticità presentate dal ponte fu avanzata l'ipotesi di una demolizione controllata. Non se ne fece nulla. Si dovrebbe, invece, prendere in considerazione con più serietà la possibilità che le infrastrutture non sono eterne. Le opere che non sono più al passo con i tempi devono essere sostituite. Quando il ponte sul Polcevera fu progettato non era possibile prevedere il carico di traffico che si sarebbe trovato a sopportare dopo pochi decenni. Si stima che il viadotto, negli ultimi anni, sia stato attraversato da 25milioni di veicoli ogni anno. Ma c'è sempre una certa resistenza

ad abbattere. Si preferisce una manutenzione perpetua, un accanimento terapeutico che nonostante le nuove tecniche e le nuove tecnologie non può salvare certe infrastrutture. Dovrebbe diffondersi una cultura dell'abbattere per ricostruire. Il termometro per misurare quando cambiare strategia potrebbe essere il calcolo dei costi come suggerito dall'ingegnere Antonio Brenich: quando i costi di manutenzione superano i costi di ricostruzione sarà giunto il momento di demolire e ricostruire. In fondo, è una pratica che mettiamo in atto nella quotidiana gestione della vita domestica. Quando un elettrodomestico si rompe e ripararlo è molto oneroso, lo cambiamo. Quando diventano sempre più frequenti i guasti ai vari componenti di un'automobile, sappiamo che è giunto il momento di sostituirla.

All'indomani della tragedia di Genova è stata diffusa la notizia relativa ai circa 300 ponti che sarebbero a rischio in Italia, da Nord a Sud. È stato avviato un monitoraggio. Ci aspettiamo di sapere quante opere pubbliche debbano essere appaltate per l'abbattimento e la ricostruzione prima che se ne occupi il tempo, un sisma, un'alluvione. Abbiamo la possibilità di evitare altre tragedie. E per farlo, come ha scritto il presidente dell'OICE Gabriele Scicolone, nel comunicato stampa diffuso il giorno stesso del crollo, "occorre serietà nella conduzione delle gare per aggiudicare i lavori sulla base di progetti dettagliati, affidando i lavori ad offerte ragionevoli e di elevato standard qualitativo, controllando poi con serietà che quanto offerto in gara corrisponda a quanto realizzato in cantiere".

**di Enzo De Gennaro**

## sommario

### Editoriale

Demolire per ricostruire

4

### In evidenza

Consultazioni preliminari di mercato:  
l'ANAC affronta la tematica  
con nuove Linee guida

7

### Sotto la lente

Corrispondenza tra quote  
di partecipazione e quote di  
esecuzione nell'RTI:  
un vero tramonto?

17

#### Hanno collaborato a questo numero:

**Dott.ssa Alessandra Verde**  
Funzionaria amministrativa presso la Regione  
Sardegna

**Direttore Responsabile**  
dott. Enzo de Gennaro

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

**Progetto Grafico**  
Federica Damato

**Responsabile Web**  
Lorenzo Antonicelli

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

**Avv. Paola Cartolano**  
Esperta in materia di appalti pubblici

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

**Avv. Emanuela Pellicciotti**  
Esperta in infrastrutture e contratti pubblici

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

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

**Dott.ssa Liliana Simeone**  
Esperta in appalti pubblici

**Avv. Giuseppe Croce**  
Esperto in appalti pubblici

### Il Punto

Le modifiche contrattuali alla  
luce delle competenze del  
Direttore dei Lavori e del  
Direttore dell'esecuzione  
del DM 49/2018 - parte 2

26

L'accesso agli atti in una gara  
pubblica: il difficile equilibrio  
fra trasparenza e diritto di  
riservatezza (e la Direttiva  
"Trade Secrets")

33

Le condanne del concorrente  
che partecipa alla gara: note  
minime tra "moralità" e nuovo  
"illecito" professionale

42

I dubbi del Consiglio di Stato  
sull'affidamento diretto dei  
servizi di TPL

51

### Pareri & Sentenze

60

### A Domanda Rispondiamo

65

### In pillole

68

# Consultazioni preliminari di mercato: l'ANAC affronta la tematica con nuove Linee guida

IN  
EVIDENZA

di Alessandra Verde

## Premessa

L'Autorità Nazionale Anticorruzione ha assegnato un interessante compito per le vacanze agli operatori del settore degli appalti pubblici: un documento di consultazione nuovo di zecca, contenente la bozza di Linee guida sull'istituto delle consultazioni preliminari di mercato.

Publicato il 23 luglio scorso per essere sottoposto alla consueta consultazione *on line*, tale documento potrà essere esaminato dagli stakeholders - sotto l'ombrellone, visto il periodo - al fine di formulare osservazioni, da trasmettere entro il 20 settembre prossimo.

Come enuncia lo stesso documento, si tratta di Linee guida non vincolanti, adottate ai sensi dell'art.

213, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, allo scopo di garantire la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti e di fornire alle stesse supporto, favorire l'omogeneità dei procedimenti e lo sviluppo delle migliori pratiche.

La bozza di Linee guida in esame contiene indicazioni circa le modalità di applicazione e di funzionamento dell'istituto delle consultazioni preliminari di mercato, disciplinato - a dire il vero in modo piuttosto stringato - dagli articoli 66 e 67 del Codice.

**L'Autorità Nazionale Anticorruzione ha recentemente pubblicato un documento di consultazione finalizzato all'approvazione di Linee guida sul tema delle consultazioni preliminari di mercato. È stata avviata una consultazione on line con possibilità per gli stakeholders di presentare osservazioni entro il termine stabilito.**



Nonostante il loro carattere non vincolante, le Linee guida che scaturiranno dalla procedura di consultazione in corso potranno potenzialmente assumere grande rilevanza e diventare un utile strumento di lavoro per tutti gli operatori del settore, se si considera l'ampiezza dell'ambito di applicabilità dello strumento delle consultazioni: dagli appalti di lavori, servizi e forniture, indipendentemente dal valore dell'affidamento,

alle concessioni.

Da qui l'importanza strategica di una buona regolazione, anche e soprattutto a livello di *soft law*, considerata la vaghezza e stringatezza delle attuali previsioni legislative sul tema.

### 1. Le finalità dello strumento delle consultazioni preliminari

Secondo quanto si legge nel documento in esame, le consultazioni preliminari di mercato, da attivarsi **prima** dell'avvio di una procedura selettiva per l'affidamento di un appalto, sono finalizzate alla **predisposizione degli atti di gara**, allo **svolgimento della relativa procedura**, nonché a **fornire informazioni agli operatori** circa le procedure programmate e i requisiti relativi alle stesse. Altro scopo dichiarato è quello di **calibrare obiettivi e fabbisogni della stazione appaltante e realizzare economie di mezzi e risorse**, anche in relazione all'assetto del mercato, servendosi dell'ausilio di soggetti qualificati.

Ciò che rileva è che, alla base della consultazione, ci deve essere un'**effettiva esigenza** dell'amministrazione di acquisire elementi utili alla predisposizione della documentazione relativa al procedimento selettivo.

Lo strumento *de quo* è infatti particolarmente indicato nel caso in cui la stazione appaltante sia in procinto di avviare appalti complessi o sperimentali, magari con una spiccata componente tecnica o tecnologica, per la quale non ha sufficienti competenze o conoscenze al suo interno.

Considerata la sua funzione prettamente preparatoria, l'ANAC stabilisce che la consultazione debba svolgersi **dopo** la programmazione ma **prima** della determinazione a contrarre da cui prende avvio il procedimento per la selezione del contraente. Su questo punto, tuttavia, l'Autorità si mostra aperta a valutazioni differenti. Nella nota illustrativa che accompagna la bozza di Linee guida si legge infatti che la norma <<si

presta ad essere interpretata nel senso che esso (*ndr*: l'istituto delle consultazioni preliminari) possa essere svolto successivamente alla già avvenuta programmazione, in considerazione del dato letterale che fa riferimento agli appalti "programmati">>. Tuttavia, parte della dottrina

sostiene invece che la consultazione possa collocarsi <<anche prima della fase della programmazione, in ragione del richiamo alla "pianificazione", *rectius* programmazione, della procedura, di cui al secondo periodo del secondo comma dell'articolo 66>>.

L'ANAC ritiene però non condivisibile la seconda opzione interpretativa, che a suo parere muove da una forzatura lessicale

tesa a leggere il termine pianificazione come programmazione.

<<La pianificazione di cui al citato periodo - si legge nella nota illustrativa -, infatti, non solo è semanticamente più appropriata con riguardo alla materia dell'urbanistica, ma - nella norma - appare riferita alla singola procedura e non al complesso delle intenzioni di acquisto della stazione appaltante>>. Da ciò, l'accoglimento dell'interpretazione secondo la quale la consultazione preliminare **è riferita alla singola procedura selettiva ed è svolta dopo la già avvenuta programmazione**. Tuttavia, in considerazione della constatata coesistenza di interpretazioni difformi, l'Autorità invita gli *stakeholder* a rappresentare le proprie osservazioni sul punto.

In linea con quanto sin qui evidenziato, va da sé che non sia consentito lo svolgimento di consultazioni in merito a procedure selettive già avviate, anche se sospese, trattandosi di istituto di natura intrinsecamente preparatoria alle procedure medesime.

In altri termini, lo strumento delle consultazioni preliminari persegue il duplice scopo di colmare

**Le consultazioni preliminari perseguono il duplice scopo di colmare le carenze conoscitive della stazione appaltante così da permetterle di predisporre gli atti di gara con maggiore competenza ed efficacia, nonché di informare il mercato circa le proprie intenzioni di acquisto, per realizzare affidamenti in base ai migliori criteri tecnici e concorrenziali.**





le carenze conoscitive - sotto il profilo tecnico, scientifico, organizzativo o economico - della stazione appaltante e di permetterle di predisporre gli atti di gara con maggiore competenza ed efficacia, nonché di informare il mercato circa le proprie intenzioni di acquisto e dei relativi requisiti che saranno richiesti, così che gli affidamenti possano avvenire in base ai migliori criteri tecnici e concorrenziali, garantendo infine economie di mezzi e risorse.

Solo per fare alcuni esempi, lo svolgimento di una consultazione preliminare di mercato può essere particolarmente indicato per appalti molto innovativi dal punto di vista tecnologico, o che spazino in ambiti sperimentali, per i quali è difficile che la stazione appaltante abbia al suo interno una conoscenza completa ed approfondita delle specifiche tecniche necessarie. Si pensi alla consultazione propedeutica alla progettazione di una rete radio per comunicazioni in situazioni di emergenza, da utilizzarsi con finalità di protezione civile e di tutela ambientale e del territorio<sup>1</sup>.

Ancora, la consultazione preliminare potrebbe rivelarsi particolarmente utile nel caso in cui la stazione appaltante intenda utilizzare strumenti finanziari nuovi o comunque poco conosciuti ed impiegati dai committenti pubblici, quale ad esempio il noleggio a lungo termine, adesso molto diffuso nel settore automobilistico privato ma la cui applicabilità nel settore pubblico deve essere attentamente valutata sotto il profilo della convenienza, dell'efficacia e dell'economicità. Si pensi ad un appalto per il rinnovo di un parco mezzi di una pubblica amministrazione: se è vero, infatti, che, per autoveicoli ordinari, il canone di noleggio assorbirebbe tutte le spese accessorie e lo strumento del noleggio garantirebbe auto sempre nuove ed in efficienza, si deve considerare d'altra parte che una spesa fissa pluriennale, non compensata da alcun incremento del patrimonio dell'amministrazione, potrebbe rivelarsi esorbitante a seconda del tipo di mezzi che si intende noleggiare (mezzi pesanti o speciali per i quali l'ammontare complessivo

dei canoni potrebbe di gran lunga superare il costo di acquisto). In un caso come questo, lo strumento della consultazione potrebbe essere utilmente impiegato per sondare la percorribilità della soluzione finanziaria ipotizzata. Può infatti succedere che, a seguito della consultazione preliminare, la stazione appaltante, raccolte le dovute informazioni, decida di non percorrere la strada inizialmente pensata ma di formulare una differente soluzione o, al limite, di non avviare affatto alcuna procedura di gara.

## **2. Distinzione tra consultazioni preliminari ex art. 66 e indagini di mercato finalizzate alla scelta del contraente**

L'ANAC sottolinea l'importanza del rispetto delle finalità dell'istituto in esame, al fine di non snaturarlo. Se infatti lo stesso fosse impiegato per richiedere l'approvazione, comunque manifestata, da parte del mercato, relativamente alle scelte, esclusivamente riservate alla stazione appaltante, circa le future commesse, si sfocerebbe nel diverso istituto del dibattito pubblico. Allo stesso modo, le consultazioni non possono essere utilizzate per finalità meramente divulgative, scopo al quale è invece destinato il differente strumento dell'avviso di pre-informazione.

L'importanza che l'Autorità annette alla precisa individuazione delle finalità dell'istituto è dimostrata altresì dal fatto che le Linee guida impongono alle stazioni appaltanti di esplicitare con chiarezza, negli atti di avvio della consultazione preliminare, le precise e distinte finalità della stessa e ciò, in particolare, al fine di sgombrare il campo da incomprensioni e false aspettative degli operatori economici. La consultazione preliminare di mercato infatti non può in nessun caso costituire una procedura di affidamento di un contratto pubblico e **non è possibile per le stazioni appaltanti mutare in alcun modo la natura del procedimento in corso o orientarne le finalità nel senso di una procedura diversa da quella**

1. È il caso di una buona pratica messa in atto dalla Regione Autonoma della Sardegna in previsione dell'affidamento di un appalto complesso.

**con cui è stato dato avvio alla consultazione.**

In proposito, la nota illustrativa allegata alle Linee guida specifica che le stazioni appaltanti debbano assicurare che le consultazioni preliminari siano tenute **distinte**, in modo netto ed evidente, dalle procedure di gara che assumono tratti di negoziazione o di procedimento condiviso per l'individuazione dell'oggetto contrattuale, quali, ad esempio, il dialogo competitivo<sup>2</sup> o la procedura negoziata<sup>3</sup>. Vi è infatti una differenza intrinseca tra la consultazione preliminare qui esaminata e le indagini di mercato previste per la procedura negoziata di cui all'art. 66 o in altre disposizioni del Codice, da ravvisarsi nella impossibilità, per la prima, di costituire condizione di accesso alla gara a fronte invece della funzione, propria e intrinseca delle seconde, di rappresentare un presupposto indispensabile per prendere parte alla procedura negoziata di cui costituiscono il primo passo.

In coerenza con il fatto che la consultazione preliminare ex art. 66 non è e non può essere una fase della procedura di scelta del contraente, l'ANAC chiarisce che dall'utilizzo della procedura di consultazione non potranno derivare vincoli per la stazione appaltante, né alcuna pretesa da parte degli operatori del mercato allo svolgimento della successiva procedura di scelta annunciata, neanche nelle forme della legittima aspettativa. Di conseguenza, dalla

consultazione **non** derivano obblighi connessi a responsabilità precontrattuale, potendo la stazione appaltante interrompere, modificare, prorogare o sospendere la procedura in qualsiasi momento, con l'unico obbligo di restituire, dietro richiesta dei soggetti intervenuti, la documentazione da questi depositata.

**3. La procedura di consultazione**

Come sopra accennato, le disposizioni del Codice in tema di consultazioni preliminari non dicono molto, forse volutamente, sul procedimento da seguire in quanto il legislatore ha voluto lasciare libere le stazioni appaltanti di svolgere tale procedura in modo flessibile, senza inutili aggravii.

Coerentemente con tale scelta legislativa, anche ANAC non detta regole rigide, anche per rispettare il generale divieto di *gold plating*. L'Autorità si

limita ad individuare più che altro principi generali di condotta finalizzati a garantire il corretto perseguimento delle finalità che la stazione appaltante si prefissa con la consultazione.

In primo luogo, è essenziale che della consultazione preliminare sia data adeguata pubblicità mediante un avviso, denominato atto o avviso di consultazione preliminare di mercato, con il quale si rende manifesto al mercato l'avvio del procedimento.

**La consultazione preliminare di mercato ex art. 66 del Codice va tenuta nettamente distinta dalle altre forme di indagine previste dalla normativa sugli appalti, in quanto la prima, a differenza delle seconde, non può mai costituire una condizione di accesso alla successiva procedura di scelta del contraente.**



2. Nel dialogo competitivo – che è a tutti gli effetti una procedura di scelta del contraente - la stazione appaltante instaura un dialogo con i partecipanti selezionati finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità. In tale procedimento ci si scambiano informazioni e si discutono con i partecipanti tutti gli aspetti dell'appalto, con finalità non meramente conoscitive.

3. La procedura competitiva con negoziazione consiste in un procedimento in cui gli operatori economici rispondono a un avviso pubblico della stazione appaltante con una offerta iniziale che costituisce la base per la successiva negoziazione. Anche la negoziazione, come il dialogo competitivo, si fonda sulla progressiva individuazione delle esigenze dell'amministrazione e, trattandosi anche in questo caso di una procedura di scelta del contraente, si conclude con un provvedimento di aggiudicazione.

L'avviso di consultazione deve essere pubblicato nel profilo di committente, nella sezione amministrazione trasparente, ma ciascuna stazione appaltante può stabilire ulteriori forme di pubblicità, secondo un criterio di proporzionalità. In alternativa all'avviso pubblico – laddove la consultazione abbia quali destinatari esclusivamente soggetti pubblici e non operatori economici – la stessa può essere altresì introdotta mediante semplice lettera di consultazione.

Coerentemente con il principio secondo cui le forme di pubblicità prescelte debbano conformarsi al principio di proporzionalità, l'Autorità ha quindi stabilito che quando la consultazione coinvolga operatori economici o soggetti, direttamente o indirettamente, idonei a partecipare alla successiva fase competitiva, la forma di pubblicità dell'avviso pubblico risponde maggiormente a criteri di proporzionalità e di tutela della concorrenza e della *par condicio*. Di contro, sarà sufficiente una mera lettera di invito laddove la stazione appaltante intenda limitare la consultazione esclusivamente a determinati soggetti – di natura pubblicistica – e, pertanto, disinteressati alla successiva eventuale procedura di scelta del contraente.

Qualunque sia l'atto introduttivo della consultazione, in esso vi deve essere una corretta e adeguata esplicitazione dei presupposti e delle finalità che, in concreto, giustificano il ricorso alla consultazione preliminare. Inoltre, in esso devono

essere specificate le esigenze informative e conoscitive della stazione appaltante procedente, le tipologie di contributi richiesti, la forma di contributo ammissibile, i tempi previsti per la presentazione dei contributi e, ove possibile, quelli per la pubblicazione della procedura selettiva e per lo svolgimento del contratto, nonché gli effetti di incompatibilità determinati dalla partecipazione alla consultazione e le modalità di svolgimento della procedura<sup>4</sup>. Ciò, al fine di chiarire da subito quale è lo scopo perseguito dalla stazione appaltante, il fatto che non si tratti di una procedura di scelta del contraente e, infine, quali sono i contenuti specifici su cui la stazione appaltante necessita di apporti conoscitivi dal mercato.

**La consultazione preliminare di mercato può essere introdotta con avviso pubblico o con lettera di consultazione, a seconda dei destinatari, e deve indicare le esigenze conoscitive della stazione appaltante, la forma di contributo richiesto, i tempi previsti per la presentazione dei stessi e, ove possibile, quelli per la pubblicazione della procedura selettiva, nonché le modalità di svolgimento della medesima.**

Occorre infatti dire che, talvolta, la stazione appaltante può aver bisogno soltanto di una consultazione parziale, vertente su alcuni specifici aspetti dell'appalto da bandire. Ne consegue che un'adeguata ed esaustiva motivazione, che espliciti con chiarezza i presupposti e le ragioni che hanno spinto l'Amministrazione ad avviare la consultazione preliminare, è elemento indispensabile per consentire agli operatori

che vi partecipano a formulare al meglio i propri contributi ed osservazioni. Gli atti di consultazione devono, in ogni caso, specificare che il contributo è prestato gratuitamente, senza diritto a rimborsi spese.

Per quanto attiene al possibile contenuto dei contributi richiesti, l'ANAC stabilisce che i partecipanti alla consultazione possono fornire

4. L'art. 66 del Codice, al comma 2, prevede infatti che: <<le amministrazioni aggiudicatrici possono acquisire consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica da parte di esperti, di partecipanti al mercato nel rispetto delle disposizioni stabilite nel presente codice, o da parte di autorità indipendenti. Tale documentazione può essere utilizzata nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbia l'effetto di falsare la concorrenza e non comporti una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza>>.

<<consulenze, relazioni, dati e altri documenti tecnici idonei a prestare il migliore apporto conoscitivo e informativo alla stazione appaltante procedente, relativamente all'individuazione del fabbisogno o delle soluzioni tecniche e/o organizzative idonee a soddisfare le esigenze funzionali indicate dalle stazioni appaltanti>>. Come sopra accennato, la consultazione può essere anche parziale, ossia limitata agli aspetti da chiarire di un determinato contratto. In tal caso, è anche possibile per l'Amministrazione somministrare appositi questionari che circoscrivano meglio le problematiche oggetto di consultazione.

Merita rilievo la precisazione secondo cui i soggetti che partecipano alla consultazione sono tenuti ad indicare se i contributi forniti contengano informazioni, dati o documenti protetti da diritti di privativa o comunque rivelatori di segreti aziendali, commerciali o industriali. Ciò al fine di consentire alla stazione appaltante, in fase di pubblicazione degli esiti della consultazione, di operare le necessarie omissioni per tutelare i diritti di privativa.

Gli operatori economici che partecipano alla consultazione devono altresì rendere ogni informazione utile a ricostruire la propria posizione nel mercato e la propria competenza nel campo di attività di cui alla consultazione, così che la stazione appaltante possa soppesare l'attendibilità delle informazioni fornite.

I contributi forniti devono, infine, rispettare i canoni della correttezza, chiarezza e trasparenza e rispondere con precisione ai quesiti della stazione appaltante circa la ricostruzione del fabbisogno dell'amministrazione.

#### 4. I soggetti ammessi alla consultazione

Per quanto concerne i soggetti ammessi a partecipare alla consultazione, si è già detto che l'ANAC ipotizza che le consultazioni possano essere rivolte a soggetti partecipanti al mercato e/o a soggetti pubblici e, a seconda dei destinatari, prevede differenti atti di avvio del procedimento. Occorre precisare che il concetto di soggetto

pubblico cui può essere rivolta la consultazione va inteso in senso lato ed include ministeri, agenzie, istituti scientifici pubblici, università, camere di commercio, ordini professionali, in relazione alle specifiche categorie di mercato interessate dalla consultazione.

Di converso, come l'Autorità ha modo di chiarire nella nota illustrativa di accompagnamento al documento di consultazione, la categoria dei "partecipanti al mercato" non necessariamente coincide con la categoria degli operatori economici, ovvero dei soggetti titolati alla partecipazione alla futura gara, ma vi possono essere compresi altri soggetti, quali, ad esempio, soggetti di ricerca o titolari di interessi collettivi e/o diffusi, quali associazioni di categoria, di rappresentanza di altri interessi, così come le associazioni di utenti. In questo senso, possono essere individuate organizzazioni di diversa natura, purché dotate di soggettività giuridica.

Sempre con riferimento ai soggetti ammessi a partecipare, la bozza di Linee guida in esame prevede che non sia da considerarsi condizione per la partecipazione il possesso dei requisiti generali e speciali di cui agli artt. 80 e 83 del Codice, né la stazione appaltante è tenuta alla relativa verifica. L'ANAC, invero, evidenzia come, nella prassi, sia frequente che le stazioni appaltanti richiedano ai soggetti partecipanti alla consultazione la sussistenza dei requisiti generali e speciali.

Secondo l'Autorità, tuttavia, posto che la richiesta di requisiti morali trova fondamento nell'esigenza per la pubblica amministrazione di trattare con soggetti dotati dei requisiti di dignità professionale dell'art. 80 e pertanto virtuosi, la *ratio* della richiesta di requisiti morali è invero giustificata <<**non già con riguardo alla fase delle trattative, ma sussiste per i fini contrattuali**>>.

Da ciò deriva che, in fase di semplice consultazione preliminare, non sia necessario l'accertamento dell'assenza di cause di esclusione della legittimazione a contrattare con la pubblica amministrazione, di cui all'art. 80 e il medesimo ragionamento può farsi anche con riferimento alla sussistenza dei requisiti speciali.



Secondo l'ANAC, «le stazioni appaltanti non possono, infatti, limitare la partecipazione alla consultazione preliminare sulla base di requisiti tecnici, economici o organizzativi. Tale opzione è sembrata preferibile a quella opposta riscontrata nella prassi, sia in ossequio al divieto di *gold plating*, sia sulla base della considerazione secondo cui non è sempre possibile verificare il possesso di tali requisiti in capo ai soggetti che intervengono. In primo luogo, perché **sono ammessi anche soggetti che non sono operatori economici, la cui verifica dei requisiti sarebbe impossibile o inappropriata**; in secondo luogo, per il **carattere tipicamente transitorio di alcuni requisiti**, che potrebbero non essere ancora nella disponibilità del soggetto che aderisce alla consultazione al momento della stessa, ma ben essere presenti al momento della gara; in terzo luogo, perché **la capacità di fornire consulenza non è necessariamente legata a una determinata capacità tecnico-economica**.

