

Rivista mensile - Anno X, Numero 1

marzo  
2020

# MEDIA APPALTI

---

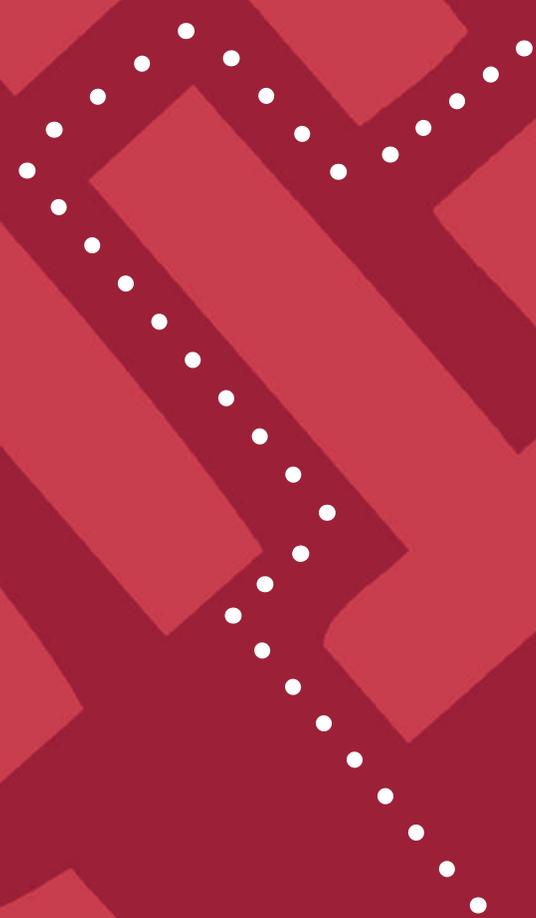
**Ritenute fiscali e appalti: i nuovi obblighi di controllo in capo ai committenti, introdotti dal D.L. n. 124/2019**

---

**La verifica dell'anomalia negli appalti "a consumo" aggiudicati con il criterio dell'Offerta Economicamente più Vantaggiosa**

---

**Aspetti pratico/operativi del soccorso istruttorio specificativo e del soccorso istruttorio integrativo. La competenza sulla gestione del sub-procedimento e sull'adozione dei provvedimenti conclusivi**



**"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**

marzo  
**2020**

---

# Virus

---

EDI  
TO  
RIALE

Cantieri deserti. Lavori incompiuti. Forniture interrotte. Nessuna sparizione di fondi. Nessun intralcio burocratico. Nessun sequestro per corruzione. È l'effetto del Covid-19. Una situazione inedita, alla quale nessuno era preparato, che si evolve giorno dopo giorno, che non sappiamo quando sarà superata. Si vive nell'incertezza e con il timore di essere contagiati. Una sensazione che si insinua, seppur con diversa intensità o consapevolezza, nei pensieri di ognuno di noi. Di chi vive nelle zone limitrofe alla zona rossa e di chi ne è distante ma magari lavora gomito a gomito con un collega appena rientrato da una trasferta in Lombardia.

Il coronavirus che ha bloccato le attività produttive delle aree più a rischio, non risparmia il settore degli appalti pubblici con effetti che contagiano anche territori geograficamente lontani dall'epidemia.

Tra i cantieri direttamente coinvolti dal Covid-19 ci potrebbe essere quello che avrebbe dovuto portare al raddoppio della Paullese. I lavori per il miglioramento del collegamento tra Cremona e Milano, che sarebbero dovuti partire a marzo, con

molta probabilità non saranno avviati, prolungando un disagio per i pendolari che attendono un potenziamento della provinciale ipotizzato sin dal 1984.

Un caso di effetto indiretto è quello accaduto a Riccione. La riqualificazione della passeggiata di Goethe e Shakespeare subirà ritardi perché affidati ad un'impresa con operai provenienti dalla Basilicata.

Questi a seguito dell'ordinanza del Presidente della Regione Basilicata Vito Bardi, non hanno potuto raggiungere il luogo di lavoro perché costretti per 14 giorni a restare in quarantena presso il proprio domicilio perché erano stati nei territori maggiormente colpiti dal virus.