L'acquisizione di contributi presentati da soggetti non qualificati potrebbe, al massimo, condurre ad un onere motivazionale, in caso di loro valutazione positiva».

Le osservazioni dell'Autorità sul punto sono – a parere di chi scrive – condivisibili. Considerata la massima flessibilità dello strumento delle consultazioni, inserire in esso un sub-procedimento di verifica dei requisiti risulterebbe un inutile appesantimento della procedura e non aggiungerebbe alcunché ai contributi tecnici o conoscitivi che ciascun soggetto partecipante può in linea teorica fornire, a prescindere dai requisiti di moralità o di professionalità dallo stesso posseduti. In coerenza con il fatto che la consultazione preliminare non è e non può essere mai condizione per l'accesso alla successiva procedura di selezione del contraente, la bozza di Linee guida specifica

infine che è fatta sempre salva la libertà dei soggetti invitati di non aderire alla consultazione, senza che ciò pregiudichi in alcun modo la loro eventuale, futura partecipazione.

### **5. Il procedimento di scelta del contraente a valle della consultazione preliminare**

La consultazione preliminare è propedeutica alla procedura di selezione del contraente ma è nettamente distinta da essa nel senso che dalla prima non devono scaturire né vantaggi né svantaggi per i partecipanti rispetto alla successiva procedura.

È di fondamentale importanza che la consultazione preliminare sia progettata e realizzata in modo tale da evitare effetti distorsivi del mercato e lesivi della concorrenza. Per tale ragione la bozza di

Linee guida raccomanda alle stazioni appaltanti di rendere note *ex ante* le modalità con cui le stesse tratteranno le informazioni ricevute e le misure compensative della eventuale lesione concorrenziale, così da mettere in chiaro da subito le "regole del gioco" e chiarire ai futuri partecipanti alla consultazione i "rischi" connessi ad eventuali comportamenti tesi a voler orientare o comunque condizionare la stazione appaltante nel

procedimento di scelta che segue.

Da parte sua, la stazione appaltante ha l'onere di elaborare i contributi ricevuti nell'ambito della consultazione e trarre le proprie conclusioni, ovviamente non limitandosi a recepire passivamente quanto suggerito dai partecipanti alla consultazione. Ciò al fine di scongiurare qualsivoglia effetto dissuasivo sulla partecipazione alla procedura selettiva e – in modo particolare

**Il possesso dei requisiti generali e speciali di cui agli artt. 80 e 83 del Codice non possono costituire condizione per la partecipazione alla consultazione preliminare sia perché sono ammessi anche soggetti che non sono operatori economici sia perché la capacità di fornire consulenza non è necessariamente legata a una determinata capacità tecnico-economica.**



– l'effetto escludente che deriva dalla lesione concorrenziale dovuta al contributo fornito.

Delle valutazioni effettuate sulla base delle risultanze della medesima, l'amministrazione deve dar conto nella determina a contrarre che avvia il conseguente procedimento di scelta del contraente. Anche laddove, in esito alla consultazione, la stazione appaltante non opti per l'avvio di un procedimento selettivo, occorrerà esplicitare le ragioni sottese alla scelta con un apposito provvedimento, potrebbe dirsi una "determina a non contrarre".

La principale preoccupazione per l'Autorità, nel successivo procedimento di scelta del contraente, è che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato, o di un'impresa ad esso collegata, alla consultazione preliminare. Per tale ragione l'Autorità individua, oltre alle misure adeguate minime enunciate dall'art. 67 del Codice, ulteriori misure volte a evitare che le informazioni, a qualunque titolo e in qualunque forma fornite in consultazione, comportino una lesione ai principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione.

Secondo la bozza di Linee guida, in coerenza con la previsione normativa, costituiscono misure minime di tutela della concorrenza e *par condicio* i seguenti accorgimenti:

- 1) la comunicazione da parte del RUP agli altri candidati o offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel quadro della partecipazione del candidato o dell'offerente alla preparazione della procedura;
- 2) la comunicazione da parte del RUP agli altri candidati o offerenti di informazioni pertinenti

ottenute a seguito di tale partecipazione;

- 3) la fissazione di termini adeguati per la presentazione delle offerte.

Costituisce invece una ulteriore misura adeguata, per ciò stesso, particolarmente raccomandata, soprattutto in funzione del principio di proporzionalità, la convocazione, adeguatamente pubblicizzata, di un evento pubblico ove svolgere una consultazione collettiva aperta.

Tali misure appaiono essenziali per non disincentivare, con la prevedibile e inopinata esclusione, la partecipazione degli operatori economici più virtuosi a fornire il proprio contributo consultivo.

È infatti interesse dell'Amministrazione che sia incentivata la partecipazione alla consultazione da parte dei soggetti più virtuosi, i quali saranno presumibilmente in grado di fornire preziosi apporti per colmare le

carenze conoscitive della stazione appaltante e, nel contempo, che agli stessi non sia preclusa la partecipazione alla successiva procedura selettiva.

La consultazione *on line* potrà, in questo senso, rivelarsi utile ad individuare ulteriori misure adeguate a evitare che le informazioni fornite in consultazione possano compromettere la partecipazione degli operatori economici alle procedure selettive.

Il fatto di rendere disponibili, in tempo utile alla partecipazione al procedimento selettivo, le informazioni acquisite o scambiate nel corso della consultazione e di fissare congrui termini di ricezione delle offerte, che consentano agli operatori economici di esaminare il materiale acquisito e di valutare le specifiche della documentazione di

**Laddove, nonostante le misure adottate dalla stazione appaltante, non sia stato possibile eliminare il vantaggio competitivo derivante dalla partecipazione del concorrente alla consultazione preliminare, occorre procedere alla sua esclusione, non prima però di avergli dato la possibilità di provare che la sua partecipazione alla procedura di gara non costituisce causa di alterazione della concorrenza.**



gara al fine di poter partecipare con un'offerta congrua e consapevole al procedimento selettivo, costituiscono quindi le misure minime poste a tutela della concorrenza e della parità di trattamento.

Ancora meglio sarebbe convocare una consultazione collettiva adeguatamente pubblicizzata, nel corso della quale tutti i partecipanti possano vedere chi sono gli altri "contendenti" e si possano esprimere attraverso un confronto diretto e trasparente.

Nell'ambito di tale massima forma di pubblicità, appare coerente la previsione secondo la quale, all'esito della consultazione, l'amministrazione procedente pubblici integralmente i contributi depositati, fatta salva la tutela dei diritti di privativa, per la quale la stazione appaltante può limitarsi a mettere a disposizione <<estratti, sunti o documenti che non contengano informazioni coperte da diritti di privativa, rivelatori di segreti aziendali, tecnici o commerciali o comunque non diffondibili>>.

## **6. L'esclusione dal procedimento selettivo che segue alla consultazione preliminare**

Nei casi in cui, nonostante gli accorgimenti adottati dalla stazione appaltante, non sia stato possibile eliminare il vantaggio competitivo derivante dalla partecipazione del concorrente alla consultazione preliminare, l'art. 67 del Codice impone la sua esclusione dalla gara. L'esclusione, tuttavia, rappresenta l'*extrema ratio*, utilizzabile soltanto quando non siano ravvisabili altri mezzi per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento.

Prima di adottare il provvedimento di esclusione, la stazione appaltante invita i candidati e gli offerenti entro un termine non superiore a dieci giorni, a provare che la loro partecipazione alla procedura di aggiudicazione non costituisce causa di alterazione della concorrenza, in conformità all'orientamento giurisprudenziale della Corte di giustizia, secondo cui non è ammissibile l'esclusione di un concorrente che abbia fornito un apporto alla gara, mediante la partecipazione alla consultazione preliminare,

senza concedergli la possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza da esso acquisita non ha potuto falsare la concorrenza.

In linea con i principi generali dell'ordinamento, il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara, per sua natura impugnabile, deve essere adeguatamente motivato, con riferimento, in particolare, alle ragioni che non hanno consentito di garantire in altro modo il rispetto del principio della *par condicio*.

Ciò che le Linee guida non dicono è quando deve essere adottato il provvedimento di esclusione. Si ritiene che il momento della valutazione di escludere o meno un concorrente muti al variare delle condizioni concrete che hanno determinato la violazione della *par condicio*.

In altri termini, se il vantaggio competitivo del concorrente che abbia in precedenza partecipato alla consultazione emerga in sede di offerta tecnica, una volta esaminato il contenuto della stessa, l'esclusione verrà disposta a conclusione della fase di valutazione tecnica. Se invece è evidente già dalla fase di qualifica che il concorrente, per ragioni connesse, ad esempio, alla sua posizione nel mercato, non può partecipare alla gara impostata in un dato modo senza che da tale partecipazione sorga per ciò stesso un vantaggio, a questo punto l'esclusione dovrà essere disposta da subito.

Vero è che la stazione appaltante ha il preciso e inderogabile onere di adottare tutte le misure possibili per evitare che la consultazione integri una violazione della concorrenza. Sotto questo profilo, sembra riduttivo prevedere l'esclusione nel caso di adozione delle sole <<misure minime>> come prevede il paragrafo 5.3 del documento di consultazione.

L'adozione delle ulteriori misure adeguate da parte dell'amministrazione appare sicuramente la soluzione più idonea per scongiurare o, comunque, ridurre il rischio di contenziosi da parte dei soggetti esclusi o di evitabili restringimenti del mercato, dannosi per la concorrenza.

D'altro canto, occorre vigilare affinché il

concorrente non abusi della opportunità offerta dalla consultazione, ad esempio, fornendo dati, informazioni o documenti alterati, incompleti o non veritieri, allo scopo di orientare il procedimento selettivo a suo vantaggio.

Gli operatori economici potrebbero essere infatti indotti a indirizzare il contenuto della consultazione per rendere il futuro procedimento selettivo artificialmente conforme alle proprie esigenze.

In tal caso, si configurerebbe un conflitto di interesse certamente non sanabile. Per scongiurare tale pericolo è importante che la stazione appaltante esamini i contributi forniti in fase di consultazione con spirito critico e li rielabori nell'ottica di costruire una procedura di selezione fondata su elementi conoscitivi e tecnici oggettivi e neutrali, nonché volta ad affidare l'appalto nel pieno rispetto dei canoni di efficacia, efficienza ed economicità.



# Corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione nell'RTI: un vero tramonto?

di Paola Cartolano

SOTTO  
LA  
LENTE

## Premesse

La disciplina che regola la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e l'esecuzione delle prestazioni da parte dei raggruppamenti temporanei di imprese ("RTI") non contempla più, come in passato, il principio di corrispondenza tra quote di partecipazione all'RTI e quote di esecuzione delle prestazioni ad esso affidate né la conseguente corrispondenza con i requisiti di qualificazione in capo a ciascuna impresa raggruppata nell'RTI.

Questo principio, che per gli appalti di forniture e servizi era già venuto meno nella vigenza del precedente regime normativo di cui al D.Lgs. n. 163/2006 e poi abrogata, deve considerarsi definitivamente superato alla luce delle disposizioni contenute nel Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ("Codice Appalti")?

Nel prosieguo del presente contributo cercheremo

di fornire una risposta all'interrogativo anche alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali.

## 1. La disciplina del D.Lgs. n. 163/2006

La disposizione originariamente contenuta nell'art. 37, comma 13<sup>1</sup> del D.Lgs. n. 163/2006, in base alla quale doveva sussistere una corrispondenza tra le prestazioni demandate alle singole imprese associate in un RTI e la quota di partecipazione

delle stesse all'RTI, è stata in un primo tempo limitata ai soli appalti di lavori (art. 1, comma 2-bis lettera a del DL n. 95/2012 come convertito dalla Legge n. 135/2012) e successivamente abrogata ai sensi dell'art. 12, comma 8 del DL n. 47/2014 come convertito dalla Legge n. 80/2014 il quale ha ridisegnato in profondità la materia, agendo su due piani: da un lato, appunto,

abrogando il comma 13 dell'art. 37 e dall'altro

**Il principio di corrispondenza tra quote di partecipazione all'RTI, quote di esecuzione delle prestazioni e requisiti di qualificazione deve considerarsi definitivamente superato alla luce del D.Lgs. 50/2016?**

1. Il comma 13 dell'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006 nella formulazione originaria disponeva che «*I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento*»; a seguito della modifica apportata dall'art. 1, comma 2-bis lettera a del DL n. 95/2012 come convertito dalla Legge n. 135/2012, il medesimo comma 13 prevedeva che «*Nel caso di lavori, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento*».

modificando l'art. 92, comma 2<sup>o</sup> del DPR 207/2010 per gli appalti di lavori.

Dunque, nessuna previsione normativa imponeva - già nella vigenza del D.Lgs. n. 163/2006 a seguito delle richiamate modifiche - la corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione delle prestazioni. Questa impostazione, come vedremo, ha trovato conferma nel Codice Appalti.

Nel periodo di vigenza della disposizione di cui all'art. 37, comma 13 del D.Lgs. n. 163/2006 (riferita a tutti gli appalti, prima, ai soli appalti di lavori, dopo) la giurisprudenza si era consolidata nel senso di richiedere, a pena di esclusione e per tutte le tipologie di RTI, un obbligo di corrispondenza tra la quota di esecuzione delle prestazioni, da specificare espressamente in base al comma 4 dello stesso art. 37 (secondo cui «*Nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati*»), e la quota di partecipazione all'RTI stesso.

In caso di appalti di servizi e forniture, secondo quanto disposto dal comma 4 della menzionata norma, gli RTI che intendevano partecipare ad un appalto, avevano l'obbligo di indicare puntualmente le parti del servizio che saranno assunte e svolte da ciascuna impresa riunita.

Questo dovere non era messo in discussione della giurisprudenza, ed anche se (spesso) tale obbligo non era richiamato nella *lex specialis* di gara, esso

veniva imposto in base al noto principio della c.d. eterointegrazione del bando da parte della norma imperativa (in tal senso, *ex multis Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 giugno 2008, n. 2969*).

**Prima della novella del 2012**, la giurisprudenza amministrativa (*cf. Cons. St., sez. V, 29 settembre 2013, n. 4753; sez. VI, 20 settembre 2013, n. 4676*), per alcuni aspetti avvalorata da pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (*cf. 13 giugno 2012, n. 22 e 5 luglio 2012, n. 26*), si era consolidata - sulla scorta di una lettura unitaria della norma sancita dal comma 13 del D.Lgs. n. 163/2006 con quella di cui al comma 4 del medesimo articolo 37 - nell'affermazione di una corrispondenza sostanziale, già nella fase dell'offerta, tra le quote di partecipazione all'RTI e le quote di esecuzione delle prestazioni, costituendo la relativa dichiarazione requisito di ammissione alla gara, e non contenuto di obbligazione da far valere solo in sede di esecuzione del contratto ritenendo che l'obbligo di simmetria tra quota di esecuzione e quota di effettiva partecipazione all'RTI si imponesse *ex lege*.

La funzione dell'obbligo di corrispondenza fra quote di partecipazione ed esecuzione era ravvisata nell'esigenza di conoscenza preventiva, da parte della stazione appaltante, del soggetto incaricato di eseguire le prestazioni e della misura percentuale, al fine di rendere più spedita l'esecuzione del rapporto individuando ciascun responsabile; di agevolare la verifica della competenza dell'esecutore in relazione alla documentazione di gara; di prevenire la partecipazione alla gara di

2. Art. 92, comma 2 del DPR 207/2010, così sostituito dall'art. 12, comma 9 della Legge n. 80/2014 «*Per i raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 34, comma 1, lettera d), del codice, i consorzi di cui all'articolo 34, comma 1, lettera e), del codice ed i soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettera f), del codice, di tipo orizzontale, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l'impresa singola devono essere posseduti dalla mandataria o da un'impresa consorziata nella misura minima del 40 per cento e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10 per cento. Le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorzio. Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate*».

imprese non qualificate. Obbligo di dichiarazione in sede di offerta imposto per tutte le tipologie di RTI (costituiti, costituendi, verticali, orizzontali), per tutte le tipologie di prestazioni (scorporabili o unitarie, principali o secondarie), e per tutti i tipi di appalti (lavori, servizi e forniture).

In questo quadro giurisprudenziale si è inserita la **novella introdotta dal D.L. n. 95/2012** a seguito della quale l'obbligo di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione sancito dal più volte menzionato comma 13, era rimasto circoscritto ai soli appalti di lavori: per gli appalti di servizi e forniture continuava trovare applicazione unicamente la norma sancita dal comma 4 dell'art. 37, che imponeva alle imprese raggruppate il più modesto obbligo di indicare le parti del servizio o della fornitura facenti capo a ciascuna di esse, senza pretendere anche l'obbligo della corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione, fermo restando, però, che ciascuna impresa doveva essere qualificata per la parte di prestazioni che si impegnava ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella legge di gara. In entrambi i casi, le norme in questione continuavano ad esprimere un precetto imperativo da rispettarsi a pena di esclusione e erano dunque capaci di eterointegrare i bandi silenti.

Contemporaneamente **l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato** ha negato l'esigenza di una simultanea simmetria tra requisiti di qualificazione delle imprese associate, richiesti per la partecipazione all'RTI, da una parte, e quote di partecipazione all'RTI e quote di esecuzione delle prestazioni, dall'altra, fatte salve peraltro specifiche previsioni in proposito dettate della disciplina di gara (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 30 gennaio 2014, n. 7; 28 agosto 2014, n. 27).

**L'art. 37, comma 13 del D.Lgs. n. 163/2006, secondo cui doveva sussistere una corrispondenza tra le prestazioni demandate alle singole imprese associate in un RTI e la quota di partecipazione delle stesse all'RTI, in un primo tempo è stata limitata ai soli appalti di lavori e successivamente abrogata**



Secondo l'Adunanza Plenaria, pertanto, pur non essendo principio imposto *ex lege*, la suddetta corrispondenza ben può essere richiesta dalla *lex specialis di gara*, con ogni relativa conseguenza per il concorrente RTI che viola tale specifica disposizione. In difetto di particolari prescrizioni di gara siccome giustificate dalle esigenze relative allo specifico appalto da affidare, la distribuzione nell'ambito dell'RTI delle quote di partecipazione, nonché di esecuzione delle prestazioni e di possesso dei requisiti di qualificazione, era di norma liberamente modulabile.

Sul punto, si segnala la giurisprudenza successiva all'intervento dell'Adunanza Plenaria n. 27/2014 secondo cui «*non può dubitarsi che negli appalti*

*di servizi e forniture "non vige ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della *lex specialis* della gara". Ne consegue che non è comunque illegittima la *lex specialis* di gara che non abbia previsto la corrispondenza tra le quote: non vi è, infatti, alcuna disposizione normativa*

*che la impone. Rientra nella discrezionalità della stazione appaltante sia stabilire il fatturato necessario per la qualificazione delle imprese come la fissazione delle quote che devono essere possedute dalle imprese partecipanti ai raggruppamenti. E se essa ritenga di non dover inserire una clausola di tale tenore, valutando sufficiente limitarsi a prevedere una quota minima di fatturato a prescindere dalla quota di esecuzione della prestazione, non può disporsi l'esclusione di una concorrente per la mancanza di un requisito non previsto dalla *lex specialis* di gara, e neppure stabilito dalla legge mediante eterointegrazione» (cfr. Consiglio di Stato, sez. 3, sentenza del 13 settembre 2017, n. 4336).*

Come detto, la disciplina è stata successivamente modificata **nel 2014** in forza dell'art. 12, comma 8 del DL n. 47/2014 come convertito dalla Legge n. 80/2014 con l'abrogazione del comma 13 dell'art. 37 e la modifica dell'**art. 92, comma 2 del DPR 207/2010** per gli appalti di lavori.

In base a tale nuova disciplina, negli RTI di tipo orizzontale per gli appalti di lavori, la mandataria deve possedere i requisiti nella misura minima del 40%, mentre le mandanti devono possederne la restante parte, con un limite minimo del 10% ciascuna. Entro i suddetti limiti, le imprese raggruppate possono ripartirsi le quote di partecipazione all'RTI in maniera libera, con due soli vincoli:

a) la quota di partecipazione all'RTI di ciascuna impresa non può essere superiore alla percentuale dei requisiti di qualificazione posseduti;

b) in ogni caso, la percentuale dei requisiti in capo alla mandataria – e quindi anche la quota di partecipazione all'RTI – deve essere superiore alla percentuale – e alla quota di partecipazione – posseduta da ciascuna delle mandanti.

Infine, viene sancito che i lavori sono eseguiti in base alle quote di partecipazione all'RTI indicate in sede di offerta, sulla base dei criteri sopra delineati, ferma restando la possibilità di modificare questa suddivisione in fase di esecuzione del contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante che deve verificare che la nuova ripartizione sia coerente con la misura dei requisiti di qualificazione posseduti da ciascuna delle imprese raggruppate.

In sostanza, la disciplina introdotta ha comportato che per i lavori deve esservi corrispondenza tra quote di partecipazione all'RTI e quote di esecuzione, ma non necessariamente tra quote di partecipazione e requisiti di qualificazione.

## 2. La disciplina del D.Lgs. n. 50/2016

Passiamo ora ad esaminare la nuova disciplina del Codice Appalti.

All'**art. 83 comma 8 del Codice Appalti** il legislatore ha previsto che *«Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. Per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g)<sup>3</sup>, nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle».*

E ancora l'**art. 48 del Codice Appalti**, così come integrato dal Decreto Legislativo n. 56/2017

3. Art. 45 D.Lgs. n. 50/2016 «2. Rientrano nella definizione di operatori economici i seguenti soggetti:

- ...
- d) *i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti;*
  - e) *i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile;*
  - f) *le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'articolo 3, comma 4-ter, del decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33;*
  - g) *i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240».*



("Decreto Correttivo"), al comma 4 dispone che «*Nel caso di lavori, di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati*».

Alla luce della disciplina contenuta nel Codice Appalti agli art. 45, comma 2, lettera d) relativo agli RTI ed all'art. 48, deve registrarsi, in attuazione dell'interesse pubblico a favorire la più ampia partecipazione alle gare anche delle micro, piccole e medie imprese, il **definitivo tramonto del principio di corrispondenza tra quote di partecipazione all'associazione plurisoggettiva e le quote di esecuzione del contratto**, per ogni tipologia di contratto e di associazione.

Rimane pertanto l'assenza di vincoli di legge sulla corrispondenza, nell'ambito delle imprese associate, tra quote di partecipazione all'RTI, quote di prestazioni da eseguire e quote di requisiti posseduti e **resta l'obbligo, sancito dal comma 4 dell'art. 48 del Codice Appalti, di indicare "le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati"**, essendo devoluta alla stazione appaltante la determinazione, unitamente ai livelli minimi di capacità per i concorrenti, anche "le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti" agli RTI.

La facoltà riconosciuta dal Codice Appalti all'**art. 45**, commi 4 («*Le stazioni appaltanti possono imporre alle persone giuridiche di indicare, nell'offerta o nella domanda di partecipazione a procedure*

*di aggiudicazione di appalti di servizi e di lavori, nonché di forniture che comportano anche servizi o lavori di posa in opera e di installazione e di concessioni, il nome e le qualifiche professionali delle persone fisiche incaricate di fornire la prestazione relativa allo specifico contratto*») e 5 («*Le stazioni appaltanti possono richiedere ai raggruppamenti di operatori economici condizioni per l'esecuzione di un appalto o di una concessione diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, purché siano proporzionate e giustificate da ragioni oggettive*») e dal richiamato **art. 83**, comma 8, alla stazione appaltante di introdurre soglie ulteriori rispetto ai requisiti minimi di esecuzione richiesti alle singole imprese dell'RTI è stata prevista per assicurare, nei limiti della proporzionalità, l'interesse pubblico alla corretta esecuzione degli appalti.

Relativamente agli **appalti di servizi e forniture**, dunque, l'ente appaltante può imporre che ciascuna impresa raggruppata abbia una soglia minima di qualificazione, cioè una percentuale predeterminata dei relativi requisiti. Tuttavia, a tale percentuale non deve necessariamente corrispondere la medesima percentuale di partecipazione all'RTI e, conseguentemente, di esecuzione delle prestazioni. Sotto entrambi i profili, infatti, le imprese raggruppate mantengono un'ampia autonomia, potendo quindi conformare le modalità di partecipazione al raggruppamento e la suddivisione dell'esecuzione delle prestazioni secondo criteri svincolati da qualunque previsione normativa di carattere prescrittivo.

La questione della ripartizione dei requisiti di qualificazione, delle quote di partecipazione e delle quote di esecuzione tra le imprese raggruppate si presenta in termini più complessi negli **appalti di lavori**.

**Con il D.Lgs. 50/2016 rimane l'assenza di vincoli di legge sulla corrispondenza tra quote di partecipazione all'RTI, quote di prestazioni da eseguire e quote di requisiti posseduti e resta l'obbligo, sancito dal comma 4 dell'art. 48 del Codice Appalti, di indicare "le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati"**



Il quadro preesistente è stato infatti mutato con l'entrata in vigore del Codice Appalti, e in particolare dalla novità introdotta dal Decreto Correttivo che ha inserito, nell'ambito del comma 8 dell'articolo 83 (secondo periodo) la previsione in base alla quale le stazioni appaltanti possono indicare nel bando le misure in cui i requisiti di qualificazione devono essere posseduti da ciascuna delle imprese raggruppate o consorziate, fermo restando che l'impresa mandataria deve possedere tali requisiti (ed eseguire le prestazioni) in misura maggioritaria.

Viene quindi modificato l'assetto normativo fino ad oggi vigente secondo cui la misura dei requisiti per gli appalti di lavori venga stabilita in via normativa dall'art. 92 del DPR 207/2010, tuttora in vigore secondo il regime transitorio del Codice Appalti. Con la modifica del Decreto Correttivo è stato previsto invece da un lato che la determinazione di tale misura sia operata di volta in volta dal singolo ente appaltante in sede di bando; dall'altro, che tale determinazione sia eventuale, potendo quindi per ipotesi anche mancare del tutto.

### 3. Se la *lex specialis* non prevede soglie ulteriori?

Alla luce della citata facoltà riconosciuta dagli articoli 45, commi 4 e 5 e 83, comma 8 del Codice Appalti alla stazione appaltante di introdurre soglie ulteriori rispetto ai requisiti minimi di esecuzione richiesti alle singole imprese dell'RTI, la giurisprudenza più recente si è interrogata per verificare **cosa accade quando la stazione appaltante nulla abbia previsto nella *lex specialis*.**

A riguardo si registrano due orientamenti:

1) un primo orientamento, prevalente in giurisprudenza, secondo cui l'obbligo imposto alle imprese raggruppate dall'articolo 48, comma 4 del Codice Appalti di indicare le parti dell'appalto che saranno eseguite da ciascuna di esse non comporta la automatica corrispondenza tra quote di partecipazione e di esecuzione; se, pertanto, la *lex specialis* nulla prevede in ordine alla corrispondenza tra requisiti di qualificazione e

quote di prestazione, il principio di corrispondenza non vige;

2) un secondo orientamento, sostenuto prevalentemente da una giurisprudenza di primo grado, in base al quale il silenzio del legislatore avrebbe creato una vera e propria lacuna da colmare facendo ricorso ai principi generali desumibili dal sistema.

L'orientamento trae origine dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 11 novembre 2016 n. 4684 che ritiene *"immanente all'intero sistema degli appalti pubblici il principio di necessaria qualificazione"* per il quale ciascuna impresa esecutrice, a qualsiasi titolo, deve essere qualificata per la prestazione che deve eseguire.

Deve pertanto ritenersi ancora vigente, anche alla luce del Codice Appalti, il principio di corrispondenza tra requisiti di qualificazione della singola impresa e quote di esecuzione della prestazione, non essendo assimilabili, quanto a struttura e ad effetti, i requisiti di partecipazione e quelli di qualificazione poiché sono finalizzati a realizzare diversi interessi (T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. IV, 22 gennaio del 2018 n. 157, T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 26 aprile 2018, n. 2782).

Con particolare riferimento agli appalti di lavori, in ambito giurisprudenziale è stato osservato (T.A.R. Bolzano, sez. I, sentenza 5 aprile 2018, n. 113) che *"... il previgente obbligo della corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione dei lavori è ormai venuto meno con l'abrogazione, in forza del d.l. 47/2014, del comma 13 dell'art. 37 del d.lgs. 163/2006. Tale c.d. liberalizzazione delle quote esecutiva non ha fatto, comunque, venir meno l'ulteriore condizione del possesso della quota di qualificazione necessaria ad eseguire la quota dell'appalto dichiarata nell'offerta. Precisa in merito il sopra citato comma 2 dell'art. 92 D.P.R. 207/2010, come modificato dal d.l. 47/2014, esprimente la voluntas legis tesa a superare il rigido principio di parallelismo tra quote di partecipazione al raggruppamento e quelle di esecuzione, che "i lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante*

che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate.” Un tanto premesso è evidente che le diverse quote, ossia quelle di partecipazione, di qualificazione e di esecuzione relative ai diversi soggetti che partecipano in associazione temporanea di imprese ad una gara pubblica devono essere tra di loro tenute distinte e non possono essere equiparate o confuse. ... I **requisiti di qualificazione**, infatti, attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che aspira all'aggiudicazione del lavoro e riguardano un aspetto essenziale per la valutazione delle potenzialità o meglio della capacità dell'aspirante a realizzare quanto poi eventualmente aggiudicatogli; la **quota di partecipazione** ha riflessi in riferimento alla responsabilità del componente del raggruppamento e la **quota di esecuzione** rappresenta meramente la parte di lavoro che verrà realizzata (cfr. C.d.S. sent. n. 3666/2016). Come precisato il legislatore prescrive che le quote di partecipazione non siano

eccedenti rispetto ai requisiti di qualificazione e precisa che le quote di esecuzione sono suscettibili di modifica nei limiti della compatibilità con i requisiti di qualificazione delle singole imprese...

Come è altrettanto pacifico in giurisprudenza che “in un'ATI orizzontale, o mista con sub-raggruppamenti orizzontali, **ciò che rileva è il possesso dei requisiti di qualificazione in percentuale non inferiore ad una soglia minima, senza che a tale soglia debba necessariamente corrispondere l'entità delle quote di partecipazione al raggruppamento, per converso rientrando nella piena disponibilità degli associati**” (C.d.S., n. 374 del 27 gennaio 2015)».

Ed ancora, sempre la giurisprudenza (cfr. T.A.R. Emilia Romagna-Bologna, Sez. I, 6 marzo 2018, n. 206) ha evidenziato che «La normativa sugli appalti non richiede più la corrispondenza tra le quote di partecipazione al raggruppamento e le quote di esecuzione dei lavori, ma è tuttora necessario che il singolo concorrente raggruppato

deve essere qualificato ad eseguire la quota di lavori che ha dichiarato di volere assumere in sede di partecipazione alla gara. Infatti l'art. 92, comma 2, D.P.R. 207/2010 stabilisce che “Le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato” (vedasi sul punto ex multis TAR Emilia Romagna 810/2017, TAR Veneto 930/2017, TAR Campania 434/2017). Inoltre il paragrafo 2.4 del Disciplinare di gara specifica che “i raggruppamenti di tipo orizzontale, di cui all'art.

45, comma 2 lett. d) del Codice ... nell'offerta devono specificare le categorie di lavori, con le relative quote, che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati. I requisiti di qualificazione richiesti dal presente disciplinare devono essere posseduti complessivamente dal concorrente nella sua interezza e, pro quota, dai singoli partecipanti del

raggruppamento/consorzio ordinario in base alla propria quota di esecuzione indicata in sede di gara. La circostanza è rilevante poiché, al di là dell'esistenza di posizioni meno rigorose sull'argomento come quella richiamata dalla ricorrente, **è stato sempre ribadito il principio del doveroso rispetto della volontà esternata dalla lex specialis, cui è rimessa la definizione della regola partecipativa**».

Si evidenzia da ultimo la sentenza del **T.A.R. Piemonte-Torino, Sez. I, 6 giugno 2018 n. 704** con cui il Giudice Amministrativo ha aderito al secondo orientamento secondo il quale le quote di esecuzione che ogni impresa ha l'obbligo di indicare nell'offerta sono funzionali alla verifica della sua capacità imprenditoriale.

Ritiene il Collegio che, anche se la normativa vigente non richiede più la corrispondenza tra le quote di partecipazione all'RTI e le quote di esecuzione, è tuttora necessario che il singolo concorrente

### La c.d. liberalizzazione delle quote esecutiva non ha fatto venir meno l'ulteriore condizione del possesso della quota di qualificazione necessaria ad eseguire la quota dell'appalto dichiarata nell'offerta



raggruppato sia qualificato ad eseguire la quota che ha dichiarato di voler assumere in sede di partecipazione alla gara, sia quando la *lex specialis* richieda requisiti ultronei di partecipazione rispetto alla quota di esecuzione, sia quando non li richieda.

Il mancato ricorso da parte della stazione appaltante all'esercizio della discrezionalità nella previsione di un livello minimo di capacità per i singoli componenti dell'RTI ai sensi dell'art. 83, comma 8 del Codice Appalti non equivale a rinuncia alla verifica della capacità imprenditoriale; il bando può prevedere quote di qualificazione in misura superiore rispetto a quella esecutiva minima, che deve essere comunque essere posseduta anche in assenza di specifiche previsioni sul punto.

Ad avviso del Collegio la soluzione contraria condurrebbe a risultati elusivi del principio, immanente nel sistema, di affidabilità degli operatori economici, riconfermato nell'articolo 48, commi 17, 18 e 19 del Codice Appalti nei quali si afferma che ogni mandante deve possedere i requisiti di qualificazione in misura coerente alla quota di prestazioni che eseguirà.

La ragione fondamentale a sostegno di tale tesi è che la stazione appaltante deve essere messa in grado di verificare l'affidabilità degli operatori economici chiamati ad eseguire le prestazioni e per fare ciò non può che fare riferimento ai requisiti di qualificazione da essi posseduti.

Né si può ammettere che questa legittima esigenza possa essere superata in virtù del principio della massima apertura al mercato, giacché detto principio non può estendersi fino al punto da mettere in pericolo la corretta esecuzione dell'appalto. D'altronde se non si ritenesse vigente il principio della corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione si consentirebbe all'RTI di concludere degli accordi interni totalmente disancorati dalla reale capacità imprenditoriale dei singoli componenti.

Neppure la responsabilità solidale prevista dal comma 5 dell'art. 48 del Codice Appalti tra le imprese componenti il RTI potrebbe far venir meno – secondo i giudici piemontesi – la necessaria corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione: secondo il TAR, infatti, *“i due istituti operano su piani e momenti differenti: il principio di corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione opera a monte e si preoccupa di garantire la scelta di operatori economici affidabili già prima dell'aggiudicazione, mentre la responsabilità solidale opera a valle e si preoccupa di assicurare il risarcimento di un danno che il principio di corrispondenza mira ad evitare»*.

Alla luce delle osservazioni sopra svolte, il Collegio conclude quindi affermando che *«anche in seguito alla liberalizzazione dei requisiti di partecipazione, il principio di corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione deve, pertanto, considerarsi cogente, imposto dal sistema a prescindere dalle previsioni operate dalla lex specialis»*.

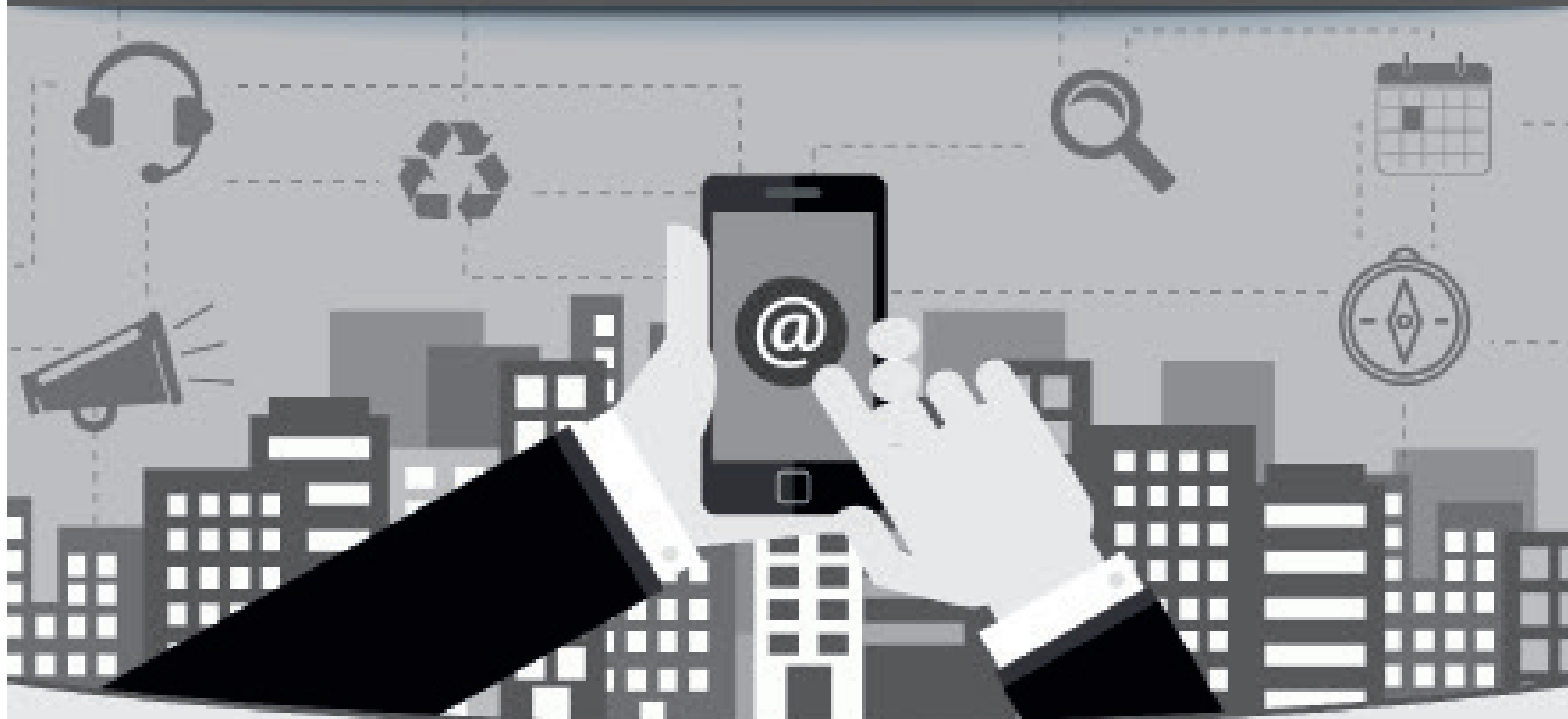
#### 4. Conclusioni

Alla luce delle ultime pronunce giurisprudenziali sopra riferite, pare possibile sostenere che il principio di corrispondenza tra quote di partecipazione all'RTI e quote di esecuzione delle prestazioni allo stesso affidate, non essendo più un obbligo imposto dalla legge, è definitivamente tramontato fermo restando il principio di necessaria qualificazione - per il quale ciascuna impresa esecutrice, a qualsiasi titolo, deve essere qualificata per la prestazione che deve eseguire – e il **principio di corrispondenza tra requisiti di qualificazione della singola impresa associata all'RTI e quote di esecuzione della prestazione**, essendo stata affermata la cogenza di detto principio poiché imposto dal sistema a prescindere dalle previsioni operate dalla *lex specialis*.



# APP ISTITUZIONALI

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



## 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.

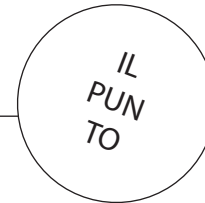
Informacittadino è in grado di erogare e supportare la comunicazione istituzionale su ulteriori canali: Web, Social Networks, Newsletter, in modo da raggiungere capillarmente la più ampia fascia di utenti possibile.

Possibilità di richiedere una DEMO GRATUITA per visionare il software.

Ci contatti per maggiori informazioni

# Le modifiche contrattuali alla luce delle competenze del Direttore dei Lavori e del Direttore dell'esecuzione del DM 49/2018 - parte 2

di Stefano Usai



## Premessa

Nella prima parte dei contributi dedicati alla modifica del contratto d'appalto – previsione innovativa del codice dei contratti rispetto al pregresso regime normativo -, ci si è soffermati sulla proroga del contratto. In particolare la proroga quale prosecuzione necessitata per assicurare l'espletamento della nuova gara che, secondo anche costante giurisprudenza comunitaria, esige la previsione già nel bando di gara (o atto omologo).

Con questa seconda parte si tratteranno le ulteriori fattispecie previste nell'art. 106 del codice dei contratti tenendo in considerazione anche le competenze del Direttore dei lavori e del Direttore dell'esecuzione quali soggetti di ausilio del RUP.

## 1. Lavori, servizi e forniture complementari

La lettera b) – sempre del primo comma – dell'articolo in commento introduce una delle ipotesi "riprese" dal pregresso articolo art. 57, comma 5, lettera a) del d.lgs. 163/2006 che consentiva – come oggi l'attuale articolo 63 - l'utilizzo della procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara per lavori o servizi complementari.

Nel testo del codice l'attuale previsione, piuttosto che come procedura pur non ordinaria di gara, viene innestata, più correttamente, tra le ipotesi che consentono la modifica del contratto già stipulato con conseguente inserimento nell'ambito relativo all'esecuzione contrattuale (nell'ambito civilistico) piuttosto che in quello "pubblicistico" del procedimento di gara sia pure, come detto,

di tipo derogatorio (a differenza del più classico procedimento ad evidenza pubblica).

Per effetto di quanto, la modifica del contratto secondo l'attuale codice è ammessa (lett. b)) per lavori, servizi o forniture supplementari da parte del contraente originale a condizione che tali commesse supplementari si siano rese necessarie e non risultassero già incluse nell'appalto iniziale.

Nel caso degli appalti nei settori ordinari, "il contratto può essere modificato se l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50 per cento del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare il presente codice".

L'ipotesi appena sintetizzata esige altri requisiti e può ritenersi ammessa solamente nel caso in cui il mutamento di affidatario o risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale, oppure comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi.

Inoltre, al comma 8 dell'articolo 106, si prevede – nel caso specifico sopra riportato – che la stazione appaltante comunichi all'ANAC questa tipologia di modifica di contratto entro trenta giorni dal suo perfezionamento.

In caso di mancata o tardiva comunicazione l'autorità anticorruzione irroga una sanzione amministrativa al RUP di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo.

Viene introdotto pertanto un nuovo obbligo per il responsabile unico del procedimento anche

pesantemente sanzionato. L'autorità pubblica sulla sezione del sito amministrazione trasparente l'elenco delle modificazioni contrattuali comunicate, indicando l'opera, l'amministrazione o l'ente aggiudicatore, l'aggiudicatario, il progettista, il valore della modifica.

## 2. La modifica del contratto per circostanze sopravvenute

Ulteriori ipotesi di modifica sono previste nella lettera c) – sempre nell'ambito del comma 1 – a patto che vengano rispettate vincolanti condizioni. Si tratta di norma, evidentemente, che il direttore dei lavori o il direttore dell'esecuzione (per i contratti di forniture e servizi, se nominato) con i rispettivi RUP non potranno estendere in via analogica.

In particolare, il legislatore esige che (da intendersi quali condizioni cumulative):

- la necessità della modifica sia determinata da circostanze imprevedute e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti;
- la modifica non alteri la natura generale del contratto;
- e che, per i settori ordinari, l'eventuale aumento di prezzo non sia superiore al cinquanta per cento del valore iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione

si applica al valore di ciascuna modifica. Le modifiche successive non possono essere utilizzate, evidentemente, strumentalmente per aggirare le disposizioni codicistiche.

**La lettera b), comma 1, dell'articolo 106 introduce una delle ipotesi "riprese" dal pregresso articolo art. 57, comma 5, lettera a) del d.lgs. 163/2006 che consentiva – come oggi l'attuale articolo 63 - l'utilizzo della procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara per lavori o servizi complementari.**



L'art. 8 del Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 49/2018 (nel prosieguo DM) disciplina i compiti e i poteri attribuiti al direttore dei lavori (nel prosieguo DL) (e simmetricamente del direttore dell'esecuzione - nel prosieguo DEC - con l'articolo 22) nell'ambito delle attività di valutazione di eventuali modifiche, variazioni e varianti contrattuali.

Si tratta di disposizioni che integrano le previsioni dell'art. 106.

Il comma 1 dell'articolo 8 del DM citato prevede che il DL è tenuto a fornire al RUP l'ausilio necessario per gli accertamenti in ordine alla sussistenza delle condizioni di cui all'art.106 del codice (cioè delle condizioni in presenza delle quali i contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento).

Lo stesso comma precisa che il DL descrive la situazione di fatto ai fini dell'accertamento da parte del RUP della non imputabilità alla stazione appaltante, della non prevedibilità al momento della redazione del progetto o della consegna dei lavori e delle ragioni per cui si rende necessaria la variazione.

### 3. Adempimenti obbligatori collegati alle modifiche previste dal comma 1

Il comma 5 dell'articolo in commento chiarisce che se le stazioni appaltanti hanno modificato un contratto nelle situazioni di cui al comma 1, lettere b) e c) - e quindi, rispettivamente, nel caso di commesse supplementari e/o per circostanze sopravvenute - sono tenute a pubblicare un avviso sulla modifica "nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea" che deve contenere "le informazioni di cui all'allegato XIV (n.d.a. informazioni che devono figurare negli avvisi e nei bandi nei settori ordinari

e speciali), parte I, lettera G, ed è pubblicato conformemente all'articolo 72 per i settori ordinari e all'articolo 130 per i settori speciali". In ambito sotto soglia, la pubblicità delle modifiche rimane in ambito nazionale.

### 4. La sostituzione dell'appaltatore

Ipotesi innovativa è quella prevista nella lettera d), in cui si afferma l'ammissibilità di una modifica soggettiva del contratto, con la sostituzione di un nuovo contraente a quello aggiudicatario dell'appalto iniziale.

**Le stazioni appaltanti hanno modificato un contratto nelle situazioni di cui al comma 1, lettere b) e c) - e quindi, rispettivamente, nel caso di commesse supplementari e/o per circostanze sopravvenute (in ambito sopra soglia comunitaria) - sono tenute a pubblicare un avviso sulla modifica "nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea"**



In particolare, la lettera d) prevede la possibilità di una modifica soggettiva "se un nuovo contraente sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto" a causa di peculiari circostanze preventivamente fissate dal legislatore anche queste, evidentemente, non suscettibili di interpretazione estensiva da parte dei responsabili delle stazioni appaltanti.

La sostituzione è consentita, per effetto di "una clausola di revisione inequivocabile" prevista negli atti di gara iniziali che porta al recesso dell'affidatario.

È altresì consentita nel caso in cui "all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice".

La modifica è ammessa anche nel caso in cui la stazione appaltante "si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi

subappaltatori". Una sorta di gestione in economia. Infine - lett. d) -, la modifica del rapporto contrattuale è ammissibile "se le modifiche non sono sostanziali (...)".

In relazione a questa ipotesi, le stazioni appaltanti "possono stabilire nei documenti di gara soglie di importi per consentire le modifiche".

Nella lettera d) con il decreto correttivo (art. 70, comma 1, lett. a)) è stato soppresso il riferimento alla successione per contratto dell'aggiudicatario iniziale.

### 5. Il concetto di modifica sostanziale

Secondo la lettera e), primo comma, dell'articolo in commento, le modifiche sono possibili se non sono sostanziali fermo restando che "le stazioni appaltanti possono stabilire nei documenti di gara soglie di importi per consentire le modifiche".

Il comma 4 dell'articolo in commento definisce il concetto (e la misura) della modifica sostanziale che non può essere tollerata nella modifica del contratto.

Secondo la disposizione predetta, una modifica di un contratto di un accordo quadro durante il periodo della sua validità è considerata essenziale "quando muta sostanzialmente la natura del contratto quadro rispetto a quello inizialmente concluso".

In ogni caso, una modifica è considerata sostanziale se ricorrono una o più delle seguenti condizioni descritte dalla norma e precisamente:

- la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione

di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;

- la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;
- la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;
- se un nuovo contraente sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli disciplinati al comma 1, lettera d) appena richiamati.

### 6. Le modifiche nell'ambito di valori predefiniti

Il secondo comma viene completamente sostituito per effetto del decreto correttivo (art. 70, comma 1, lett. b)). La nuova formulazione prevede che i contratti possono essere modificati, senza necessità di una nuova procedura, se il valore della modifica si situa al di sotto delle soglie comunitarie, nonché

al di sotto del 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture sia nei settori ordinari che speciali ovvero del 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali.

La disposizione precisa inoltre che la modifica non può alterare la natura complessiva del contratto. In caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base

del valore complessivo netto delle successive modifiche.

**I contratti possono essere modificati, senza necessità di una nuova procedura, se il valore della modifica si situa al di sotto delle soglie comunitarie, nonché al di sotto del 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture sia nei settori ordinari che speciali ovvero del 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali.**





Nel caso in cui la necessità di modificare il contratto derivi da errori o da omissioni nel progetto esecutivo, che pregiudicano in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, essa è consentita solo nei suddetti limiti quantitativi, ferma restando la responsabilità dei progettisti esterni.

Ai fini del calcolo del prezzo (comma 2), il prezzo aggiornato è il valore di riferimento quando il contratto prevede una clausola di indicizzazione.

Il comma 10 dell'articolo chiarisce quando si può parlare di errore/omissione di progettazione. Secondo il legislatore si verificano le ipotesi che legittimano la modifica, nel caso di inadeguata "valutazione dello stato di fatto, la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta, la violazione delle norme di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali".