Gli scenari da gestire sono differenti. In questa situazione è realistico pensare che, oltre ai casi citati, siano molteplici gli appalti che potrebbero non essere eseguiti tempestivamente per via dell'emergenza sanitaria. Per evitare che le imprese interessate possano incorrere in sanzioni è intervenuta l'ANCE con delle raccomandazioni alle imprese.

Nella zona rossa, i Comuni dovrebbero aver sospeso l'esecuzione dei lavori pubblici avviati prima dell'isolamento, ipotizza l'Associazione Nazionale dei Costruttori Edili. Se così non fosse si raccomanda di "sollecitare l'adozione di un provvedimento di sospensione, anche parziale, da parte della stazione appaltante".

Le ruspe restano ferme, i martelli pneumatici tacciono. Aldilà del triangolo con un omino che preme sulla pala, tutto è immobile. Per quanto tempo ancora? Si spera di tornare presto alla normalità ma nessuno, in questa fase, azzarda previsioni.

Senza avere alcuna certezza sui tempi necessari per superare l'emergenza, c'è la consapevolezza che una volta fuori da questa situazione non ci sarà tempo da perdere. La macchina produttiva dovrà riprendere, i cantieri dovranno essere riaperti.

Sull'Italia si addensa l'ombra di una recessione. Davanti ad una situazione così delicata non si può che essere determinati. Quando l'emergenza sarà superata dovrà essere tutto pronto per garantire una ripresa produttiva efficiente. Ora è il tempo di studiare strategie, dare indicazioni.

L'epidemia che ha paralizzato l'economia delle zone rosse, direttamente interessate dal contagio, si ripercuote su tutto il paese perché concentrata in regioni ad alta intensità produttiva come Lombardia e Veneto e perché il panico ha contagiato uno dei comparti più redditizi per la nostra nazione:

il turismo. Le associazioni di categoria chiedono sostegni. Sono a rischio migliaia di posti di lavoro. Nel periodo post covid-19 il ruolo degli appalti pubblici potrebbe essere determinante per dare impulso all'economia. Ne è convinto il Presidente di Confindustria Vincenzo Boccia che nel corso di TG2Post del 27 febbraio ha affermato che "se viene meno la domanda privata occorre compensarla con una domanda pubblica a partire dalle infrastrutture attraverso cantieri e occupazione".

Tutti siamo chiamati a fare il nostro ruolo: istituzioni nazionali ed europee, privati, politici, imprenditori, operai. Perché la produttività riprenda e l'immagine del paese sia riabilitata, una parte decisiva sarà svolta dalla comunicazione. Dovrà avere la capacità di rendere di nuovo attraente l'Italia commerciale, industriale e turistica con un linguaggio credibile, supportato da dati attendibili. Tutti siamo coinvolti. "Questo è il momento in cui i ceti dirigenti e le élite politiche devono dimostrare di essere anche ceti responsabili", ha detto Boccia, immaginando le iniziative sanitarie che devono essere promosse per evitare l'espandersi del contagio e per programmare la ripresa economica della zona rossa e dell'intero stivale.

Per evitare di esporci al contagio da Covid-19, laviamo bene le mani. Per superare l'epidemia economica alla quale il paese è esposto, nessuno se ne lavi le mani.

## sommario

### Editoriale

Virus

4

### In evidenza

Ritenute fiscali e appalti: i nuovi obblighi di controllo in capo ai committenti, introdotti dal D.L. n. 124/2019.