La modifica non libera dalla responsabilità i progettisti che rimangono (comma 9) responsabili per i danni subiti dalle stazioni appaltanti in conseguenza di errori o di omissioni della progettazione. Inoltre, nel caso di appalti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori, "l'appaltatore risponde dei ritardi e degli oneri conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera a causa di carenze del progetto esecutivo".

Chiaramente la possibilità di modifica per circostanze differenti non è ammessa e la stazione appaltante dovrà procedere ad una nuova gara (comma 6).

### 7. L'estensione quantitativa

Il comma 12, nello schema di codice dedicato al rinnovo del contratto, ora dispone in tema di c.d. "quinto d'obbligo".

Secondo quanto già previsto dalla legislazione del 1865, nel r.d. 2440/1923 e regolamento di

esecuzione n. 827/1924, nonché, per i lavori, all'art. 161 e per servizi e forniture all'articolo 311 del regolamento attuativo del codice, si prevede che la stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si rendano necessari un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, possa imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tal caso la richiesta è possibile a prescindere da ipotesi specifiche – come imposto dalla legislazione pregressa ed attuale –; ovviamente, l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto.

Infine, il comma 13 puntualizza l'applicazione delle disposizioni di cui alla legge 21 febbraio 1991, n. 52 – sulla cessione dei crediti di impresa – evidenziando che ai fini dell'opponibilità alle stazioni appaltanti "le cessioni di crediti devono essere stipulate mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata e devono essere notificate alle amministrazioni debitorie che, previa comunicazione all'ANAC, le rendono efficaci e opponibili a seguito di espressa accettazione".

Per ciò che in questa sede interessa, è bene annotare che nel recente DM n. 49/2018 si puntualizza che le modifiche, nonché le varianti dei contratti in corso di esecuzione, devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante.

Il direttore del contratto di lavori (art. 8 del DM ed in modo simmetrico per il DEC l'articolo 22) può proporre al responsabile unico del procedimento le modifiche, nonché le varianti dei contratti in corso di esecuzione e relative perizie di variante, indicandone i motivi in apposita relazione che deve essere inviata allo stesso RUP (le comunicazioni soprattutto all'interno della stazione appaltante debbono avvenire con la posta certificata) e subisce le conseguenze/risponsabilità derivanti dall'aver ordinato o lasciato eseguire variazioni o addizioni al progetto, senza averne previamente ottenuto regolare autorizzazione.

Le uniche eccezioni allo schema della responsabilità appena sintetizzato dipendono dalla circostanza

che le ipotesi 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 variazioni al progetto non disposte dal direttore dei lavori, quest'ultimo fornisce all'impresa affidataria le disposizioni per la rimessa in pristino con spese a carico della stessa.

Nel caso di cui all'art. 106, comma 12 – aumento o diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, ed obbligo dell'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario – l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto e la perizia di variante o suppletiva è accompagnata da un atto di sottomissione che l'impresa affidataria è tenuta a sottoscrivere in segno di accettazione o di motivato dissenso.

Nel caso in cui la stazione appaltante disponga varianti in diminuzione nel limite del quinto dell'importo del contratto, deve comunicarlo all'impresa affidataria tempestivamente.

Sempre ai sensi dell'articolo 8 del DM (ed in modo simmetrico per il DEC, l'art. 22), le variazioni devono essere valutate in base ai prezzi di contratto.

Nel caso in cui le variazioni comportino 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 prezzi 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.

Se da questi calcoli emergessero maggiori spese rispetto a quelle del quadro economico dell'intervento si impone l'esigenza del recupero delle risorse finanziarie e, pertanto, tali prezzi (il nuovo quadro economico) deve essere ricalibrato dall'amministrazione appaltante su proposta del RUP (evidentemente per evitare debiti fuori bilancio).

Qualora l'appaltatore non accettasse la rideterminazione dei nuovi prezzi, "la stazione appaltante può ingiungergli l'esecuzione delle lavorazioni o la somministrazione dei materiali sulla base di detti prezzi, comunque ammessi nella contabilità, la mancata iscrizione della riserva determina accettazione dei prezzi.

#### 8. Le comunicazioni all'ANAC delle varianti

Il comma 14 – non presente nell'iniziale schema di codice dei contratti disciplina la problematica attualissima delle comunicazioni delle varianti all'ANAC al fine della verifica della legittimità delle variazioni in corso d'opera approvate – ed esercita i poteri previsti all'articolo 213 del codice – ed in caso di violazione, in caso di omessa comunicazione, applica le sanzioni pecuniarie di cui al comma 13 della norma in parola.

**Nel recente DM n. 49/2018 si puntualizza che le modifiche, nonché le varianti dei contratti in corso di esecuzione, devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante.**



Nel caso di varianti (anche per le concessioni) di importo inferiore alla soglia comunitaria "nonché quelle di importo inferiore o pari al 10 per cento dell'importo originario del contratto relative a contratti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria", secondo la modifica apportata dall'articolo 70 del decreto correttivo, il RUP è

tenuto a comunicarle "all'Osservatorio di cui all'articolo 213, tramite le sezioni regionali, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza".

Per i contratti pubblici di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera

di importo eccedente il dieci per cento dell'importo originario del contratto, incluse le varianti in corso d'opera riferite alle infrastrutture strategiche, sono trasmesse dal RUP all'ANAC, unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad un'apposita relazione del responsabile unico del procedimento, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante.

# L'accesso agli atti in una gara pubblica: il difficile equilibrio fra trasparenza e diritto di riservatezza (e la Direttiva "Trade Secrets")

**Il controverso tema dell'accesso agli atti nelle gare pubbliche: interpretazione permissivistica vs. interpretazione restrittiva... con uno sguardo alla Direttiva (UE) 2016/943 dell'8 giugno 2016.**

di Emanuela Pellicciotti



IL  
PUN  
TO

## Premessa

Il tema dell'accesso agli atti di una procedura di gara è assai dibattuto in giurisprudenza e nella prassi: a fronte della tesi che consente il più ampio accesso – anche giustificandolo con esigenze difensive (e tenendo conto dei termini sincopati dell'art. 120, comma 2 bis c.p.a.) -, vi è anche il contrapposto orientamento, che privilegia le ragioni di tutela della riservatezza dei concorrenti (in particolare, di quello specifico *know how* aziendale che viene esplicitato, in particolare, nella predisposizione dell'offerta tecnica – pensiamo, emblematicamente, alle giustificazioni fornite dai concorrenti in merito ai "prodotti equivalenti" in un appalto di forniture).

L'art. 53 d.lgs. n. 50/2016 (il "Codice dei Contratti pubblici"), non risolve il contrasto e, rinviando agli artt. 22 e ss. L. n. 241/1990 (al 1° comma), si limita a "diluire", nell'ambito delle diverse scansioni della procedura di gara – e della fase di esecuzione -, gli atti accessibili (vds. il 2° comma e seguenti), consentendo la effettiva secretazione solo di alcuni atti, qualificabili come "strumentali" o "*interna corporis*".

Il dibattito, poi, si fa ancor più serrato sull'interpretazione del 6° comma, laddove esso consente "*l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto*", anche per le "*informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali*" (di cui alla lett. a) del 5° comma).

Su quest'ultimo punto, infatti, la discrezionalità della stazione appaltante sembra fortemente limitata, sia sul piano soggettivo (nel senso che l'accesso può essere consentito ai soli "concorrenti"), sia su quello oggettivo (l'accesso, infatti, è ammesso "solo per motivi difensivi" e "solo nell'ambito della procedura di aggiudicazione"). Tuttavia, nella pratica, spesso l'accesso ai "segreti/informazioni tecnici e commerciali" costituisce uno strumento per accedere surrettiziamente al *know how* aziendali dei concorrenti – non tanto in vista dell'azione giudiziaria nell'ambito della procedura di aggiudicazione, ma soprattutto in vista di nuove gare -.

Proprio da questa considerazione si vuole partire, ipotizzando che la norma citata si trova (*rectius*, "si troverà", vista la novità della novella) a doversi confrontare con la Direttiva (UE) 2016/943 dell'8 giugno 2016 sulla "Protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti" (cd. "Direttiva Trade Secrets"), la cui applicazione è obbligatoria dall'8 giugno 2018 e che è stata attuata con il d.lgs. n. 63/2018; tale norma, infatti, definisce in maniera assai ampia le "informazioni commerciali riservate" e ne rende obbligatoria la tutela, in particolare rispetto all'uso abusivo che potrebbero farne gli altri operatori del settore - senza indicare alcuna eccezione nell'ambito delle procedure di gara -, per giunta rafforzando le misure di segretezza anche nell'ambito delle azioni giudiziarie in cui tali "segreti commerciali" vengono tutelati.

La conclusione, quindi, sarà tratta dalla giurisprudenza - ma anche dalla prassi - chiamate al difficile compito di mantenere in equilibrio opposte esigenze: trasparenza e riservatezza - ciascuna delle quali sostenuta da un contesto normativo tanto impositivo, quanto ampio e di difficile applicazione in concreto.

Sia consentito, quindi, di avviare l'esposizione partendo dalla norma più recente - che ripropone ed enfatizza il contrasto interpretativo - e cercando, da qui, di fornire qualche strumento di analisi e guida, agli operatori del settore.

### 1. La Direttiva "Trade Secrets"

A questo punto, in vista dei futuri dibattiti giurisprudenziali, è opportuno verificare cosa intende la Direttiva Trade Secrets come "segreti commerciali"; nel fare ciò, è bene sottolineare che il d.lgs. n. 63/2018 - che l'ha recepita nell'ordinamento nazionale - ha parificato il "segreto commerciale" al "segreto industriale", tutelato dal d.lgs. n. 30/2005.

Infatti, gli articoli 2 e 3 d.lgs. n. 63/2018 - rispettivamente - recitano: "All'articolo 2, comma 4, del codice della proprietà industriale, le parole "le informazioni aziendali riservate" sono sostituite dalle seguenti: "i segreti commerciali" e "La

rubrica della Sezione VII del Capo II del codice della proprietà industriale è sostituita dalla seguente: "Segreti commerciali" ... All'articolo 98 del codice della proprietà industriale, il comma 1 è sostituito dal seguente: "Costituiscono oggetto di tutela i segreti commerciali. Per segreti commerciali si intendono le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni: a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; b) abbiano valore economico in quanto segrete; c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete.". Come si può agevolmente notare, quindi, non solo vengono inseriti - nell'ambito del "segreto industriale" - anche i "segreti commerciali" (per usare l'ampio linguaggio della norma "le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore"), applicando agli stessi i meccanismi di tutela previsti dal d.lgs. n. 30/2005, ma - soprattutto - questi ultimi vengono definiti "segreti" proprio nei limiti in cui il titolare li intenda come tali, ovvero da sottrarre alla conoscibilità da parte dei concorrenti.

A questo punto, sembrerebbe che la stazione appaltante si trovi nell'impasse di dover consentire l'accesso alle "informazioni commerciali" - anche se secretate dal concorrente che ne è titolare -, ma al contempo debba dotarsi di strumenti (ma quali?) atti a far sì che tali "segreti commerciali" siano utilizzati esclusivamente nell'ambito di un giudizio afferente l'aggiudicazione dell'appalto per cui vengono forniti e richiesti e, soprattutto, che siano ostensi in modo tale da non pregiudicare le ragioni di segretezza del titolare (ad esempio, non forniscano "dati commerciali" - non solo "di prodotto" ma, si ritiene, anche di *know how* aziendale - tali da consentirne la replica/utilizzo da parte degli altri operatori del settore.

La strada più corretta e cautelativa che la stazione appaltante potrebbe intraprendere, in tal senso,



sarebbe quella di negare l'accesso diretto alle "informazioni commerciali" secretate dal legittimo detentore (così facendo, quindi, depotenzierebbe l'art. 53, comma 6 D.Lgs. n. 50/2016), ma rendere comunque una informativa al richiedente, in cui essa Amministrazione (ponendo in trasparenza le motivazioni tecniche) esplicita le ragioni – anche tecnico-industriali, o pratiche – per le quali si è determinata ad effettuare l'aggiudicazione in quella determinata gara (così salvaguardando, nella sostanza, la *ratio* fatta propria dal Codice dei Contratti pubblici).

L'art. 4 d.lgs. n. 63/2018, infatti – invertendo, inequivocabilmente, il diritto di ostensione sancito dall'art. 53, 6° comma del Codice dei Contratti pubblici - dispone che: "All'articolo 99 del codice della proprietà industriale sono apportate le seguenti modificazioni: " a) il comma 1 è sostituito dal seguente: "Ferma la disciplina della concorrenza sleale, il legittimo detentore dei segreti commerciali di cui all'articolo 98, ha il diritto di vietare ai terzi, salvo proprio consenso, di acquisire, rivelare a terzi od utilizzare, in modo abusivo, tali segreti, salvo il caso in cui essi siano stati conseguiti in modo indipendente dal terzo."; ... "b) dopo il comma 1 sono aggiunti i seguenti: "1-bis. L'acquisizione, l'utilizzazione o la rivelazione dei segreti commerciali di cui all'articolo 98 si considerano illecite anche quando il soggetto, al momento dell'acquisizione, dell'utilizzazione o della rivelazione, era a conoscenza o, secondo le circostanze, avrebbe dovuto essere a conoscenza del fatto che i segreti commerciali erano stati ottenuti direttamente o indirettamente da un terzo che li utilizzava o rivelava illecitamente ai sensi del comma 1."".

Nell'ambito dei procedimenti giudiziari, poi, il successivo art. 5 D.Lgs. n. 63/2018 è ancor più incisivo nella tutela dei "segreti commerciali/industriali", giacché dispone: "Dopo l'articolo 121-bis del codice della proprietà industriale, è inserito il seguente: "Art. 121-ter (Tutela della riservatezza dei segreti commerciali nel corso dei procedimenti giudiziari). - Nei procedimenti giudiziari relativi all'acquisizione, all'utilizzazione o alla rivelazione illecite dei segreti commerciali di cui all'articolo 98, il giudice può vietare ai

*soggetti da lui nominati o delegati, alle parti e ai loro rappresentanti e consulenti, ai difensori, al personale amministrativo, ai testimoni, e agli altri soggetti che a qualunque titolo hanno accesso ai provvedimenti, agli atti e ai documenti presenti nel fascicolo d'ufficio, l'utilizzo o la rivelazione dei segreti commerciali oggetto del procedimento che ritenga riservati. Il provvedimento di divieto di cui al primo periodo è pronunciato su istanza di parte e mantiene efficacia anche successivamente alla conclusione del procedimento nel corso del quale è stato emesso. ...Il provvedimento di cui al comma 1 perde la sua efficacia: a) se con sentenza, passata in giudicato, è accertato che i segreti commerciali oggetto di causa erano privi dei requisiti di cui all'articolo 98; b) se i segreti commerciali diventano generalmente noti o facilmente accessibili agli esperti e agli operatori del settore. ... Nei procedimenti giudiziari di cui al comma 1 il giudice, su istanza di parte, può adottare i provvedimenti che, nel rispetto dei principi regolatori del giusto processo, appaiano più idonei a tutelare la riservatezza dei segreti commerciali oggetto di causa ...".*

Leggendo la norma, si potrebbe paradossalmente ipotizzare che il titolare del "segreto commerciale" debba proteggersi in sede giurisdizionale – chiedendo anche l'oscuramento degli atti al pubblico -, ove risultasse perdente nell'ambito della procedura di accesso avviata da un concorrente presso la stazione appaltante; il che, ovviamente, frustrerebbe sia il principio di "buon andamento" cui è tenuta l'Amministrazione, quello di "massima partecipazione" alle gare pubbliche, di provenienza comunitaria.

Del resto, la norma nazionale attuativa della Direttiva *Trade Secrets* non si discosta dai principi e disposizioni contenuti nella Direttiva stessa – alla quale, pertanto, risponde fedelmente -. Quanto all'ampiezza della definizione del concetto di "segreti commerciali", l'art. 2 della Direttiva (UE) n. 943/2016 chiarisce: "Ai fini della presente direttiva si intende per: 1) "segreto commerciale", informazioni che soddisfano tutti i seguenti requisiti: a) sono segrete nel senso che non sono, nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, generalmente

*note o facilmente accessibili a persone che normalmente si occupano del tipo di informazioni in questione; b) hanno valore commerciale in quanto segrete; c) sono state sottoposte a misure ragionevoli, secondo le circostanze, da parte della persona al cui legittimo controllo sono soggette, a mantenerle segrete;". Inoltre, per "merci costituenti violazione", l'accezione è altrettanto ampia e comprende "le merci di cui la progettazione, le caratteristiche, la funzione, la produzione o la commercializzazione beneficiano in maniera significativa di segreti commerciali acquisiti, utilizzati o divulgati illecitamente."*

Per ciò che concerne, poi, l'aspetto soggettivo, per "detentore del segreto commerciale" si intende "qualsiasi persona fisica o giuridica che controlla legittimamente un segreto commerciale"; e per "autore della violazione", "qualsiasi persona fisica o giuridica che ha illecitamente acquisito, utilizzato o divulgato un segreto commerciale;".

Con riguardo alla "acquisizione, utilizzo e divulgazione leciti dei segreti commerciali", il successivo art. 3 dispone: "l'acquisizione di un segreto commerciale è considerata lecita qualora il segreto commerciale sia ottenuto con una delle seguenti modalità: a) scoperta o creazione indipendente; b) osservazione, studio, smontaggio o prova di un prodotto o di un oggetto messo a disposizione del pubblico o lecitamente in possesso del soggetto che acquisisce le informazioni, il quale è libero da qualsiasi obbligo giuridicamente valido di imporre restrizioni all'acquisizione del segreto commerciale; c) esercizio del diritto all'informazione e alla consultazione da parte di lavoratori o rappresentanti dei lavoratori, in conformità del diritto e delle prassi dell'Unione e nazionali; d) qualsiasi altra pratica che, secondo le circostanze, è conforme a leali pratiche commerciali. ... L'acquisizione, l'utilizzo o la divulgazione di un segreto commerciale sono da considerarsi leciti nella misura in cui siano richiesti o autorizzati dal diritto dell'Unione o dal diritto nazionale."

E ancora, l'art. 4, in materia di "acquisizione, utilizzo e divulgazione illeciti dei segreti commerciali", prevede: "Gli Stati membri garantiscono che i

*detentori del segreto commerciale siano legittimati a chiedere l'applicazione delle misure, delle procedure e degli strumenti di tutela di cui alla presente direttiva al fine di prevenire l'acquisizione, l'utilizzo o la divulgazione illeciti del loro segreto commerciale ovvero ottenere un risarcimento per tale acquisizione, utilizzo o divulgazione. ... L'acquisizione di un segreto commerciale senza il consenso del detentore è da considerarsi illecita qualora compiuta in uno dei seguenti modi: a) con l'accesso non autorizzato, l'appropriazione o la copia non autorizzate di documenti, oggetti, materiali, sostanze o file elettronici sottoposti al lecito controllo del detentore del segreto commerciale, che contengono il segreto commerciale o dai quali il segreto commerciale può essere desunto; b) con qualsiasi altra condotta che, secondo le circostanze, è considerata contraria a leali pratiche commerciali. ... L'utilizzo o la divulgazione di un segreto commerciale sono da considerarsi illeciti se posti in essere senza il consenso del detentore del segreto commerciale da una persona che soddisfa una delle seguenti condizioni: a) ha acquisito il segreto commerciale illecitamente; b) viola un accordo di riservatezza o qualsiasi altro obbligo di non divulgare il segreto commerciale; c) viola un obbligo contrattuale o di altra natura che impone limiti all'utilizzo del segreto commerciale. ... L'acquisizione, l'utilizzo o la divulgazione di un segreto commerciale si considerano altresì illeciti qualora un soggetto, al momento dell'acquisizione, dell'utilizzo o della divulgazione, fosse a conoscenza o, secondo le circostanze, avrebbe dovuto essere a conoscenza del fatto che il segreto commerciale era stato ottenuto direttamente o indirettamente da un terzo che illecitamente lo utilizzava o lo divulgava ai sensi del paragrafo 3...".*

Infine, quanto ai principi ispiratori della Direttiva, i "considerando" dal 24 al 28 ripropongono una tutela puntuale delle ragioni di segretezza – anche nell'ambito di un procedimento giurisdizionale (quindi, in aperto contrasto con l'art. 53, comma 6 d.lgs. n. 50/2016), lasciando all'impresa titolare delle stesse la scelta di quali siano le informazioni da secretare – e, per converso, ben poca libertà alla stazione appaltante di renderle pubbliche a terzi -.

Per di più, i "considerando" 29 e 30 si preoccupano proprio della possibilità che il timore della divulgazione dei "segreti commerciali" possa distogliere le imprese dal mercato (soprattutto quello dei contratti pubblici, ove – appunto – esiste una norma che obbliga all'ostensione) e, pertanto, auspicano la predisposizione di correttivi di natura "risarcitoria"; come si è già visto, tale istanza viene "tradotta" dal legislatore nazionale anche con un rafforzamento delle misure inibitorie.

**2. Il confronto fra il permissivismo dell'A.N.A.C. (Delibera n. 608 del 27 giugno 2018 – 9 luglio 2018) e l'interpretazione restrittiva (vds. la sentenza del TAR Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 18 luglio 2018 n. 197)**

Per meglio identificare il panorama giuridico attuale, nel quale si innesteranno le problematiche scaturite dall'applicazione della Direttiva *Trade Secrets*, si è scelto di porre a confronto due opposte – e recenti – interpretazioni.

Entrambe hanno il pregio di affrontare un altro tema spinoso: quello dell'applicazione dello strumento dell'"accesso generalizzato" alla disciplina dei contratti pubblici.

Come noto, l'"accesso generalizzato"- introdotto dall'art. 5 d.lgs. n. 33/2013 (come poi modificato, per effetto del cd. "F.O.I.A.", il D.Lgs. n. 97/2016) -, ha ampliato le ipotesi di accesso già disciplinate dagli articoli 22 e ss. L. n. 241/1990.

Sulla corretta applicazione di tale istituto (e, soprattutto, sui limiti al diritto di accesso) si era già pronunciata, tra gli altri, anche l'A.N.A.C., con la Determinazione n. 1309 del 28 dicembre 2016 (pubblicata sulla G.U. n. 7 del 10 gennaio 2017), recante le "indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico"; l'Autorità, in quel caso, enfatizzava la ratio della norma, traendo la conseguenza di limitare le ipotesi di diniego di accesso (valorizzando solo le concrete, e comprovabili, esigenze di secretazione) e precludendo all'applicazione "estensiva" dell'art. 53 – incluso il 6° comma, sinora "baluardo" dei

sostenitori del diritto di riservatezza e secretazione dei "segreti commerciali" -.

Con la Delibera n. 608 del 27 giugno – 9 luglio 2018, l'A.N.A.C. ribadisce "*l'illegittimità da parte di una stazione appaltante del diniego di accesso agli atti di gara di un concorrente*".

Nel caso di specie, la stazione appaltante (Abbanoa S.p.A.) aveva negato l'accesso agli atti di gara – in particolare, alle offerte tecniche ed economiche dei concorrenti – ad una impresa che si era classificata al secondo posto nella graduatoria di gara.

Abbanoa S.p.A., in particolare, con propria memoria dell'8 maggio 2018, comunicava all'Autorità di aver negato l'accesso poiché: "*la società risultata aggiudicataria della gara ha opposto il diniego all'accesso integrale ai "documenti progettuali inerenti l'offerta tecnica e la documentazione contenente dati sensibili riconducibili all'attività del nostro Ente", motivando con ragioni di "tutela di elaborati di natura intellettuale patrimonio esclusivo e strategico della società". A fronte di ciò, l'amministrazione ha effettuato un'attenta verifica di entrambe le posizioni - quella della società istante e quella della controinteressata - comunicando finalmente al richiedente che l'accesso sarebbe stato consentito per tutta la restante documentazione, con esclusione dei documenti per i quali era stata presentata opposizione*".

Tale giustificazione, tuttavia, non è condivisa dall'A.N.A.C., la quale ritiene illegittimo il diniego opposto dalla stazione appaltante, sulla base dell'interpretazione estensiva dell'art. 53 del Codice dei Contratti pubblici – superando anche la circostanza (pur richiesta dall'art. 53, 6° comma d.lgs. n. 50/2016) che l'istante non avesse esplicitato le ragioni di difesa in sede giurisdizionale a sostegno dell'istanza di accesso anche alle parti secretate delle offerte dei concorrenti -.

Secondo l'Autorità, infatti "*l'art. 53 del d.lgs. 50/2016 – dopo aver previsto che il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e segg. della legge 241/1990 – sancisce che "il*

*diritto di accesso e ogni forma di divulgazione sono esclusi in relazione: a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali". Tuttavia, anche in relazione a tale ipotesi, la norma consente l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto;"*

Inoltre, con particolare riguardo alle parti segretate delle offerte *"la giurisprudenza formatasi sul previgente art. 13 del d. lgs. 163/2006 (le cui acquisizioni sono utilizzabili anche nell'attuale quadro normativo) ha ritenuto che la tutela del segreto tecnico o commerciale non può essere, per la prima volta, evidenziata in sede di opposizione all'istanza di accesso, dovendo essere tale indicazione oggetto di esplicita dichiarazione resa in sede di offerta e che compete all'amministrazione aggiudicataria, in sede di valutazione dell'istanza di accesso pervenuta, valutare, sulla base della dichiarazione in precedenza resa dall'offerente, se l'inerenza del documento al segreto tecnico o commerciale si fonda su una "motivata e comprovata dichiarazione" (TAR Bari Sez. III, 26 giugno 2017, n. 741). In altri termini, l'impresa partecipante all'appalto, al fine di escludere l'esercizio del diritto di accesso anche "difensivo", ha il preciso onere di esplicitare, in concreto e non mediante il ricorso a clausole di mero stile o a formulazioni generiche, le ragioni per le quali l'eventuale conoscenza delle informazioni tecniche contenute nei documenti richiesti possa arrecare nocumento alla stessa;"*

L'A.N.A.C., dunque, citando il proprio precedente dato dalla Delibera n. 395/2017 ed enfatizzando le possibili motivazioni di tutela in sede giurisdizionale dell'impresa istante (che non ne aveva fatto menzione nell'istanza di accesso), ricorda che essa Authority *"ha reputato legittimo il diniego alla richiesta di ostensione della documentazione tecnica nel caso in cui l'operatore economico aggiudicatario ha ritualmente negato l'accesso agli atti e l'istante non dimostri l'effettiva utilità di tale documentazione rispetto all'indizione di uno specifico giudizio ... Peraltro, quando il*

*soggetto richiedente è collocato al secondo posto in graduatoria, per giurisprudenza consolidata egli riveste una posizione particolarmente qualificata nell'ambito della procedura di gara, nel senso che il diritto di accesso dal medesimo esercitato si configura come strumentale ad un'eventuale azione giudiziaria, così da dover essere in ogni caso assentito (TAR Lombardia - Milano, Sez. III, 15 gennaio 2013, n. 116). L'interesse al ricorso deve ritenersi infatti in ogni caso sussistente: a) perché il concorrente è leso in via diretta ed attuale dall'aggiudicazione in favore dell'altro concorrente; b) perché un interesse, anche solo potenziale, sicuramente sussiste, sia quale interesse "finale" al conseguimento dell'appalto, sia - in via alternativa (e normalmente subordinata) - quale interesse "strumentale" alla caducazione dell'intera gara e alla sua riedizione (Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 2018, n. 293)"*.

Nel caso di specie, "sebbene l'istante non abbia esplicitamente dichiarato la volontà di agire in giudizio a tutela dei propri interessi, non si possa prescindere dalla considerazione della sua posizione qualificata di secondo graduato, a fronte della quale il diniego dell'accesso all'offerta tecnica dell'aggiudicatario non appare giustificato, data anche la natura e l'oggetto del contratto, posto che l'opposizione manifestata dal concorrente controinteressato non ha fatto riferimento né tanto meno ha dimostrato la sussistenza di alcun segreto tecnico e/o commerciale, limitandosi a richiamare non meglio specificati "dati sensibili" riferiti a elaborati di natura intellettuale".

In tale procedere, dunque, si nota una posizione paradigmatica - a favore dell'accesso (anche in ipotesi *border line*) nell'ambito delle gare pubbliche e che sconta l'influenza della novella recata dal F.O.I.A. - che dovrà necessariamente trovare un'armonizzazione con i principi e disposizioni della Direttiva *Trade Secrets* - in particolare, laddove quest'ultima (e, con essa, la legge nazionale di attuazione) inverte le posizioni delle parti, attribuendo ampio potere al titolare dei "segreti commerciali" di negare l'ostensione, senza eccezioni per i contratti pubblici e per ragioni di difesa in sede giurisdizionale -.

Su un piano opposto – quindi, a favore della tutela della riservatezza dei segreti commerciali dei concorrenti - si colloca, invece, la sentenza del TAR Emilia Romagna, Sezione di Parma, n. 197 del 18 luglio 2018.

Anche nel caso esaminato dal TAR (così come per quello deciso dall'A.N.A.C.), l'impresa richiedente non ha evidenziato alcun "rapporto di vicinanza con il bene richiesto", così qualificando la propria richiesta come "accesso civico generalizzato" di cui all'art. 5, comma 2 d.lgs. n. 33/2013, da parte di un operatore del settore, "allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico". Per la precisione, l'impresa richiedente, pur essendo inizialmente una "concorrente", era stata successivamente esclusa dalla gara.

A questo punto, il TAR affronta direttamente il tema della possibile applicazione dell'istituto dell'accesso civico alla documentazione relativa alle gare pubbliche (nel caso di specie, l'appalto per il servizio di riparazione di automezzi di una ASL).

Osserva il TAR – in relazione alla ratio dell'istituto - che "... si tratta dunque di una forma di accesso civico che non ha forme di limitazioni soggettive e che ha un oggetto molto esteso (potenzialmente illimitato), con un rovesciamento completo del tradizionale rapporto tra cittadino e amministrazione, in quanto tutta la documentazione detenuta dalla p.a. è adesso accessibile, qualora non ricorrano le seguenti, tassative circostanze: ... pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; b) la libertà e la segretezza della corrispondenza; c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali; ... casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti ...".

Nel caso specifico, poi "la documentazione richiesta dal ricorrente concerne: – per una parte, i documenti di una gara di appalto già espletata e dalla quale lo stesso ricorrente è stato escluso; – per la restante parte, una serie di dati inerenti ad aspetti relativi all'esecuzione del rapporto contrattuale scaturito da tale gara (rapporto anch'esso allo stato esaurito).".

Di conseguenza, "i dati, gli atti e le informazioni richiesti possono pertanto essere totalmente ricompresi nel concetto più generale di "atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici", di cui all'art. 53, comma 1 D.Lgs. n. 50/2016. L'articolo reca una particolare disciplina per l'accesso agli atti afferenti alle procedure ad evidenza pubblica finalizzate alla stipulazione di appalti o concessioni di servizi. Nell'ambito di tale specifica e particolare disciplina, la prima regola stabilita è che, salvo quanto espressamente previsto nello stesso codice dei contratti pubblici, "il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241". In sostanza, dunque, l'art. 53, comma 1 d.lgs. n. 50 del 2016 riconduce espressamente la disciplina applicabile per tutti i documenti (di gara e di esecuzione del contratto) richiesti ... fatte salve le eccezioni contenute nello stesso testo normativo di riferimento, alla disciplina ordinaria in materia di accesso..

"A sua volta" – ricorda il TAR – "il comma 3 dell'art. 5 bis del D.Lgs. n. 33 del 2013 statuisce che "il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1 della legge n. 241 del 1990". Si tratta dei cosiddetti casi di "esclusione assoluta", nei quali cioè l'amministrazione che detiene i documenti richiesti non conserva alcuna possibilità di comparazione discrezionale degli interessi coinvolti".



A questo punto, il contrasto normativo emerge nei seguenti termini: *"Occorre dunque stabilire se la speciale disciplina contenuta nell'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016 (ivi ricompreso l'espresso richiamo all'applicabilità delle regole in materia di diritto di accesso ordinario) debba considerarsi come un caso di esclusione della disciplina dell'accesso civico ai sensi del comma 3 dell'art. 5-bis su richiamato. Il TAR ha dato risposta affermativa al quesito - negando di conseguenza la possibilità utilizzo dell'accesso civico generalizzato da parte del concorrente escluso - sulla base di un duplice rilievo, testuale e interpretativo."*

Secondo il TAR - diversamente dal ragionamento dell'A.N.A.C. -, occorre valutare gli opposti interessi che condizionano la soluzione del caso specifico e, pertanto, il Tribunale di merito analizza sia il quadro normativo, che la ratio delle norme stesse, per giungere alla conclusione che l'istituto dell'accesso civico (e generalizzato) non è applicabile ai contratti pubblici - ed anzi, l'accesso alle parti secretate delle offerte è ammesso soltanto in presenza delle tassative ipotesi previste dalla legge - se ed in quanto rese esplicite nell'istanza di accesso -. Infatti, valutando la lettera della norma, emerge che: *"Da un punto di vista letterale, il comma 3 dell'art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013 è cristallino nello stabilire che il diritto di accesso civico generalizzato "è escluso" nei casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti. Sotto questo specifico profilo, è altresì pacifico che l'accesso agli atti delle procedure ad evidenza pubblica sia soggetto al rispetto di particolari condizioni e limiti. Invero, l'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, richiamando in toto la normativa contenuta nel codice dei contratti pubblici previgente, detta espressamente una disciplina sull'accesso in parte derogatoria rispetto alle ordinarie regole. In tale disciplina speciale deve essere ricompresa anche la premessa, secondo cui il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241. Vi è dunque una precisa norma di legge che rimanda espressamente - derogandola parzialmente - alla disciplina dell'accesso ordinario. E se è vero che alla data dell'entrata in vigore del nuovo codice dei*

*contratti pubblici l'accesso pubblico generalizzato per gli atti non soggetti a pubblicazione obbligatoria non era stato ancora introdotto, è altrettanto vero che è lo stesso legislatore del 2016 a considerare e regolamentare l'ipotesi di discipline sottratte per voluntas legis, anche se precedente all'introduzione del nuovo istituto, alla possibilità di accesso generalizzato."*

Sotto il profilo della ratio juris - e seguendo l'esigenza di armonizzare le opposte ragioni delle parti, nell'ambito del quadro normativo complessivo - *"sotto un profilo più squisitamente interpretativo e giustificativo della ratio di esclusione degli atti delle procedure di affidamento ed esecuzione di contratti pubblici alle più ampie modalità di accesso previste dal d.lgs. n. 33 del 2013, occorre considerare che tali atti sono formati e depositati all'interno di una disciplina del tutto speciale e a sé stante. Si tratta di un complesso normativo chiuso, in quanto espressione di precise direttive europee volte alla massima tutela del principio di concorrenza e trasparenza negli affidamenti pubblici, che dunque attrae a sé anche la regolamentazione dell'accesso agli atti connessi alle specifiche procedure espletate. In altri termini, risulta del tutto giustificata una scelta del legislatore volta a sottrarre anche solo implicitamente (ma, si è visto, si uniscono a tale interpretazione anche forti argomenti di natura testuale) una possibilità indiscriminata di accesso alla documentazione di gara e post-gara da parte di soggetti non qualificati."*

*Invero, si tratta pur sempre di documentazione che, da un lato, subisce un forte e penetrante controllo pubblicistico da parte di soggetti istituzionalmente preposti alla specifica vigilanza di settore (ANAC), e, dall'altro, coinvolge interessi privati di natura economica e imprenditoriale di per sé sensibili (e quindi astrattamente riconducibili alla causa di esclusione di cui al comma 2, lett. c), dell'art. 5-bis del d.lgs. n. 33 del 2013), specie quando tali interessi, dopo l'aggiudicazione, vanno a porsi su di un piano pari ordinato - assumendo la connotazione di veri e propri diritti soggettivi - rispetto a quelli della stazione committente."*

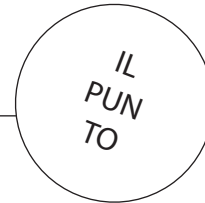
Dunque, sia sotto il profilo letterale, sia

valorizzando le esigenze di armonizzazione del quadro normativo, si può dedurre che tutto il corpus normativo sull'accesso agli atti, di cui all'art. 53 del Codice dei Contratti pubblici costituisca una eccezione rispetto alla generale disciplina dell'accesso civico.

Forse, percorrendo questa strada interpretativa – basata su analisi letterale e della *ratio* – e bilanciando gli opposti interessi sulla base delle concrete esigenze esplicitate dalle parti, si potrà trovare anche l'equilibrio giurisprudenziale e di prassi che consentirà di affrontare le nuove problematiche che si affacceranno nel panorama giuridico, portate dalla Direttiva *Trade Secrets*.

# Le condanne del concorrente che partecipa alla gara: note minime tra “moralità” e nuovo “illecito” professionale

di Ilenia Filippetti



## Premessa

Una recente pronuncia della Corte di Giustizia Europea ha riconosciuto la possibilità, per la legislazione degli Stati membri, di attribuire la rilevanza, ai fini dell’esclusione dalla gara, anche ai provvedimenti di condanna aventi carattere “non definitivo”.

Appare quindi importante, per gli operatori del settore degli appalti pubblici, riflettere su quali siano le fattispecie per cui tali condanne possono eventualmente assumere rilevanza ai fini dell’esclusione dalla gara, anche per non incorrere in fraintendimenti ed in errori nell’acquisizione dei relativi strumenti di prova.

## 1. La giurisprudenza europea

Come accennato, la Corte di Giustizia Europea<sup>1</sup> ha ultimamente affermato che i principi europei di parità di trattamento e di proporzionalità applicabili alla materia degli appalti e delle concessioni non ostano ad una normativa nazionale che consenta all’amministrazione aggiudicatrice di tener conto di

una condanna penale a carico degli amministratori di un’impresa offerente, anche quando si tratti di una condanna non ancora definitiva<sup>2</sup>.

Dalla lettura del testo integrale della pronuncia del Giudice europeo emerge in particolare che i fatti di cui al procedimento principale rientravano nell’ambito della causa di esclusione prevista all’articolo 45, paragrafo 2, primo comma, della direttiva 2004/18, ovvero si trattava di fatti relativi alle seguenti fattispecie:

- lettera c): l’amministrazione aggiudicatrice può escludere dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto un offerente nei cui confronti sia stata pronunciata una condanna con sentenza passata in giudicato conformemente alle disposizioni di legge dello Stato, per un reato che incida sulla moralità professionale dell’offerente;
- lettera d): è ammessa l’esclusione di un offerente che, nell’esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall’amministrazione aggiudicatrice.

1. Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sentenza Causa C-178/16, resa a margine dell’art. 38, comma 1, lettera c) del previgente d.lgs. n. 163/2006.

2. Per completezza va ricordato che, recentemente, il tema dell’esclusione dalla gara per grave illecito professionale è stato nuovamente rimesso alla Corte di Giustizia Europea dal Consiglio di Stato, con ordinanza 23 agosto 2018, n. 5033: più in particolare, in quest’ultimo caso è stato chiesto alla Corte se, nel caso in cui l’illecito professionale abbia causato la risoluzione anticipata di un contratto d’appalto, l’operatore possa essere escluso allorché tale risoluzione non sia stata contestata o sia stata confermata all’esito di un giudizio. La questione, peraltro, era già stata rimessa alla Corte Europea dal Consiglio di Stato con ordinanza 3 maggio 2018, n. 2639.

Con la pronuncia in esame la Corte ha affermato che, nell'ambito di operatività della previgente direttiva 2004/18, la rilevanza di un provvedimento di condanna può dunque assumere rilievo sotto due specifici aspetti, ovverosia ai fini della valutazione della moralità professionale dell'impresa concorrente alla gara (a condizione che si tratti di condanna definitiva), oppure sotto il profilo del grave errore professionale (e, in tali ipotesi, anche nei casi di condanna non definitiva).

La Corte europea osserva che, nel caso di specie, la decisione di esclusione dalla gara era stata adottata dopo che la sentenza di condanna penale per l'emissione di fatture false era passata in giudicato, in coerenza con la previsione di cui alla citata lett. c) dell'articolo 45 della direttiva 2004/18: rispetto all'applicazione della lettera d), invece, la Corte ha affermato che l'amministrazione aggiudicatrice può provare, con «qualsiasi mezzo di prova», la sussistenza del grave errore professionale e, sotto tale profilo, una decisione di tipo giurisdizionale, benché non ancora definitiva, può, a seconda dell'oggetto di tale decisione, fornire all'amministrazione aggiudicatrice un mezzo di prova idoneo a dimostrare la sussistenza di un simile errore.

**2. L'esclusione (e la risoluzione contrattuale) in presenza di reati definitivamente accertati**

In senso coerente con la previgente disciplina contenuta all'interno della direttiva 2004/18, anche l'attuale art. 80 del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50<sup>3</sup>, prevede, al comma 1, che l'esclusione dalla partecipazione a una procedura

d'appalto o concessione deve essere disposta in presenza di una "condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6" del medesimo Codice.

Tale disposizione prevede tuttavia, a differenza del previgente art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, una specifica tassonomia dei reati per i quali può essere disposta l'esclusione dalla gara, indicando, a tali fini, i seguenti:

**Secondo la Corte UE ai fini dell'esclusione dalla gara può rilevare anche una condanna non definitiva**



a) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-bis del codice

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

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

b-bis) false comunicazioni sociali di cui agli articoli 2621 e 2622 del codice civile<sup>4</sup>;

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



3. Adottato in attuazione di quanto disposto con Legge 28 gennaio 2016, n. 11, recante Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

4. Fattispecie di reato introdotta dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56.

- finanziari delle Comunità europee;
- d) delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche;
  - e) delitti di cui agli articoli 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109 e successive modificazioni;
  - f) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24;
  - g) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

La differenza profonda segnata dal nuovo Codice rispetto alla disciplina previgente consiste proprio nella previsione di un elenco specifico di fattispecie di reato che comportano, *ex se*, l'obbligo per la stazione appaltante di disporre l'esclusione dalla gara d'appalto, fermo restando il potere-dovere della stazione appaltante di valutare l'operatività, in concreto, dei meccanismi di *c.d. self cleaning* disciplinati ai commi 6 e 7 del medesimo articolo 80.

A tale elenco di aggiunge la clausola generale che impone l'esclusione dalla gara per le condanne definitive che prevedano la pena accessoria dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

Il comma 1 dell'art. 80 prevede il rilievo, ai fini dell'esclusione, dei soli delitti, escludendo in tal modo i reati a carattere contravvenzionale.

**Il nuovo Codice prevede  
uno specifico elenco di  
reati per i quali deve essere  
obbligatoriamente disposta  
l'esclusione dalla gara**



Nessuna differenza rispetto al previgente d.lgs. n. 163/2006, invece, quanto alla circostanza che il reato rilevante ai fini dell'esclusione obbligatoria dalla gara deve esser stato accertato con provvedimento definitivo.

Quanto all'ambito soggettivo di applicazione della norma, è ormai pacifico che le verifiche debbano essere effettuate quando i comportamenti ostativi sono riferibili a persone fisiche e non a persone giuridiche<sup>5</sup>. A seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 56/2017, le verifiche dovranno essere effettuate anche nei confronti degli institori e dei procuratori generali, nonché in capo ai membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza, in coerenza con quanto già in precedenza era stato evidenziato dall'Autorità Anticorruzione<sup>6</sup>. La giurisprudenza ha poi recentemente chiarito che, ai fini dell'esclusione dalla gara, sono rilevanti anche

le condanne del sindaco supplente della società concorrente, e ciò in quanto la stazione appaltante deve essere sempre certa che, ove si realizzi il passaggio da sindaco supplente a sindaco effettivo, la società concorrente possa assicurare che tutti i propri

organi siano immuni dalle cause di esclusione di cui all'articolo 80 del Codice<sup>7</sup>. L'esclusione opera anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata: è stato peraltro chiarito che l'impresa che abbia rimosso immediatamente da tutte le cariche sociali l'amministratore compromesso, che abbia riordinato l'assetto interno degli organi di gestione della società, che abbia riscattato le azioni detenute dall'amministratore e che, infine, abbia avviato un'azione di responsabilità nei confronti



5. Cfr. Tar Lazio, Roma, 11 gennaio 2018, n. 286, con l'ampia giurisprudenza amministrativa ivi richiamata.  
 6. Autorità Nazionale Anticorruzione, Comunicato del Presidente dell'8 novembre 2017, che ha sostituito il precedente Comunicato del 26 ottobre 2016.  
 7. Tar Lazio, Roma, 23 luglio 2018, n. 8309.



dell'amministratore stesso, possa sottoporre queste circostanze alla stazione appaltante, sostenendo di aver riacquisito l'idoneità a partecipare a gare<sup>8</sup>.

L'estromissione dalla gara non va disposta e il divieto non si applica quando il reato sia stato depenalizzato oppure quando sia intervenuta la riabilitazione o, ancora, quando il reato sia stato dichiarato estinto dopo la condanna oppure in caso di revoca della condanna medesima. L'estinzione del reato, che consente di non dichiarare l'emanazione del relativo provvedimento di condanna, non deriva, peraltro, automaticamente dal decorso del tempo ma deve essere dichiarata con una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale, ai sensi dell'art. 676 del codice di procedura penale<sup>9</sup>.

L'obbligo di esclusione dall'appalto o dalla concessione opera anche durante il periodo di esecuzione contrattuale: l'art. 108, comma 2 del Codice dispone, infatti, che le stazioni appaltanti devono obbligatoriamente risolvere un contratto pubblico durante il periodo di efficacia dello stesso qualora sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui all'articolo 80.

**Il nuovo "illecito professionale" non coincide con l'"errore professionale" del previgente d.lgs. 163/2006**



**3. Il grave "illecito professionale"**

L'art. 80 dell'attuale Codice, prevede, al comma 5, lett. c), che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora dimostrino con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra tali illeciti rientrano:

- le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto che ne abbiano causato la risoluzione anticipata (non contestata in giudizio oppure confermata all'esito di un giudizio) ovvero abbiano dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni;
- il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio;
- il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

È stato a tale proposito evidenziato<sup>10</sup> che nella previgente disciplina di cui al d.lgs. n. 163/2006 si dava rilevanza, da un lato, alla grave negligenza o mala fede nell'esecuzione di precedenti contratti con la medesima stazione appaltante, e, dall'altro

lato, al grave errore professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante, intercorso anche in rapporti contrattuali con diverse amministrazioni<sup>11</sup>. Nella nuova disciplina la previsione ha quindi una portata molto più ampia, in quanto non si opera alcuna distinzione tra precedenti rapporti contrattuali con la medesima o con diversa stazione appaltante, e, nel contempo, non si fa riferimento solo alla negligenza o errore professionale, ma, più in generale, all'illecito professionale, che abbraccia molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza, ed include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale<sup>12</sup> ma anche in fase di gara (le false informazioni,



8. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Causa C-178/16 cit.  
 9. Tar Puglia, Bari, 7 agosto 2018, n. 1189.  
 10. Consiglio di Stato, Adunanza Commissione speciale, 3 novembre 2016, n. 2286.  
 11. Consiglio di Stato, 10 maggio 2007 n. 2245.  
 12. Come si riteneva nella disciplina previgente: cfr. Consiglio di Stato, 21 luglio 2015, n. 3595.

l'omissione di informazioni, il tentativo di influenzare il processo decisionale della stazione appaltante). Ai fini dell'estromissione dalla gara, l'illecito professionale deve essere grave e tale da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente, cosicché all'art. 80 ne viene fornita una prima casistica, esemplificativa ma non tassativa<sup>13</sup>, e suscettibile di implementazione: il nuovo Codice dispone infatti che, con apposite linee guida, l'ANAC può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova possano essere considerati adeguati per la dimostrazione delle predette circostanze di esclusione oppure quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano a tali fini significative (art. 80, comma 13).

Sul punto è stato osservato che l'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice ha introdotto una semplificazione, a fini probatori, poiché è la stessa disposizione a stabilire che, in presenza di determinati effetti giuridici, un eventuale "inadempimento contrattuale" assurge, per legge, al rango di "significativa carenza", con la conseguenza che, correlativamente, sorge l'obbligo dichiarativo in capo alla concorrente: la predetta disposizione, in combinato con il comma 13 del medesimo art. 80, demanda alle linee guida il solo compito di individuare la casistica delle significative carenze nell'esecuzione di precedenti contratti, ma indica già in modo compiuto e tassativo un indice di riconoscimento delle "significative carenze", ancorato agli effetti giuridici che si sono prodotti<sup>14</sup>.

È stato poi osservato che con l'adozione delle Linee guida n. 6 e le relative ipotesi esemplificative non è

stato ampliato il novero delle cause di esclusione, perché si tratta di titoli di reato espressamente contemplati dall'art. 80, c. 1, lett. b) e di condotte integranti i gravi illeciti professionali ai sensi dell'art. 80, c. 5, lett. c)<sup>15</sup>: legittimamente, dunque, le linee guida possono andare oltre lo stretto perimetro delimitato dall'art. 80, c. 13, tanto più che l'individuazione della casistica di illeciti professionali rispetto al pregresso inadempimento è strumentale alla corretta individuazione dei mezzi di prova adeguati di tali illeciti. Sotto un profilo di stretta logica giuridica, il mezzo di prova di un illecito non sarebbe definibile se non si stabilisse prima di quale illecito si sta trattando, con la conseguenza che è stata ritenuta corretta l'opzione seguita nelle Linee guida n. 6 di individuare una casistica allargata di illeciti professionali<sup>16</sup>.

Già una parte della giurisprudenza formatasi nella previgente disciplina aveva peraltro considerato legittima una lettura allargata dell'"errore professionale", ritenuto comprensivo di qualsiasi comportamento scorretto che incidesse sulla credibilità professionale dell'operatore e non soltanto delle violazioni delle norme di deontologia in senso stretto<sup>17</sup>.