7

### Sotto la lente

La valutazione discrezionale della condotta anticoncorrenziale nella partecipazione alle gare pubbliche: nota a Consiglio di Stato, 24 gennaio 2020, n. 580

17

#### Hanno collaborato a questo numero:

**Dott.ssa Alessandra Verde**  
Referendaria consiliare presso il Consiglio regionale della Sardegna

**Avv. Adriana Presti**  
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

**Avv. Riccardo Gai**  
Esperto in materia di appalti pubblici

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

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

**Avv. Ilenia Paziani**  
Esperta in materia di appalti pubblici

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

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

**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

**Responsabile Web**  
Lorenzo Antonicelli

**Editore:**  
Mediagraphic s.r.l.

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

### Il Punto

Il principio di necessaria corrispondenza tra quota di qualificazione e quota della prestazione nei raggruppamenti di imprese

23

La verifica dell'anomalia negli appalti "a consumo" aggiudicati con il criterio dell'Offerta Economicamente più Vantaggiosa

30

Le fonti del diritto nell'ordinamento con riferimento al rapporto intercorrente tra le norme interne che regolano la materia degli appalti e le direttive comunitarie.

38

Il subappalto qualificante negli appalti di servizi e negli appalti misti

45

Aspetti pratico/operativi del soccorso istruttorio specificativo e del soccorso istruttorio integrativo.

51

### Pareri & Sentenze

57

### A Domanda Rispondiamo

63

### In pillole

67

### Osservatorio sulla Corte dei Conti

# Ritenute fiscali e appalti: i nuovi obblighi di controllo in capo ai committenti, introdotti dal D.L. n. 124/2019.

di Alessandra Verde

IN  
EVIDENZA

## Premessa

Negli ultimi mesi del 2019, i soggetti coinvolti in contratti di appalto di opere e servizi pubblici o privati - committenti, appaltatori o subappaltatori - hanno vissuto momenti di grande preoccupazione nel veder approvata una norma, l'art. 4 del decreto legge 26 ottobre 2019, n. 124, recante "Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili", che introduceva gravosissimi obblighi in capo ad entrambe le parti del rapporto contrattuale, finalizzati ad evitare omessi o insufficienti versamenti delle ritenute fiscali trattenute ai lavoratori dipendenti direttamente impiegati nell'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto dell'appalto.

In un primo momento, infatti, la disposizione in esame - poi, fortunatamente, modificata in sede di conversione in legge - prevedeva che i committenti di qualunque appalto di opera o servizio si dovessero sostanzialmente sostituire agli appaltatori nel ruolo di sostituto di imposta e dovessero versare le ritenute fiscali trattenute dalle retribuzioni dei lavoratori impiegati nell'appalto al posto dell'appaltatore, il quale aveva l'obbligo di versare tali somme al committente con almeno cinque giorni di anticipo rispetto alla scadenza prevista per il versamento delle ritenute.

Oltre a ciò, l'appaltatore aveva l'obbligo di inviare al committente un elenco nominativo dei dipendenti impiegati nell'appalto, contenente una serie di dati

e informazioni che avrebbero dovuto consentire al committente medesimo di effettuare il riscontro tra l'ammontare complessivo degli importi ricevuti con le trattenute effettuate dall'impresa appaltatrice.

La prima versione della norma non prevedeva alcun limite minimo di importo dell'appalto, al di sotto del quale non scattasse l'obbligo in capo al committente di sostituirsi all'appaltatore nel ruolo di sostituto di imposta, e faceva ricadere pesantemente sui committenti il compito di effettuare verifiche più propriamente spettanti all'Agenzia delle Entrate.

La *ratio* della disposizione introdotta con il Decreto fiscale di fine anno era quella – come si evince dalla relazione illustrativa – di contrastare il fenomeno dell'omesso o insufficiente versamento, anche mediante indebite compensazioni, delle ritenute fiscali trattenute sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti delle imprese appaltatrici, subappaltatrici o affidatarie in genere di contratti di appalto di opere o servizi.

Tuttavia, come purtroppo il Legislatore spesso fa, l'onere di contrastare tali fenomeni illeciti – spettante in linea teorica agli enti istituzionalmente preposti alla vigilanza sui corretti comportamenti fiscali, contributivi e assistenziali – è stato fatto ricadere sui soggetti – pubblici e privati – coinvolti nei rapporti contrattuali di appalto, aumentando a dismisura gli adempimenti di comunicazione e di verifica documentale – già abbastanza numerosi – gravanti sugli stessi.

A seguito delle accorate proteste da parte di tutti gli *stakeholders* coinvolti – imprese da una parte e stazioni appaltanti dall'altro – la gravosità della norma in esame è stata attenuata in sede di conversione in legge del decreto.

Infatti, con Legge 19 dicembre 2019 n. 157,

l'art. 4 in esame è stato modificato nel senso che ora i committenti non devono più versare le ritenute fiscali al posto delle imprese appaltatrici o subappaltatrici, che restano quindi gli unici sostituti di imposta nei confronti dei propri dipendenti impiegati nell'appalto.

I committenti, tuttavia, devono richiedere le deleghe di versamento delle ritenute ed una serie di dati concernenti i lavoratori direttamente impiegati nell'appalto, al fine di verificare l'avvenuto corretto versamento delle ritenute fiscali.

Rispetto alla prima lettura data alla norma convertita, secondo cui la norma si applicava - con decorrenza immediata (dal 1° gennaio 2020) - a tutti i committenti, pubblici e privati senza distinzione, l'attuale interpretazione, autorevole perché data dall'Agenzia delle Entrate, che ha finalmente adottato l'attesissima Circolare, la n. 1/E del 12 febbraio scorso, va nel senso di escludere dall'ambito di applicazione soggettivo della norma tutti i soggetti non IRES, limitatamente all'attività non commerciale resa.

Tale interpretazione fa tirare un sospiro di sollievo ad una buona fetta di stazioni appaltanti, quali gli enti pubblici che svolgano esclusivamente attività istituzionale di natura non commerciale, che, in tal modo, potranno chiamarsi

fuori dai suddetti nuovi obblighi di controllo.

Vediamo ora in dettaglio che cosa prevede la disposizione in esame nel suo testo definitivo, anche alla luce della Circolare dell'Agenzia delle Entrate.

**Al fine di contrastare il fenomeno dell'omesso o insufficiente versamento, anche mediante indebite compensazioni, delle ritenute fiscali trattenute sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti delle imprese appaltatrici, subappaltatrici o affidatarie in genere di contratti di appalto di opere o servizi, il Decreto fiscale 2019 ha introdotto gravosi oneri di controllo sull'effettivo versamento delle ritenute in capo ai committenti di appalti di opere o servizi ad alto tasso di manodopera.**



### 1. Ambito soggettivo di applicazione della norma

L'art. 4 del Decreto fiscale 2019 ha in realtà introdotto un articolo, il 17-*bis*, al D. Lgs. n. 241 del 1997, rubricato "Ritenute e compensazioni in appalti e subappalti ed estensione del regime del *reverse charge* per il contrasto dell'illecita somministrazione di manodopera".

I soggetti cui tale disposizione si applica sono i soggetti di cui all'art. 23, comma 1, del D.P.R. n. 600/1973, residenti ai fini delle imposte dirette nello Stato, che affidano il compimento di una o più opere o di uno o più servizi. Si tratta quindi di tutti i soggetti che svolgono la funzione di sostituti di imposta. Dal combinato disposto tra il citato art. 23 e lo stesso art. 17-*bis*, se ne deduce – secondo l'interpretazione dell'Agenzia delle Entrate – che i committenti assoggettati agli obblighi dell'art. 17-*bis* siano:

- a) enti e società indicati nell'articolo 73, comma 1, del TUIR residenti nel territorio dello Stato che esercitano imprese commerciali o imprese agricole;
- b) società e associazioni indicate nell'articolo 5 del TUIR residenti nel territorio dello Stato che esercitano imprese commerciali o imprese agricole;
- c) persone fisiche residenti nel territorio dello Stato che esercitano imprese commerciali ai sensi dell'articolo 55 del TUIR o imprese agricole;
- d) persone fisiche residenti nel territorio dello Stato che esercitano arti e professioni;
- e) curatore fallimentare e commissario liquidatore residenti nel territorio dello Stato.

Restano esclusi dall'ambito soggettivo di applicazione della norma tutti i soggetti non residenti nello Stato e senza stabile organizzazione in Italia.