Il Consiglio di Stato ha anche sottolineato la natura "non vincolante" delle Linee guida n. 6<sup>18</sup>, trattandosi di linee guida che rivestono esclusivamente una funzione promozionale di buone prassi da parte delle stazioni appaltanti, e la stessa Anticorruzione ha evidenziato che le linee guida in esame sono finalizzate essenzialmente ad assicurare l'adozione di comportamenti omogenei da parte delle stazioni appaltanti e garantire certezza agli operatori economici.

**L'ANAC ha ampliato le fattispecie di reato rilevanti, ma solo quali possibili fonti di "illecito professionale"**



13. Consiglio di Stato, n. 2286/2016 cit.  
 14. Consiglio di Stato, 11 luglio 2016, n. 3070; Tar Campania, Napoli, 13 novembre 2017, n. 5349.  
 15. Consiglio di Stato, n. 2286/2016 cit.  
 16. Consiglio di Stato, n. 2286/2016 cit.  
 17. Consiglio di Stato, n. 3070/2016 cit.  
 18. Consiglio di Stato, Adunanza Commissione speciale, 25 settembre 2017, n. 2042.

Secondo le indicazioni di Anac, dunque, rilevano quali cause di esclusione, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice, gli illeciti professionali gravi accertati con provvedimento esecutivo e le "condanne non definitive" per i seguenti reati:

- abusivo esercizio di una professione;
- reati fallimentari (bancafallimento semplice e bancafallimento fraudolento, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare, ricorso abusivo al credito);
- reati tributari ex d.lgs. 74/2000, reati societari, delitti contro l'industria e il commercio;
- reati urbanistici di cui all'art. 44, comma 1 lettere b) e c) del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al D.P.R. n. 380/2001 (limitatamente, tuttavia, agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria);
- reati previsti dal d.lgs. 231/2001<sup>19</sup>, all'interno del quale vengono ulteriormente richiamate le seguenti fattispecie di reato:
  - Art. 24. Indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico;
  - Art. 24-bis. Delitti informatici e trattamento illecito di dati;
  - Art. 24-ter. Delitti di criminalità organizzata
  - Art. 25 Concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità e corruzione
  - Art. 25-bis. Falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento;
  - Art. 25-bis.1. Delitti contro l'industria e il commercio;
  - Art. 25-ter. Reati societari;
  - Art. 25-quater. Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico;
  - Art. 25-quater.1. Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili;
  - Art. 25-quinquies. Delitti contro la personalità individuale;

- Art. 25-sexies Abusi di mercato;
- Art. 25-septies Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro;
- Art. 25-octies Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, nonché autoriciclaggio;
- Art. 25-novies. Delitti in materia di violazione del diritto d'autore;
- Art. 25-decies. Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria;
- Art. 25-undecies. Reati ambientali;
- Art. 25-duodecies. Impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare;
- Art. 25-terdecies. Razzismo e xenofobia.

Ed ancora, secondo l'Anticorruzione può rilevare, quale illecito professionale grave, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice, anche la condanna "non definitiva" riportata per uno dei seguenti reati:

- Art. 353 del codice penale, ovverosia Turbata libertà degli incanti;
- Art. 353-bis del codice penale, ovverosia Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente;
- Art. 354 del codice penale, ovverosia Astensione dagli incanti;
- Art. 355 del codice penale, ovverosia Inadempimento di contratti di pubbliche forniture;
- Art. 356 del codice penale, ovverosia Frode nelle pubbliche forniture.

Per tale ultima categoria di reati, la condanna non definitiva, che non rileva ai sensi dell'art. 80 c. 1, può dunque rilevare ai sensi del comma 5 quando la sentenza contenga una condanna al risarcimento del danno, ovverosia contenga uno degli effetti tipizzati dall'art. 80, c. 5, lett. c)<sup>20</sup>. Ad esempio, in relazione alle condotte che costituiscono turbativa di gara, si deve rilevare che le stesse possono dare

19. La verifica circa l'eventuale applicazione delle misure interdittive a carico dell'impresa, disposte ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. n. 231/2001, viene effettuata mediante l'acquisizione del certificato rilasciato dall'Anagrafe delle sanzioni amministrative da reato.

20. Consiglio di Stato, 20 novembre 2015, n. 5299.

luogo anche a illecito penale, e segnatamente a uno dei reati di cui agli artt. 353, 353-bis, 354 del codice penale, che costituiscono, se risultanti da condanne penali definitive, causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 1. La condanna non definitiva per uno dei predetti reati può invece acquisire rilevanza come causa di esclusione, soggetta a motivata valutazione discrezionale da parte della PA, ai sensi dell'art. 80, c. 5, lett. c)<sup>21</sup>.

#### 4. I diversi mezzi di prova

Quanto ai mezzi di prova necessari ai fini della verifica dell'assenza dei motivi di esclusione dalla gara, l'art. 86 del nuovo Codice prevede che le stazioni appaltanti – dopo la presentazione, da parte degli operatori economici, del Documento Unico di Gara Europea<sup>22</sup> – acquisiscono<sup>23</sup>, quale prova sufficiente della non applicabilità dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, comma 1, il certificato del casellario giudiziario oppure, in sua mancanza, un documento equivalente rilasciato dalla competente autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato membro o

del Paese d'origine o di provenienza<sup>24</sup>.

Dalla lettura della norma emerge che per la verifica della causa di esclusione disciplinata dal comma 1 non è necessario acquisire anche il certificato dei carichi pendenti relativo all'operatore economico aggiudicatario della gara<sup>25</sup>.

La verifica della sussistenza della causa di esclusione relativa al grave illecito professionale, invece, segue un iter diverso.

In analogia a quanto avviene per il comma 1, l'inesistenza di un grave illecito professionale deve essere inizialmente autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del Documento Unico di Gara Europea. La falsa attestazione o l'omissione della dichiarazione di tali situazioni comportano l'esclusione dalla gara, in conformità a quanto disposto dall'art. 80, comma 1, lett. f-bis) del Codice: è stato recentemente chiarito che le ipotesi espulsive individuate dalle lett. c) e f-bis) del comma 5 dell'art. 80 si differenziano in senso sostanziale, poiché nell'ipotesi di cui alla

**Le stazioni appaltanti devono valutare, discrezionalmente ma con motivazione idonea ed espressa, l'esistenza dell'illecito professionale**



21. Consiglio di Stato, n. 2286/2016 cit.

22. Il DGUE è obbligatorio per le procedure di importo pari o superiore a 40.000 euro indette a partire dal 18 aprile 2018. Sul tema si vedano le Linee guida n. 3 del 18 luglio 2016 adottate dal Ministero per le infrastrutture ed i trasporti per la compilazione del modello di DGUE, attualmente in corso di revisione.

23. Il testo dell'art. 86 fa riferimento all'obbligo per le stazioni appaltanti di "accettare" i predetti certificati, ma si tratta, in realtà, di un vero e proprio obbligo di acquisizione: l'art. 40 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445 dispone, infatti, che le certificazioni rilasciate dalla pubblica amministrazione in ordine a stati, qualità personali e fatti sono valide e utilizzabili solo nei rapporti tra privati. Nei rapporti con gli organi della pubblica amministrazione e i gestori di pubblici servizi i certificati e gli atti di notorietà sono sempre sostituiti dalle dichiarazioni sostitutive rese ai sensi degli articoli 46 e 47 del medesimo decreto. quale corollario, la medesima norma dispone che sulle certificazioni da produrre ai soggetti privati è apposta, a pena di nullità, la dicitura: "Il presente certificato non può essere prodotto agli organi della pubblica amministrazione o ai privati gestori di pubblici servizi".

24. L'art. 88 del nuovo Codice contratti dispone che, al fine di facilitare la presentazione di offerte transfrontaliere, le informazioni concernenti i certificati e altre forme di prove documentali introdotte in e-Certis, il sistema informativo europeo che costituisce una guida ai documenti e ai certificati che devono essere presentati dalle imprese che intendono partecipare ad appalti pubblici in qualsiasi paese dell'UE; le stazioni appaltanti utilizzano e-Certis e richiedono in primo luogo i tipi di certificati o le forme di prove documentali che sono contemplati da tale sistema.

25. Ai sensi dell'art. 85, comma 5 del Codice, le predette verifiche dovranno essere effettuate in capo al solo offerente al quale la stazione appaltante ha deciso di aggiudicare l'appalto.

lettera c), la motivata valutazione in ordine alla rilevanza in concreto, ai fini dell'esclusione, dei comportamenti accertati è rimessa alla stazione appaltante, mentre nel caso del comma 5, lett. f-bis) l'esclusione dalla gara costituisce un atto vincolato, discendente direttamente dalla legge, che ha la sua fonte nella mera omissione da parte dell'operatore economico<sup>26</sup>.

Le Linee guida chiariscono poi che, fino alla data di entrata in funzione della Banca dati nazionale degli operatori economici che sarà gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, la verifica della sussistenza di gravi illeciti professionali è condotta dalle stazioni appaltanti mediante accesso al Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture gestito dall'Anac, contenente tutte le notizie, le informazioni e i dati relativi agli operatori economici con riferimento alle iscrizioni previste dall'articolo 80 del Codice<sup>27</sup>.

Le stesse Linee guida n. 6 precisano, inoltre, che, esclusivamente ai fini della verifica della sussistenza di provvedimenti di condanna non definitivi (dichiarati nel DGUE) per i reati di cui agli artt. 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale, le stazioni appaltanti procederanno all'acquisizione del certificato dei carichi pendenti riferito ai soggetti indicati dall'art. 80, comma 3 del Codice. Tale certificato dovrà essere acquisito dalla stazione appaltante presso la Procura della Repubblica del luogo di residenza del soggetto sottoposto a controllo<sup>28</sup>.

Anche ai fini dell'esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, resta comunque pur sempre rilevante la presenza di un provvedimento di effettiva "condanna", ancorché si tratti di un provvedimento a carattere non definitivo: il richiamo ai carichi pendenti relativo agli amministratori di un'impresa concorrente deve essere inteso, infatti, nel senso che la sanzione espulsiva consegue esclusivamente ad una sentenza di condanna o ad un provvedimento ad essa equiparato<sup>29</sup>.

Da quanto sopra consegue, pertanto, che la verifica della sussistenza dei carichi pendenti mediante l'acquisizione del correlativo certificato dovrà essere effettuata dalle stazioni appaltanti soltanto:

**I carichi pendenti vanno verificati solo nelle specifiche ipotesi indicate dalle Linee guida n. 6**



- nel caso in cui il concorrente che partecipa alla gara abbia dichiarato, con la compilazione del DGUE, la presenza di condanne non definitive per i reati di cui agli artt. 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale;
- nel caso in cui la stazione appaltante abbia acquisito in qualsiasi modo la notizia della presenza di tali provvedimenti di condanna oppure vi siano indizi in tal senso<sup>30</sup>.

**5. Conclusioni**

L'esistenza di una condanna definitiva per uno dei delitti di cui all'art. 80, comma 1 del Codice costituisce motivo di automatica esclusione dalla gara e causa obbligatoria di risoluzione del



26. Consiglio di Stato, 23 agosto 2018, n. 5040.

27. Consiglio di Stato, 23 luglio 2018, n. 4427 ha evidenziato che l'iscrizione al casellario informatico presuppone una valutazione in concreto, da parte dell'Anticorruzione, circa la rilevanza dell'omissione di segnalazione di condanne penali.

28. Con l'implicita consapevolezza che tale verifica rischia, purtroppo, di lasciare non appurati eventuali procedimenti penali pendenti di fronte a Procure diverse rispetto a quella di residenza.

29. Così Tar Puglia, Lecce, 14 luglio 2016, n. 1158.

30. Ed è chiaro, a tale proposito, il retro-pensiero di matrice penalistica seguito dall'Anticorruzione, nel momento in cui ha fatto riferimento all'esistenza di una sorta di *notitia criminis* e all'esistenza di elementi di carattere indiziario

contratto pubblico.

Per quanto concerne, invece, l'illecito professionale, le stazioni appaltanti possono attribuire rilevanza anche a situazioni non espressamente individuate dalle Linee guida n. 6, purché le stesse siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta indicata dall'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice e sempre che ne ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi: a differenza di quanto avviene per il comma 1, pertanto, il verificarsi delle fattispecie esemplificative individuate nelle Linee guida non dà luogo all'esclusione automatica del concorrente ma comporta l'obbligo della stazione appaltante di procedere alle motivate valutazioni in ordine alla rilevanza ostativa degli specifici comportamenti, da effettuarsi nell'esercizio del potere discrezionale ad essa riconosciuto<sup>31</sup>.

Tale motivata valutazione deve essere effettuata con riferimento alle circostanze dei fatti,

alla tipologia di violazione, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, il tutto in relazione all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto.

Sia dalla circostanza che lo stesso Codice fornisce un'elencazione esemplificativa di illeciti professionali, sia dal fatto che le linee guida in materia hanno natura non vincolante e si limitano ad esercitare una funzione promozionale di buone prassi, consegue, inoltre, che gli illeciti professionali ivi richiamati sono stati individuati dall'Anac in modo non tassativo ma solo esemplificativo, lasciando così alle stazioni appaltanti la possibilità di individuare altre ipotesi, non espressamente contemplate dalle linee guida, che siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta del grave illecito professionale e sempre che ne ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi<sup>32</sup>.

---

31. Il Consiglio di Stato, n. 2042/2017 cit.

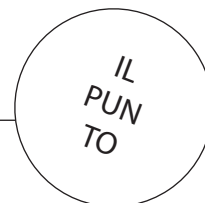
32. Consiglio di Stato, n. 2286/2016 cit.



# I dubbi del Consiglio di Stato sull'affidamento diretto dei servizi di TPL

**L'Ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, 16 luglio 2018, n. 4303 ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione sull'affidamento diretto del servizio di Trasporto Pubblico Locale.**

di Massimiliano Lombardo



## **Premessa: le questioni rimesse alla Corte di Giustizia UE e la prassi A.G.C.M.**

Il dilemma è sempre lo stesso: affrontare le tempistiche ed incognite di una gara pubblica, o affidare in via diretta il servizio di Trasporto Pubblico Locale ("TPL"), assicurando la continuità del servizio stesso e, possibilmente, anche gli standard qualitativi (ed i prezzi) già entrati nell'abitudine dell'utenza?

Ovvero – più in sintesi – privilegiare gli affidamenti diretti, magari giustificati con motivi "di urgenza", oppure privilegiare l'aspetto concorrenziale?

Come interpretare il quadro normativo – soprattutto comunitario – che, come si vedrà in prosieguo, consente importanti (nel senso di "molteplici", poiché "indefinite") deroghe, rispetto al principio generale dell'affidamento mediante procedura competitiva?

Il tema, dibattuto anche tra Roma Capitale e l'A.G.C.M., per il caso della proroga dell'affidamento ad ATAC, viene ora analizzato dalla V Sezione del Consiglio di Stato che – con l'Ordinanza n. 4303 del 16 luglio 2018 – decide di rimettere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la seguente questione pregiudiziale "se l'art. 5, comma 4, del Regolamento (CE) 23/10/2007 n. 1370/2007 deve essere interpretato nel senso che ricorre nella legislazione nazionale il divieto all'affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale, preclusivo dell'affidamento diretto anche nei casi in cui sarebbe consentito dalla normativa euro-unitaria, quando è posta la regola generale della gara pubblica per l'affidamento del predetto servizio ovvero soltanto nel caso di divieto specifico di affidamento diretto anche in relazione alle ipotesi in cui è consentito dalla normativa euro-unitaria".

A tale Ordinanza di rinvio, fa' immediatamente eco quella della I Sezione del TAR Sardegna

– la n. 682 del 25 luglio 2018 -, con la quale si pongono all'attenzione della Corte europea due questioni, connesse (o meglio, "conseguenti") a quella sollevata dal Consiglio di Stato: "a) se l'art. 7, par. 2, del Regolamento (CE) 23 ottobre 2007, n. 1370/2007 deve essere interpretato nel senso che impone, all'autorità competente che intende procedere all'aggiudicazione diretta del contratto, di prendere i provvedimenti necessari per pubblicare o comunicare le informazioni necessarie a tutti gli operatori potenzialmente interessati alla gestione del servizio per predisporre un'offerta seria e ragionevole; b) l'art. 7, paragrafo 4, del Regolamento (CE) 23 ottobre 2007, n. 1370/2007, deve essere interpretato nel senso che l'autorità competente, prima di procedere all'aggiudicazione diretta del contratto, deve valutare comparativamente tutte le offerte di gestione del servizio eventualmente ricevute dopo la pubblicazione dell'avviso di pre-informazione di cui al medesimo art. 7, par. 4".

Rispondendo – in un dialogo ideale, si intende – al dubbio interpretativo posto dalla giurisprudenza alla Corte di Giustizia, l'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato aveva inaugurato la discussione sul tema prendendo posizione con il citato parere del 31 ottobre 2017, reso ai sensi dell'art. 22 L. 287/1990, "S3030 – Al Comune di Roma Capitale su un nuovo possibile affidamento in house del servizio di trasporto pubblico locale ad ATAC".

L'Autorità, nel comunicato stampa che ha accompagnato l'emissione del parere ha confermato di aver "invitato il Comune di Roma Capitale a valutare con estrema attenzione la sussistenza dei requisiti formali e sostanziali per un nuovo affidamento in house del servizio di trasporto pubblico locale ad ATAC (o per una proroga dell'attuale affidamento)." E, soprattutto, che "la valutazione della proposta di concordato preventivo in continuità aziendale per ATAC si baserà necessariamente sulla possibilità che la società di proprietà del Comune di Roma Capitale continui a svolgere il servizio di trasporto pubblico locale anche oltre l'attuale scadenza del 3 dicembre 2019. Ciò potrebbe avvenire in virtù di una proroga dell'attuale affidamento o tramite un

nuovo affidamento in house.

Quanto alla proroga, l'AGCM ritiene che, al momento, e nonostante la situazione di grave crisi economica e finanziaria in cui versa ATAC, non sussistano le condizioni di emergenza o di pericolo imminente di interruzione di servizio che giustifichino questo tipo di intervento. In particolare, il lungo periodo che ancora ci separa dalla scadenza dell'attuale affidamento (pari a due anni) rappresenta un lasso di tempo sufficiente per il Comune di Roma Capitale per organizzare il servizio senza il ricorso a misure urgenti.

Quanto, invece, alla possibilità di affidare nuovamente in house il servizio ad ATAC al termine dell'attuale contratto di servizio, l'AGCM ha ricordato al Comune di Roma Capitale come sia un requisito ineliminabile, anche nell'ambito di una procedura di concordato preventivo in continuità, l'ancoraggio ai criteri formali di matrice europea ed agli obblighi motivazionali previsti sia dalla disciplina settoriale sul trasporto pubblico locale sia dalle norme generali sui servizi pubblici locali. Di conseguenza, il Comune di Roma Capitale, qualora intenda riaffidare in house il servizio di trasporto pubblico locale ad ATAC, dovrebbe non solo effettuare una valutazione rigorosa della preferibilità di tale scelta rispetto al ricorso al mercato tramite una gara, ma svolgere anche un effettivo confronto tra lo scenario di affidamento in house ed una serie di benchmark di mercato appropriati volto a valutare la correttezza della scelta dal punto di vista dell'efficienza, dell'economicità e della qualità del servizio reso ai cittadini. ...".

#### **1. L'Ordinanza di rimessione della V Sezione del Consiglio di Stato, n. 4303 del 16 luglio 2018**

La tematica posta all'attenzione del Consiglio di Stato riguarda un caso di portata mediatica meno significativa, rispetto al "caso ATAC" analizzato dall'A.G.C.M., ma che presenta molte analogie con quest'ultimo.

Nei fatti, la Regione Molise, con propria Deliberazione del 30 giugno 2015, modificava la

rete dei servizi minimi regionali di TPL, prevedendo anche un incremento chilometrico di circa 150.000 chilometri/anno, a fronte del quale riconosceva un incremento del corrispettivo del servizio, pari a circa 330.000 Euro.

La Regione, nel proprio provvedimento, specificava che l'incremento della rete dei servizi TPL avveniva *"in via d'urgenza e con carattere provvisorio in attesa di procedere alla rivisitazione e parziale riorganizzazione dell'intero programma dei servizi di TPL regionale"* e, in virtù di ciò, affidava in via diretta il servizio – così incrementato – alle società che erano già gestori del servizio.

Questo *modus operandi* viene censurato da un operatore del settore – A.T.M., Azienda di Trasporti Molisana S.p.A. – che impugna il provvedimento regionale innanzi al TAR Molise – uscendone vittorioso –.

A ben vedere, la fattispecie assume i contorni del "caso paradigmatico", cioè, quello che sembra essere studiato apposta per riassumere in un'unica vicenda giudiziaria – e, così, affrontare definitivamente – i temi più comuni nel dibattito – in questo caso, sulla materia dell'affidamento diretto del TPL –.

In primo grado, dunque, A.T.M. *"con il primo motivo lamentava la violazione dell'art. 18 d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 e dell'art. 15 l. reg. Molise 24 marzo 2000, n. 19 per aver la Regione disposto l'affidamento dei servizi di nuova istituzione in via diretta senza l'attivazione di procedura di evidenza pubblica tra le imprese interessate all'esercizio dei servizi; a tale procedura la ricorrente dichiarava avrebbe avuto interesse a partecipare in quanto operatrice del settore e, comunque, gestore di servizi di TPL per conto della Regione fino al 2013."* Il TAR, nell'accogliere le censure formulate dalla ricorrente, osserva – richiamando anche il principio generale di pro-concorrenzialità –: *"l'art. 5 del Regolamento europeo in materia di servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia stabilisce che l'affidamento ad un soggetto terzo del servizio deve avvenire mediante procedura di gara; la stessa disposizione prevede, tuttavia, una deroga alla gara aperta*

*in presenza di talune specifiche condizioni ivi esattamente individuate, precisando, però, che l'affidamento diretto è consentito "a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale"; nella vicenda in esame, pur rientrando il servizio in esame tra quelli affidabili in via diretta, tale facoltà è preclusa dalla previsione dell'art. 18 d.lgs. 422 del 1997 che prevede la gara aperta quale regola generale per l'affidamento delle concessioni di servizio TPL; la regola della gara aperta è ribadita anche dalla legislazione regionale ... e risponde ai principi del Trattato UE, per come espressi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e dalla comunicazione interpretativa della commissione europea sulle concessioni nel diritto comunitario del 12 aprile 2000."*

Ma la vicenda giurisdizionale non si conclude con la sentenza di merito, poiché l'affidataria del servizio – SATI S.p.A. – propone appello.

I motivi di impugnazione, in particolare, si appuntano *"sulla ritenuta impossibilità di procedere all'affidamento diretto benché il servizio da aggiudicare rientrasse pacificamente tra quelli che, a norma dell'art. 5 del Regolamento europeo, l'ente pubblico ha facoltà di affidare in via diretta."* L'appellante, infatti, sostiene *"che il giudice di primo grado abbia errato nell'interpretazione della normativa interna, la quale non porrebbe affatto quel divieto assoluto di affidamento diretto del servizio TPL in presenza del quale la disciplina comunitaria impone l'attivazione, in ogni caso, della gara aperta."*

Il Consiglio di Stato, davanti a questa contestazione, si scopre più titubante, rispetto al Tribunale di merito (ed anche rispetto all'A.G.C.M., che si era espressa nel frattempo) ed osserva che *"i motivi di appello sono in grado di condurre alla riforma integrale della sentenza di primo grado, poiché mettono in discussione, con critiche ragionevoli, tutte le considerazioni che hanno indotto all'accoglimento del ricorso di primo grado e che, per questa ragione, assume rilevanza ai fini della decisione del giudizio innanzitutto il primo motivo di appello ove si prospetta la questione dell'affidabilità dei servizi di nuova istituzione in via diretta."*

Secondo la Sezione remittente, ricostruendo il quadro normativo comunitario di riferimento, non risultano preclusioni assolute al principio di affidamento diretto del servizio.

Infatti, *“l’art. 5 del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 23 ottobre 2007 n. 1370/2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/91 e (CEE) n. 1107/70, prevede al comma 4, che: “A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, l’autorità competente ha facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico: a) il cui valore annuo medio stimato è inferiore a 1 000 000 EUR ... oppure b) che riguardano la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 300 000 chilometri l’anno ...”.*

*Qualora un contratto di servizio pubblico sia aggiudicato direttamente a una piccola o media impresa che ha in esercizio non più di 23 veicoli stradali, dette soglie possono essere aumentate a un valore annuo medio stimato inferiore a 2 000 000 EUR oppure alla prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 600 000 chilometri l’anno.”.*

Tale norma sembra prevalere anche sull’art. 18 d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422 – i cui contenuti sono richiamati dalla legge regionale molisana sul Trasporto Pubblico Locale – ove si enfatizza l’aspetto pro-concorrenziale disponendo che: *“allo scopo di incentivare il superamento degli assetti monopolistici e di introdurre regole di concorrenzialità nella gestione dei servizi di trasporto regionale e locale, per l’affidamento dei servizi le regioni e gli enti locali si attengono ai principi dell’articolo 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481, garantendo in particolare: a) il ricorso alle procedure concorsuali per la scelta del gestore del servizio sulla base degli elementi del contratto di servizio di cui all’articolo 19 e in conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizio prevede alcun divieto espresso di affidamento diretto del servizio. ...”.*

La norma comunitaria, infatti, non solo è più recente e gerarchicamente sovraordinata, ma soprattutto

si pone come “deroga specifica” (consentendo affidamenti diretti solo in presenza di particolari circostanze, rispetto alla regola generale – comune anche al diritto UE – dell’affidamento mediante gara).

*Dunque, “l’esistenza di un dubbio interpretativo che giustifica il rinvio alla Corte di Giustizia dell’Unione europea ai sensi dell’art. 267 TFUE. Il dubbio riguarda la corretta interpretazione della norma europea (l’art. 5, comma 4 del Regolamento 1370/2007 ...) nella parte in cui esclude la facoltà di affidamento diretto dei contratti di servizio pubblico in materia di TPL anche per le ipotesi marginali (c.d. “de minimis”) ivi previste qualora ciò “sia vietato dalla legislazione nazionale”.*

Si domanda se, per ritenere operante il suddetto divieto, è sufficiente anche soltanto la previsione da parte del legislatore della regola generale della gara pubblica per l’affidamento dei contratti di servizio di TPL locale (come previsto dal riportato articolo 18, comma 2, d.lgs. 422) o, invece, è necessario un divieto specifico e riferito proprio a quelle fattispecie per le quali nella legislazione europea è consentito l’affidamento diretto.

Perciò, il Collegio ha necessità di conoscere la corretta interpretazione della questione *“se si ritiene necessario un divieto specifico, riferito pure ai casi per i quali nella normativa euro-unitaria è consentito l’affidamento diretto”,* giacché *“in mancanza di tale espresso divieto nella normativa italiana, la condotta della Regione non potrebbe essere censurata.”* e, soprattutto, considerando che *“lo specifico divieto all’affidamento diretto, d’altronde, non risulta presente neanche nella legislazione regionale...”.*

Così posta, la questione sollevata dal Consiglio di Stato, si potrebbe ricondurre alla domanda: *“se la norma speciale – l’art. 5 del Regolamento (CE) n. 1370/2007, che prevede la necessità di un espresso divieto di affidamento diretto del servizio TPL – si imponga rispetto a quella generale – recata dalla Direttiva n. 24/2014/UE, che impone un generale obbligo di porre a gara i servizi, incluso quello afferente il TPL –”.* E questa domanda, per la verità, aveva già trovato una risposta in una precedente

sentenza della IV Sezione della Corte di Giustizia UE, 27 ottobre 2016, nella causa C- 292/15 in cui – su altra problematica afferente il TPL (quella del limite ai subappalti) - la Corte ha fatto *“applicazione del criterio di specialità, affermando in particolare che l’art. 5, par. 1, del regolamento n. 1370/2007 deve essere interpretato nel senso che, nell’ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri con autobus, l’art. 4, par. 7, di tale regolamento, laddove prevede limitazioni al subappalto, resta applicabile, in quanto norma speciale rispetto all’art. 25 della direttiva 2004/18 sulla quale è destinato a prevalere in quanto lex specialis.”*

Il ragionamento del Collegio, esplicitato nell’Ordinanza in commento, effettivamente richiama alcuni passaggi nodali della sentenza resa dalla Corte di Giustizia nella causa C- 292/15; in particolare, sembra ripercorrere lo snodo *“la natura di appalto dell’affidamento ed il suo assoggettamento alla disciplina di cui alla direttiva 2004/18 non vale dunque, ... a neutralizzare l’applicabilità della disciplina restrittiva del subappalto contenuta nell’art. 4, par. 7, considerato che l’applicabilità di tale norma, a differenza di altre ivi espressamente menzionate, non viene, in siffatte ipotesi, esclusa dall’art. 5, par. 1 del regolamento n. 1370/2007, sicché la natura speciale del regolamento n. 1370/2007, recante la disciplina dei servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, deve prevalere sulla direttiva 2004/18 che ha invece portata generale.”*

A questo punto, come ben può rilevarsi, l’interpretazione richiesta alla Corte UE potrebbe condizionare non solo la prassi negli affidamenti del servizio TPL, ma anche un intero filone giurisprudenziale, nel caso di specie fatto proprio dal TAR Molise, che – in omaggio al principio di libera concorrenza – impone comunque la gara pubblica.

## **2. L’Ordinanza di rimessione della I Sezione del TAR Sardegna, n. 682 del 25 luglio 2018**

Diversa – forse per certi versi anche distonica e più assimilabile alla visione dell’A.G.C.M. (che, infatti, è nel caso di specie la ricorrente) – è la tesi propugnata dal TAR Sardegna, con l’Ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia, n. 682/2018, che segue di pochi giorni quella del Consiglio di Stato.

La tematica trattata dal Tribunale di merito è quella di una gara per l’affidamento del servizio di trasporto pubblico ferroviario della Regione Sardegna per il periodo 1° gennaio 2017 – 31 dicembre 2025 – affidamento disposto in via diretta, dalla Regione Sardegna, a favore di Trenitalia S.p.A. -.

Nel caso di specie, l’A.G.C.M., evocata su segnalazione di un operatore concorrente, ai sensi dell’art. 21-bis L. 10 ottobre 1990, n. 287 chiede l’annullamento della deliberazione della Giunta Regionale con la quale è stato disposto l’affidamento diretto ed autorizzata la stipula del contratto di servizio.

Anche in questo caso, dunque, la fattispecie è paradigmatica e sembra scelta appositamente per ergersi ad emblema delle tesi dell’A.G.C.M.; presenta, infatti, alcune caratteristiche “topiche” degli affidamenti in via d’urgenza – in particolare la motivazione sulle esigenze di continuità del servizio -, che l’Autorità aveva già trovato (e censurato), ad esempio nel parere espresso per ATAC, ricordato in apertura.

*“Avverso i provvedimenti impugnati, l’Autorità deduce due motivi di ricorso, incentrati sulla illegittimità dell’affidamento diretto del servizio di trasporto ferroviario regionale, per il contrasto con l’articolo 7, paragrafi 2 e 4, del regolamento (CE) n. 1370/2007. In particolare, l’Autorità ritiene che la norma del regolamento comunitario (art. 5, paragrafo 6) che consente l’affidamento diretto del servizio in questione nulla dice circa le modalità procedurali che l’autorità competente deve seguire per disporre l’affidamento, che debbono essere ispirate al rispetto dei principi generali di parità di*



*trattamento, non discriminazione e trasparenza, posti a fondamento del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, di cui sono applicazione le disposizioni del regolamento (CE) n. 1370/2007 di cui all'art. 7, paragrafi 2 e 4."*

*Ricorda il TAR che "ad avviso dell'Autorità ricorrente, inoltre, le disposizioni da ultimo richiamate debbono essere interpretate alla luce alla luce dei "Considerando" 29 e 30 del regolamento. Ciò dovrebbe autorizzare una interpretazione della disciplina europea sull'affidamento diretto del servizio di cui trattasi, nel senso che la pubblicazione dell'avviso di pre-informazione con largo anticipo rispetto al momento dell'aggiudicazione (art. 7, paragrafo 2, del regolamento CE) ha lo scopo di consentire ai potenziali operatori del servizio pubblico di predisporre una proposta da presentare nell'ambito della procedura di affidamento diretto (in tal senso l'Autorità invoca anche la Comunicazione della Commissione europea 2014/C92/01, sugli orientamenti interpretativi concernenti il regolamento (CE) 1370/2007, pubblicata sulla G.U.U.E. del 29 marzo 2014). Ne deriva ulteriormente che gli obblighi informativi della Regione Sardegna, quale autorità competente nel caso di specie, ai sensi dell'art. 7, paragrafo 2, del citato regolamento (CE), avrebbero dovuto comprendere anche la richiesta al soggetto che da sempre svolge il servizio di trasporto (c.d. incumbent, nel caso: Trenitalia S.p.A.), di tutti quei dati in suo possesso relativi ai livelli di domanda, entità del personale, materiale rotabile e altro, al fine di metterli a disposizione dei soggetti potenziali interessati all'affidamento del servizio in questione."*

*Dal canto loro, la Regione Sardegna e Trenitalia S.p.A. si sono difese sostenendo la correttezza delle scelte dell'Amministrazione, rammentando che "il regolamento (CE) n. 1370/2007 consente l'affidamento diretto del servizio pubblico di trasporto per ferrovia (art. 5, par. 6)", inoltre, obiettano che "la tesi dell'Autorità porterebbe a una disapplicazione della norma sull'affidamento diretto, configurando una vera e propria procedura di gara competitiva. Anche in relazione agli obblighi informativi, premesso che l'amministrazione regionale ha rispettato quanto previsto dall'art.*

*7 del regolamento (CE) n. 1370/2007, l'ulteriore documentazione richiesta da Arriva Italia Rail s.r.l. [l'operatore concorrente che ha evocato l'A.G.C.M. - n.d.a.] attiene a un complesso di informazioni di dettaglio che si riscontra nelle sole procedure di gara, ma non nelle procedure di affidamento diretto."*

*Il TAR, sul punto, ritiene di dover rimettere alla Corte di Giustizia UE, in via pregiudiziale, la questione sulla corretta interpretazione delle citate disposizioni del Regolamento comunitario n. 1370/2007.*

*Ricostruendo il quadro normativo, il Tribunale di merito trae argomenti dalle tesi dell'Autorità ricorrente e rileva che "Per la soluzione del caso di specie assumono rilevanza diverse disposizioni del regolamento (CE) n. 1370/2007. In primo luogo, l'art. 5, paragrafo 6, del menzionato regolamento, che prevede: "A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti hanno facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia, fatta eccezione per altri modi di trasporto su rotaia quali metropolitana o tram. In deroga all'articolo 4, paragrafo 3, la durata di tali contratti non è superiore a dieci anni, salvo nei casi in cui si applica l'articolo 4, paragrafo 4."*

*Rilevano, inoltre, le disposizioni di cui all'articolo 7, paragrafi 2 e 4, secondo le quali: "Ciascuna autorità competente prende i provvedimenti necessari affinché, almeno un anno prima dell'inizio della procedura di gara o un anno prima dell'aggiudicazione diretta del contratto, siano pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, come minimo, le seguenti informazioni: a) nome e indirizzo dell'autorità competente; b) tipo di aggiudicazione previsto; c) servizi e territori potenzialmente interessati dall'aggiudicazione. Le autorità competenti possono decidere di non pubblicare queste informazioni qualora un contratto di servizio pubblico riguardi una fornitura annuale di meno di 50 000 chilometri di servizi di trasporto pubblico di passeggeri. Qualora dette informazioni cambino successivamente alla loro pubblicazione, l'autorità competente pubblica di conseguenza una rettifica al più presto. Tale rettifica non pregiudica*



*la data di avvio dell'aggiudicazione diretta o del bando di gara. Il presente paragrafo non si applica all'articolo 5, paragrafo 5." (art. 7, par. 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007).*

Il paragrafo 4 dell'articolo 7 cit. stabilisce che: *"Quando è richiesto da una parte interessata l'autorità competente le trasmette la motivazione della sua decisione di aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico".*

Infine, debbono essere richiamati anche il considerando 29 (secondo cui: *"Ai fini dell'aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico, ad eccezione delle misure di emergenza e dei contratti relativi a distanze limitate, le autorità competenti dovrebbero adottare le necessarie misure per pubblicizzare, con almeno un anno di anticipo, il fatto che intendono aggiudicare tali contratti così da consentire ai potenziali operatori del servizio pubblico di attivarsi"*), e 30 (*"I contratti di servizio pubblico aggiudicati direttamente dovrebbero essere soggetti a una maggiore trasparenza"*) del regolamento (CE) n. 1370/2007."

Guardando al diritto nazionale, poi, sottolinea che *"nell'ambito del diritto nazionale, è rilevante la disposizione di cui all'art. 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99, secondo cui "Al fine di armonizzare il processo di liberalizzazione e di concorrenza nel settore del trasporto pubblico regionale e locale con le norme comunitarie, le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, e all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007. Alle società che, in Italia o all'estero, risultino aggiudicatrici di contratti di servizio ai sensi delle previsioni del predetto regolamento (CE) n. 1370/2007 non si applica l'esclusione di cui all'articolo 18, comma 2, lettera a), del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422".*

Inoltre, deve essere considerato quanto previsto dall'art. 17, comma 1, lett. i), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ... secondo cui *"Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e*

*alle concessioni di servizi [...] concernenti i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana; [...]"*

Da ultimo, il TAR ricorda l'art. 4 del medesimo codice dei contratti pubblici, che dispone: *"l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica".*

Conclude, quindi, che *"il dubbio che giustifica la rimessione della questione pregiudiziale riguarda la possibilità di un'interpretazione dell'articolo 7, paragrafi 2 e 4, del regolamento (CE) n. 1370/2007, conforme ai principi del Trattato in tema di concorrenza, non discriminazione, trasparenza, attribuendo alle predette disposizioni del regolamento il significato più ampio, sia quanto agli obblighi di informazione al mercato, gravanti sull'autorità competente che intenda procedere all'affidamento diretto, che dovrebbero consentire a tutti gli operatori potenzialmente interessati alla gestione del servizio di formulare un'offerta seria e ragionevole; sia quanto agli obblighi di motivazione della scelta dell'affidatario diretto, che dovrebbe includere anche la valutazione comparativa nel caso in cui l'autorità, dopo la pubblicazione dell'avviso di pre-informazione di cui all'art. 7 del regolamento (CE), riceva una pluralità di proposte di gestione del servizio."*

### 3. Conclusioni

In questo caso, la conclusione dovrà essere indicata dalla Corte di Giustizia, che si pronuncerà sulle questioni pregiudiziali ad essa rimesse.

Come detto, quindi, la corte avrà il difficile compito di coordinare le esigenze di celerità degli affidamenti e continuità del servizio (argomentazioni che militano a favore delle ipotesi eccezionali di affidamento diretto) con quelle di apertura alla concorrenza (quindi, a favore

dell'obbligo generalizzato di affidamento mediante gara).

Lo snodo sarà l'interpretazione del Regolamento comunitario n. 1370/2007, laddove esso reca deroghe alla regola generale di affidamento con procedura competitiva: infatti, spetterà alla giurisprudenza comunitaria l'arduo compito di tracciare il perimetro entro il quale dovranno essere circoscritte le eccezioni alla regola; per converso, la Corte si troverà a dover definire una

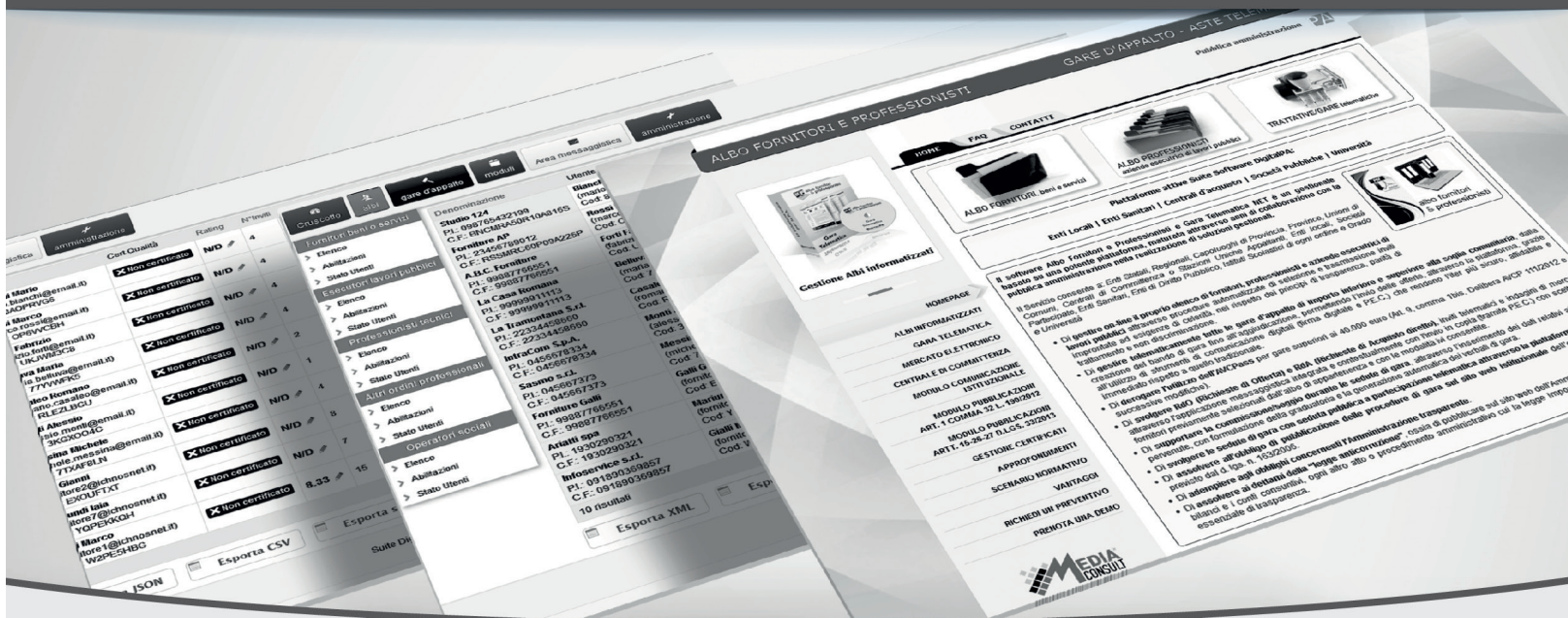
platea potenzialmente infinita di casistiche "di urgenza" in cui l'affidamento diretto, in ossequio ai principi comunitari, viene ammesso.

Il legislatore europeo non ha, sinora, puntualmente delimitato tali casistiche, forse consapevole delle difficoltà di raccogliere, in definizioni giuridiche, le innumerevoli circostanze concrete che caratterizzano l'urgenza; si vedrà se la corte si limiterà a ribadire il principio astratto, o se entrerà nella specifica analisi di alcune fattispecie concrete.

# Software per la Gestione on line Albo Fornitori e Gare Telematiche



Area Software



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

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

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

## FUNZIONALITA'

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

## VANTAGGI

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

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

Ci contatti per maggiori informazioni

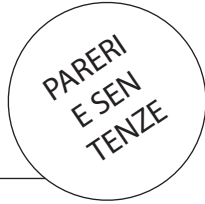
0883.310504

www.mediaconsult.it

info@mediaconsult.it



# Pareri & Sentenze



## **Consiglio di Stato, Sez. V, 5/9/2018, n. 5202**

*Non può imporsi all'offerente di impugnare immediatamente la clausola del bando che prevede il criterio di aggiudicazione, ove la ritenga errata*

"...superando sollecitazioni in diverso senso variamente formulate anche in sede pretoria – l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4 del 26 aprile 2018, ha chiarito, ribadendo e corroborando, sul punto, il tradizionale orientamento giurisprudenziale, che né il pregresso regime normativo (fondato sul principio dell'equiordinazione dei metodi di aggiudicazione, la cui scelta restava rimessa alla responsabile discrezionalità della stazione appaltante: cfr. art. 81, commi 1 e 2 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) né l'attuale quadro ordinamentale (che per contro, sulla scorta del considerando 89 della direttiva 24/2014, ha scolpito un obiettivo favor per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prefigurando un "sistema di gerarchia" tra i metodi di aggiudicazione, che si impone, come tale, alla stazione appaltante: cfr. art. 95 d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50) consentono di rinvenire elementi per pervenire all'affermazione che debba imporsi all'offerente di impugnare immediatamente la clausola del bando che prevede il criterio di aggiudicazione, ove la ritenga errata: e ciò in quanto, "versandosi nello stato iniziale ed embrionale della procedura, non vi sarebbe infatti né prova né indizio della circostanza che l'impugnante certamente non sarebbe prescelto quale aggiudicatario", onde, a diversamente opinare, si finirebbe per imporre all'offerente l'implausibile onere di denunciare la clausola del bando "sulla scorta della preconizzazione di una futura ed ipotetica lesione, al fine di tutelare un interesse (quello strumentale alla riedizione della gara), certamente subordinato rispetto all'interesse primario (quello a rendersi aggiudicatario), del quale non sarebbe certa la non realizzabilità".

**Consiglio di Stato, Sez. V, 4/9/2018, n. 5178**

*Sul termine di decorrenza per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione all'esito di accesso agli atti*

"Con riferimento alla comunicazione dell'aggiudicazione di una gara di appalto, ai sensi dell'art. 79, comma 5, del previgente codice dei contratti pubblici, la cui disposizione è sostanzialmente analoga a quella di cui all'art. 76 del D. Lgs. n. 50 del 2016, la giurisprudenza ha avuto modo di sottolineare che la previsione deve essere coordinata con le regole generali in materia di termine per proporre ricorso, ed in particolare con la "conoscenza" cui si riferisce il parimenti citato art. 120, comma 5, del codice del processo amministrativo (ex multis Cons. Stato, V, 1 agosto 2016, n. 3451; 3 febbraio 2016, n. 408, 13 marzo 2014, n. 1250; VI, 1 aprile 2016, n. 1298).

Detto orientamento è stato condiviso dalla Corte di Giustizia (sentenza 8 maggio 2014, in causa C-161/13), secondo cui l'art. 120 deve essere interpretato nel senso che il termine di trenta giorni per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre e comunque dal momento della comunicazione di cui all'articolo 79 citato, ma, nel caso in cui emergano vizi riferibili ad atti diversi da quelli comunicati dalla stazione appaltante, dal giorno in cui l'interessato abbia avuto piena ed effettiva conoscenza, proprio in esito all'accesso, degli atti e delle vicende fino ad allora rimasti non noti."

**Consiglio di Stato Adunanza plenaria, 30/8/2018, n. 13**

*Sul calcolo della soglia di anomalia ex art. 97, comma 2, lett. b), d.lgs. 50/2016*

Tra i diversi orientamenti sul tema "l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato enuncia il seguente principio di diritto: "l'articolo 97, comma 2, lettera b) del decreto legislativo 50 del 2016 ('Codice dei contratti pubblici') si interpreta nel senso che la locuzione "offerte ammesse" (al netto del c.d. 'taglio delle ali') da prendere in considerazione ai fini del computo della media aritmetica dei ribassi e la locuzione "concorrenti ammessi" da prendere in considerazione al fine dell'applicazione del fattore di correzione fanno riferimento a platee omogenee di concorrenti.

Conseguentemente, la somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi (finalizzata alla determinazione del fattore di correzione) deve essere effettuata con riferimento alla platea dei concorrenti ammessi, ma al netto del c.d. 'taglio delle ali'."

**TAR Campania, Sez. IV, 28/08/2018, n. 5292**

*La comunicazione "ufficiale" in seduta pubblica delle imprese ammesse non può sortire l'effetto di surrogare alla pubblicazione di cui all'art. 29 d.lgs. 50/2016*

"la comunicazione "ufficiale" in seduta pubblica delle imprese le cui offerte sono ammesse al prosieguo della procedura non può sortire l'effetto di surrogare tale avviso agli incumbenti di cui all'art. 29 d.lgs. 50/2016., pur se avvenuta alla presenza dei rappresentanti dell'impresa che successivamente agisce in giudizio, anche in ragione del fatto che se dalla irrituale enunciazione resa in sede di seduta di gara si facesse derivare in capo alle concorrenti l'onere di accedere agli atti della procedura onde procedere alla



contestazione del provvedimento di ammissione (o di esclusione), si finirebbe con l'eludere il sistema disegnato dalla norma che impone alla Stazione Appaltante di rendere disponibili, come descritto, i relativi atti. Sul punto si veda, recentissima, la decisione n. 1902 del 27 marzo 2018 della III sezione del Consiglio di Stato, la quale ha, per l'appunto, ribadito che i) l'onere di immediata impugnativa dell'altrui ammissione alla procedura di gara senza attendere l'aggiudicazione, prevista dal comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a., è ragionevolmente subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura, perché diversamente l'impresa sarebbe costretta a proporre un ricorso "al buio" (Cons. St., sez. III, 26 gennaio 2018, n. 565; id., sez. III 20 marzo 2018 n. 1765);"

#### **Consiglio di Stato, Sez. III, 6/8/2018, n. 4830**

*Conseguenze in caso di nomina di un commissario "incompatibile"*

"- la nomina di una commissione di gara contenente un commissario incompatibile non solo inficia le decisioni e le determinazioni a valle, assunte dalla commissione stessa in quanto manifestazioni di volontà complessa imputabili a tale organo, ma preclude anche la nomina di tutti i medesimi commissari (e non solo di quello dichiarato incompatibile), a tutela dei principi di trasparenza e di imparzialità delle operazioni di gara;"

#### **Consiglio di Stato, Sez. V, 2/7/2018, n. 4040**

*La violazione dell'art. 50 del d.lgs. 50/2016 in ordine alla clausola sociale determina l'illegittimità del capitolato speciale e non la nullità di quest'ultimo*

"l'eventuale violazione dell'citato art. 50 non darebbe luogo alla nullità dell'art. 5 del capitolato speciale, ma semplicemente alla sua illegittimità, con la conseguente necessità di far valere il vizio attraverso il consueto rimedio impugnatorio.

L'art. 21-septies della L. 7/8/1990, n. 241, stabilisce, infatti, che "È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge".

La norma individua, quindi, tassativamente le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo e nei confronti dell'art. 5 del capitolato speciale non è stato dedotto alcun vizio catalogabile tra le cause di nullità codificate."

#### **Consiglio di Stato, Sez. V, 26/7/2018, n. 4597**

*Indagine di mercato e sopralluogo richiesto anche al gestore uscente del servizio*

"La Sezione osserva che pure a voler ammettere che la scelta della stazione appaltante di anticipare l'adempimento dell'obbligo del sopralluogo dalla fase della gara in senso stretto a quella precedente della selezione dei concorrenti da invitare espletata attraverso l'avviso di indagine di mercato possa essere



sia di per sé non irragionevole, irrazionale, arbitraria o illogica e che non arrechi vulnus ai principi propri dell'evidenza pubblica (non costituendo di per sé un ostacolo alla par condicio o alla concorrenza, anzi consentendo la presentazione di un'offerta pienamente coerente anche con riferimento all'effettiva situazione di fatto), fermo restando che nel caso di specie la stazione appaltante non ha tuttavia motivato le ragioni di tale scelta, come pure avrebbe dovuto, tuttavia non può ritenersi che la richiesta di un simile adempimento sia legittimo, adeguato e proporzionato laddove, come nel caso di specie, sia richiesto anche al gestore uscente del servizio."

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 346 DEL 5 aprile 2018**

**PREC 45/18/F**

*"...pacifico indirizzo della giurisprudenza amministrativa che esclude che l'amministrazione, a mezzo di chiarimenti auto interpretativi, possa modificare o integrare la disciplina di gara; i chiarimenti sono ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio"*

"CONSIDERATO il pacifico indirizzo della giurisprudenza amministrativa che esclude che l'amministrazione, a mezzo di chiarimenti auto interpretativi, possa modificare o integrare la disciplina di gara; i chiarimenti sono ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della disciplina di gara posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 della Costituzione (da ultimo Cons. Stato, sez. III, 13 gennaio 2016, n. 74);

CONSIDERATO che, laddove i chiarimenti forniti dall'amministrazione comportino una modifica sostanziale di una disposizione di gara (e non una mera rettifica formale), essi rappresentano di fatto delle "errata corrige" e l'amministrazione dovrebbe seguire la regola del contrarius actus, secondo cui la modifica o il ritiro di un atto deve avvenire nelle stesse forme e seguendo il medesimo procedimento della sua adozione, sia sotto il profilo soggettivo, sia sotto il profilo procedimentale. In tal caso, l'amministrazione è quindi tenuta a pubblicare una rettifica dell'atto di gara oggetto del chiarimento e a prorogare i termini di presentazione delle offerte (Cons. Stato, sez. V, 23 settembre 2015, n.4441);"

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 337 DEL 28 marzo 2018**

**PREC 67/18/S**

*Si ritiene illegittima la clausola della lex specialis di gara che impone ai concorrenti di essere proprietari degli automezzi utilizzati per il servizio di trasporto scolastico*

"«Sul punto appare palese la violazione dei principi di proporzionalità e concorrenza, perché non si comprende per quale ragione non sia stato ritenuto sufficiente un titolo giuridico di disponibilità diverso

da quello del diritto dominicale, tenuto anche conto della temporaneità del servizio di noleggio automezzi (servizio limitato a pochi periodi dell'anno scolastico 2017/2018. Non è revocabile in dubbio che costringere l'operatore economico ad acquisire la proprietà degli automezzi necessari all'espletamento del servizio rappresenta un onere economico estremamente gravoso (in ragione del valore degli stessi, specie se raffrontato alla base d'asta del servizio in questione) e non fornisce alcuna oggettiva utilità o qualità aggiuntiva della prestazione dedotta nell'invito ad offrire. Ed invero dal punto di vista dell'amministrazione il titolo giuridico di disponibilità degli automezzi durante tutta la durata del servizio appare del tutto indifferente, mentre, dal punto di vista degli operatori del mercato, produce una irragionevole restrizione della platea dei soggetti ammessi a partecipare»;

#### **Autorità Nazionale Anticorruzione**

#### **DELIBERA N. 336 DEL 28 marzo 2018**

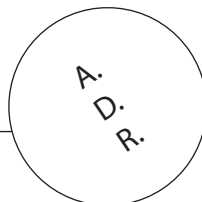
#### **PREC 59/18/S**

*"rientra nella discrezionalità dell'amministrazione la scelta di concedere una proroga al termine di presentazione delle offerte, tenendo conto dei differenti interessi coinvolti nella procedura di affidamento del contratto e delle circostanze di fatto del caso concreto"*

"CONSIDERATO che l'articolo 79 del d. lgs. 50/2016, al comma 1, dispone che «nel fissare i termini per la ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte, le amministrazioni aggiudicatrici tengono conto in particolare della complessità dell'appalto e del tempo necessario per preparare le offerte, fatti salvi i termini minimi stabiliti negli articoli 60,61, 62 e 65»;...RITENUTO che, nell'ambito di tale quadro normativo e conformemente ai precedenti già espressi dall'Autorità (parere n. 143 del 2 settembre 2015), rientra nella discrezionalità dell'amministrazione valutare l'opportunità di concedere una proroga del termine fissato per la presentazione delle offerte, tenuto conto dell'opportuno bilanciamento dei diversi interessi coinvolti, nonché delle specifiche circostanze di fatto del caso concreto, tra cui anche l'esigenza di concludere il procedimento entro un determinato periodo; Il Consiglio ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che: rientra nella discrezionalità dell'amministrazione la scelta di concedere una proroga al termine di presentazione delle offerte, tenendo conto dei differenti interessi coinvolti nella procedura di affidamento del contratto e delle circostanze di fatto del caso concreto."

# A Domanda Rispondiamo

a cura di Maria Teresa Colamorea  
e Liliana Simeone



## 1 Secondo quali modalità la Stazione Appaltante assolve agli obblighi in materia di trasparenza ex art. 29 comma 2 del D.lgs. n. 50/2016?

Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione triennale dei lavori e la programmazione biennale di forniture e servizi di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere devono essere pubblicati sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. A far data dal 20 agosto u.s., ciò che andrà pubblicato sulla piattaforma del Servizio contratti pubblici, non saranno i testi integrali dei suddetti atti/documenti ma esclusivamente l'indirizzo URL che "punta" al singolo atto/documento che ai sensi del comma 1 del sopracitato articolo 29 deve essere pubblicato sul profilo del committente nella sezione "Amministrazione trasparente".

## 2 In una procedura di gara suddivisa in lotti, un operatore economico, partecipando a lotti differenti, può avere il ruolo di mandatario in un RTI e di mandante in un altro RTI?

Una procedura di gara suddivisa in lotti, costituisce un atto ad oggetto plurimo e determina l'indizione non di un'unica gara, ma di tante gare, per ognuna delle quali vi è un'autonoma procedura che si conclude con un'aggiudicazione (cfr., ex plurimis TAR Napoli, sez. I, sentenza n. 5572 del 2.12.2015, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 3241 del 26.6.2015; TAR Lazio, sez. II<sup>^</sup> ter, sentenza n. 6048 del 5.5.2015)". Anche l'ANAC, nella nota illustrativa del bando tipo n.1/2017 sottolinea che una gara suddivisa in più lotti è come un "atto ad oggetto plurimo", in quanto non si tratta di una sola gara indetta allo scopo dell'affidamento di un unico contratto, ma, il bando di gara rappresenta un contenitore di tante gare contestuali, quanti sono i lotti a cui sono legati i contratti da aggiudicare, con la previsione di atti di gara differenziati per ciascun lotto (Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza n. 52 del 12 gennaio 2017). Gli operatori economici dovranno rispettare le prescrizioni dei documenti di gara, e le stazioni appaltanti (come ci ricorda l'Anac nell'atto sopra citato) hanno la facoltà di prevedere la possibilità per le imprese raggruppate/raggruppande di assumere, nei lotti, diversi ruoli (mandataria/mandante), oppure di limitare tale libertà.

### 3

**Quali sono le conseguenze della mancata dichiarazione da parte di una impresa di un precedente penale in capo ad un suo amministratore anche se risalente nel tempo?**

La mancata dichiarazione in sede di gara da parte di un operatore economico di un precedente penale in capo ad un suo amministratore, benchè risalente nel tempo, legittima l'esclusione dalla partecipazione alla procedura trattandosi di falsa dichiarazione. Nelle procedure ad evidenza pubblica la completezza delle dichiarazioni già di per sé costituisce un valore da perseguire perché consente la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara, mentre una dichiarazione inaffidabile, perché falsa o incompleta, è già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti o meno di partecipare alla procedura competitiva **(Cfr. TAR Toscana, sentenza n. 1041/2018)**

### 4

**È possibile prorogare un affidamento diretto?**

Il comma 11 dell'art. 106 del D.Lgs. 50/2016 non esclude la sua applicazione agli affidamenti diretti, a condizione che nella lettera di affidamento siano state già indicate tutte le prescrizioni. "La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente". Inoltre anche il relativo "costo" (della proroga temporale) deve essere compreso nell'importo a base di gara.

### 5

**Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, ai fini della determinazione della soglia di anomalia, come deve interpretarsi il metodo di cui all'articolo 97, comma 2, lettera b) del decreto legislativo 50 del 2016 ("Codice dei contratti pubblici")?**

A fronte dei due diversi orientamenti giurisprudenziali venutisi a determinare riguardo all'articolo 97 comma 2 del codice e, in particolare, riguardo alla problematica relativa ai ribassi da considerare per la determinazione del c.d. "fattore di correzione":

- secondo una prima interpretazione, la locuzione contenuta nel comma 2 lettera b) "somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi" dovrebbe includere i soli concorrenti che residuano dopo il "taglio delle ali";

- una seconda interpretazione vedrebbe invece riferirsi, la "somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi" a tutti i concorrenti ammessi e quindi anche a quelli residuati dopo il taglio delle ali.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 13 del 30/8/2018 enuncia il seguente principio: "l'articolo 97, comma 2, lettera b) del decreto legislativo 50 del 2016 ('Codice dei contratti pubblici') si interpreta nel senso che la locuzione "offerte ammesse" (al netto del c.d. 'taglio delle ali') da prendere in considerazione ai fini del computo della media aritmetica dei ribassi e la locuzione "concorrenti ammessi" da prendere in considerazione al fine dell'applicazione del fattore di correzione fanno riferimento a platee omogenee di concorrenti.

**Conseguentemente, la somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi (finalizzata alla determinazione del fattore di correzione) deve essere effettuata con riferimento alla platea dei concorrenti ammessi, ma al netto del c.d. 'taglio delle ali'".**

**Conseguentemente, la somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi (finalizzata alla determinazione del fattore di correzione) deve essere effettuata con riferimento alla platea dei concorrenti ammessi, ma al netto del c.d. 'taglio delle ali'".**

## **6** La motivazione della scelta della procedura negoziata può risiedere semplicemente nella constatazione che consente più rapidamente di individuare l'operatore economico?

Le stazioni appaltanti, come noto, devono indicare nella determina a contrarre, la motivazione che induce la scelta della procedura negoziata non preceduta da un bando di gara; l'art 63 al c.2 lett. c) chiarisce che: "Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici". La semplice e generica constatazione effettuata dall'amministrazione procedente secondo cui la procedura negoziata è preferibile perché abbrevia i tempi di affidamento dell'appalto e, conseguentemente, della sua realizzazione non integra i presupposti richiesti dalla normativa **(Cfr. C. S. V Sez. n. 3989/2018)**

## **7** L'aggiudicazione divenuta efficace richiede un atto distinto dalla determina di aggiudicazione?

Una volta portata a termine la comprova del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale, il responsabile del procedimento attesterà in una relazione istruttoria, protocollata e sottoscritta, l'esito delle verifiche condotte.

In caso di esito positivo, ai fini dell'efficacia del provvedimento, sarà sufficiente che il responsabile del procedimento riporti in calce alla determina di aggiudicazione, gli estremi della relazione da cui risultano gli esiti dell'istruttoria condotta. In caso di esito negativo, il provvedimento sarà dichiarato inevitabilmente inefficace.

## **8** La scelta dell'Amministrazione aggiudicatrice relativamente al criterio di selezione delle offerte, può essere immediatamente impugnata?

Una recente sentenza del Tar Sicilia - Catania, sez. IV, 26/07/2018 n. 1591, condividendo i principi già espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 4/2018, ha ritenuto che tale clausola non possa ritenersi immediatamente lesiva degli interessi del concorrente, in quanto non ne impedirebbe la partecipazione alle procedure di gara, né come tale può considerarsi immediatamente escludente nei confronti di quest'ultimo.

Nel caso di specie, il Tar, nel rigettare il ricorso per difetto di interesse, precisa che, "in mancanza del provvedimento di aggiudicazione, la clausola impugnata relativa al criterio di selezione delle offerte, evidenzia che non sussiste alcun effetto immediatamente lesivo nei confronti della società ricorrente, né vi sono effetti preclusivi rispetto alla partecipazione alla gara".

# Revisione dei prezzi, osservazioni in merito

di Giuseppe Croce

IN  
PIL  
LOLE

L'attuale previsione di cui all'art. 106 co. 1 lett. a) del d.lgs. 50/2016 prevede modifiche contrattuali senza ricorso a nuove procedure 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. Tali clausole 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. Esse non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro.

Per i contratti relativi ai lavori, le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutate, sulla base dei prezzari di cui all'articolo

23, comma 7, solo per l'eccedenza rispetto al dieci per cento rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla metà. Per i contratti relativi a servizi o forniture stipulati dai soggetti aggregatori restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 511, della legge 28 dicembre 2015, n. 208". Quindi facoltà e non più obbligo.

Differenza sostanziale rispetto alla previgente disposizione di cui all'art. 115 dell'abrogato d.lgs. 163/2006, in base alla quale si prevedeva imperativamente che "tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'articolo 7, comma 4, lettera c) e comma 5".



Ciò ha inevitabilmente determinato una modifica della precedente Giurisprudenza relativa all'inserimento automatico delle clausole relative alla revisione prezzi e alla loro sostituzione delle clausole contrattuali difformi. In pratica, sia la decisione se ricorrere o meno alla procedura della revisione dei prezzi, sia i meccanismi di revisione del prezzo devono essere determinati dalla stazione appaltante, che deve darne evidenza nei documenti di gara.

Questo quanto evidenziato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 3768 del 19 giugno 2018, la quale riaffermava già alcuni punti fermi comunque quesiti circa l'utilità e la valenza delle clausole di revisione dei prezzi (Cons. Stato, Sez. III, 9 gennaio 2017 n. 25), secondo cui: la finalità dell'istituto è da un lato quella di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa, a causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni stesse, e della conseguente incapacità del fornitore di farvi compiutamente fronte (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 maggio 2015 n. 2295; Consiglio di Stato, Sez. V, 20 agosto 2008 n. 3994), dall'altro 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 (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 aprile 2014 n. 2052; Sez. III 4 marzo 2015 n. 1074; Sez. V 19 giugno 2009 n. 4079).

Volendo comunque derivare principi di massima ancora validi sul tema, si può certamente sostenere che l'obbligatoria inserzione di una clausola di revisione periodica del prezzo, da operare sulla base di un'istruttoria condotta dai competenti organi tecnici dell'amministrazione, non comporta anche il diritto all'automatico aggiornamento del corrispettivo contrattuale, ma soltanto che l'Amministrazione proceda agli adempimenti istruttori normativamente sanciti. In tal senso si è ripetutamente pronunciata la giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6275 e 24 gennaio 2013 n. 465), rilevando che la posizione dell'appaltatore è di interesse legittimo, quanto alla richiesta di effettuare la revisione in

base ai risultati dell'istruttoria, poiché questa è correlata ad una facoltà discrezionale riconosciuta alla stazione appaltante (Cass. SS.UU. 31 ottobre 2008 n. 26298), che deve effettuare un bilanciamento tra l'interesse dell'appaltatore alla revisione e l'interesse pubblico connesso al risparmio di spesa, ed alla regolare esecuzione del contratto aggiudicato. Tra l'altro si ricorda che (ulteriore differenza rispetto al precedente codice), l'applicabilità della revisione prezzi va estesa anche ai "settori speciali", circostanza esclusa nel regime del D.Lgs. n. 163/06 ed invece ora ammessa dall'art. 106 del D.Lgs. n. 50/2016 (sullo stesso orientamento Cons. di Stato n. 1940 del 28/03/2018 e più di recente Cons. di Stato n. 4827 del 06/08/2018).

Si aggiunga che di conseguenza, la posizione del privato contraente si articolerà nella titolarità di un interesse legittimo con riferimento all'*an* della pretesa ed eventualmente in una situazione di diritto soggettivo con riguardo al quantum, ma solo una volta che sarà intervenuto il riconoscimento della spettanza di un compenso revisionale; peraltro tale costruzione, ormai del tutto ininfluenza ai fini del riparto di giurisdizione, mantiene inalterata la sua rilevanza con riferimento alle posizioni giuridiche soggettive del contraente dell'amministrazione proprio per effetto dell'art. 133, lett. e), punto 2), c.p.a., che assoggetta l'intera disciplina della revisione prezzi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Ciò implica che la qualificazione in termini autoritativi del potere di verifica della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del compenso revisionale, comporta che il privato contraente potrà avvalersi solo dei rimedi e delle forme tipiche di tutela dell'interesse legittimo.

Ne deriva che sarà sempre necessaria l'attivazione – su istanza di parte – di un procedimento amministrativo nel quale l'Amministrazione dovrà svolgere l'attività istruttoria volta all'accertamento della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del compenso revisionale, compito che dovrà sfociare nell'adozione del provvedimento che riconosce il diritto al compenso revisionale e ne stabilisce anche l'importo. In caso di inerzia

da parte della stazione appaltante, a fronte della specifica richiesta dell'appaltatore, quest'ultimo potrà impugnare il silenzio inadempimento prestato dall'Amministrazione, ma non potrà demandare in via diretta al giudice l'accertamento del diritto, non potendo questi sostituirsi all'amministrazione rispetto ad un obbligo di provvedere gravante su di essa (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 24 gennaio 2013 n. 465).

I principi espressi in precedenza trovano conferma anche nelle costanti decisioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (ex multis S.U. 14090 del 2004, 4463/2009, 6016 e 19567/2011, 7176 e 12063/del 2014) secondo cui, in tema di revisione prezzi, la posizione dell'appaltatore di fronte alla facoltà dell'amministrazione di concederla ricorrendone i presupposti giuridici, ha natura di mero interesse legittimo, tutelabile dinanzi al giudice amministrativo.

# SCHEDA DI ABBONAMENTO

**MEDIA**APPALTI

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.

**MEDIA**APPALTI

[www.mediappalti.it](http://www.mediappalti.it)

**Pubblicità:** [pubblicita@mediappalti.it](mailto:pubblicita@mediappalti.it)

**Servizio abbonamenti:** [abbonamenti@mediappalti.it](mailto:abbonamenti@mediappalti.it)

**Medi**  
**Graphic**

**Redazione:** Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta

**Telefono:** 0883.527171 **Fax:** 0883.570189

[redazione@mediappalti.it](mailto:redazione@mediappalti.it)

# i seminari in programma

SEMINARI

## APPALTI

### Corso Base di Project Management per la P.A.

09, 10 e 11 ottobre 2018 Torino  
16, 17 e 18 ottobre 2018 Roma  
06, 07 e 08 novembre 2018 Cagliari  
13, 14 e 15 novembre 2018 Palermo  
13, 14 e 15 novembre 2018 Bari  
27, 28 e 29 novembre 2018 Verona  
04, 05 e 06 dicembre 2018 Milano

### Percorso di Alta Formazione sul Project Management per la P.A.

20, 21 e 22 novembre 2018 Roma

### La Gestione Efficace delle Relazioni nei Progetti Particolarmente Complessi

04 dicembre 2018 Roma

### Le problematiche degli appalti: a domanda rispondiamo

25 ottobre 2018 Torino, 13 novembre 2018 Trieste, 27 novembre 2018 Milano, 29 novembre 2018 Roma

### La nuova Legge Regionale sui Contratti Pubblici di lavori, servizi, forniture della Regione Sardegna

02 ottobre 2018 Cagliari, 09 ottobre 2018 Nuoro

### Gli appalti sotto la soglia comunitaria, con focus sugli affidamenti diretti

27 settembre 2018 Potenza, 09 ottobre 2018 Napoli, 09 ottobre 2018 Trieste, 16 ottobre 2018 Milano, 23 ottobre 2018 Roma, 06 novembre 2018 Torino, 06 novembre 2018 Ancona, 13 novembre 2018 Pescara, 15 novembre 2018 Genova, 20 novembre 2018 Catania, 27 novembre 2018 Bari, 27 novembre 2018 Palermo.

### Esercitazione sulle acquisizioni di beni, servizi e lavori sul nuovo MePA 2018

09 ottobre 2018 Potenza, 16 ottobre 2018 Bari, 18 ottobre 2018 Catania, 23 ottobre 2018 Olbia, 30 ottobre 2018 Genova, 13 novembre 2018 Roma, 27 novembre 2018 Torino, 29 novembre 2018 Bolzano, 11 dicembre 2018 Bologna, 13 dicembre 2018 Milano.

### Esercitazione pratica sugli strumenti telematici di acquisizione Consip: Sistema Dinamico di Acquisizione SDAPA e Accordi Quadro

06 novembre 2018 Verona, 20 novembre 2018 Napoli, 22 novembre 2018 Cagliari, 29 novembre 2018 Trieste

### Gli Appalti Pubblici nei settori speciali

09 ottobre 2018 Bolzano, 16 ottobre 2018 Bologna, 29 novembre 2018 Genova

### L'accordo quadro e il sistema dinamico di acquisizione: quale scegliere e come gestirli

06 novembre 2018 Bolzano, 27 novembre 2018 Pescara, 06 dicembre 2018 Torino

### Gli affidamenti dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria

20 settembre 2018 Bari, 27 settembre 2018 Bologna, 02 ottobre 2018 Roma

### Il ciclo degli appalti

22 novembre 2018 e 23 novembre 2018, Bologna

### Progettazione, valutazione e direzione dell'esecuzione nei servizi e forniture

30 ottobre 2018 Milano, 20 novembre 2018 Verona

### Gli aspetti operativi dell'esecuzione dei contratti pubblici di lavori e il ruolo del Direttore Lavori

18 ottobre 2018 Pescara, 25 ottobre 2018 Roma, 30 ottobre 2018 Trieste, 13 novembre 2018 Cagliari, 11 dicembre 2018 Bari.

### Come gestire l'obbligo del monitoraggio delle Opere Pubbliche tramite l'applicativo MOP-BDAP. Corso pratico

16 ottobre 2018 Genova, 23 ottobre 2018 Napoli, 29 ottobre 2018 Parma, 04 dicembre 2018 Bari, 11 dicembre 2018 Trieste, 12 dicembre 2018 Roma.

### La Gara di Servizi step by step

21 novembre 2018 e 22 novembre 2018 Potenza, 28 novembre 2018 e 29 novembre 2018 Lamezia Terme

### La redazione degli atti di Gara

06 dicembre 2018 Savona, 11 dicembre 2018 Palermo

### I contratti sotto soglia alla luce delle linee guida n. 4 e della legge regionale

11 dicembre 2018 Olbia

## CORSO ON LINE AREA APPALTI

### Corso guida su Appalti sotto soglia e affidamenti diretti per RUP e dirigenti di nuova nomina

30 ottobre 2018 e 06 novembre 2018

## AMMINISTRAZIONE

### Come attuare, mantenere e verificare l'adeguamento al Regolamento 679/16 in materia di protezione dei dati personali nelle PPAA.

02 ottobre 2018 Torino, 25 ottobre 2018 Roma, 15 novembre 2018 Bologna, 06 dicembre 2018 Milano

## TRASPARENZA E ANTICORRUZIONE

### Anticorruzione: aspetti organizzativi e documentazione

11 ottobre 2018 Pescara, 18 ottobre 2018 Napoli, 23 ottobre 2018 Bologna, 06 novembre 2018 Milano, 11 dicembre 2018 Roma.

## CORSI ONLINE AREA ANTICORRUZIONE

### Percorso su anticorruzione: norma, documentazione e adempimenti

23 novembre 2018, 30 novembre 2018 e 05 dicembre 2018

## CONTABILITÀ E FISCALITÀ

### Il bilancio di regioni ed enti locali fra armonizzazione e pareggio di bilancio

04 dicembre 2018 Bologna

## SOCIETÀ PARTECIPATE

### La partecipazione degli enti pubblici in società, associazioni e fondazioni

15 novembre 2018 Milano, 20 novembre 2018 Bolzano, 06 dicembre 2018 Trieste, 13 dicembre 2018 Torino.

## CORSI ONLINE AREA PRIVACY

### Il trattamento dei dati personali in applicazione del Regolamento Europeo 2016/679

24 ottobre 2018, 31 ottobre 2018 e 07 novembre 2018

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!