Restano altresì esclusi i committenti soggetti privati, cioè le persone fisiche o le società semplici che non esercitano attività di impresa o agricola o arti o professioni, in quanto non rivestono la qualifica di sostituti di imposta.

Secondo l'interpretazione data dall'Agenzia delle Entrate, restano fuori dal campo di applicazione della norma anche i condomini, perché pur rientrando nel novero dei soggetti di cui all'art. 23 del D.P.R.

n. 600/1973, non possono esercitare alcuna attività d'impresa, né agricola o professionale e non possono detenere beni strumentali.

Infine, restano esclusi dall'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 17-*bis*, secondo quanto si legge nella Circolare n. 1/E – **<<gli enti non commerciali (enti pubblici, associazioni, trust, ecc.) limitatamente all'attività istituzionale di natura non commerciale svolta>>**.

Detta esclusione sembrerebbe derivare dalla qualificazione soggettiva di tali enti quali soggetti privi della soggettività passiva ai fini IRES. In linea con quanto disposto dall'art. 74 del TUIR, gli organi e le amministrazioni dello Stato, compresi quelli ad ordinamento autonomo, anche se dotati di personalità giuridica, i comuni, le unioni di comuni, i consorzi tra enti locali, le associazioni e gli enti gestori di demanio collettivo, le comunità montane, le province e le regioni, non essendo soggetti all'IRES, dovrebbero considerarsi esclusi qualunque sia l'attività oggetto del contratto d'appalto, considerata la loro natura istituzionale non commerciale, anche nell'ipotesi in cui si tratti di appalti di servizi necessari per l'erogazione di prestazioni rilevanti ai fini IVA (si pensi ad esempio a mense, case di riposo, servizi di trasporto studenti ecc.). In realtà, la Circolare non si spinge fino a tale punto, limitandosi a porre quale spartiacque l'attività istituzionale di natura non commerciale svolta.

Se ne deduce che gli altri enti o società pubblici, che svolgano prevalentemente o totalmente attività di natura commerciale, siano assoggettati agli obblighi di cui all'art. 17-*bis*, nel caso in cui rivestano il ruolo di committenti/stazioni appaltanti.

Considerato che i committenti in capo ai quali sorgono gli obblighi di controllo sul versamento delle ritenute sono tutti coloro che affidano il compimento di una o più opere o di uno o più servizi ad un'impresa, **tramite contratti di appalto, subappalto, affidamento a soggetti consorziati o rapporti negoziali comunque denominati**, se ne deduce che committente non sarà solo il primo soggetto che affida l'opera o il servizio, ma anche l'appaltatore nei confronti del proprio subappaltatore o subaffidatario, determinandosi così una "catena" di obbligati al controllo. Va da sé che, nell'ambito dei rapporti a catena - committente, appaltatore, subappaltatore

- ciascun soggetto della catena che dovesse rivestire il ruolo di "committente" (tipicamente il committente nei confronti dell'appaltatore e del subappaltatore e l'appaltatore nei confronti del subappaltatore) rientrerà nell'ambito di applicazione dell'art. 17-bis laddove sussistano i presupposti di applicabilità della norma (importo contrattuale annuo, prevalenza di manodopera, utilizzo delle sedi e dei beni strumentali del committente) che vedremo meglio nel prosieguo. Per cui, se nel primo rapporto "originario committente - appaltatore" questi presupposti sono tutti presenti, l'obbligo di controllo in capo al primo committente sorgerà nei confronti dell'appaltatore e dell'eventuale subappaltatore; se tali presupposti sussistono solo nel rapporto "derivato" appaltatore - subappaltatore, gli obblighi di controllo ricadranno unicamente sull'appaltatore / committente nei confronti del subappaltatore, restando esonerato l'originario committente.

## 2. I presupposti oggettivi di applicazione dell'art. 17-bis. Il limite minimo di importo contrattuale annuo e le tipologie di rapporti negoziali rilevanti

Il comma 1 dell'articolo 17-bis prevede una serie di presupposti oggettivi, in presenza dei quali si applica l'intera disciplina ivi prevista, fatto salvo il ricorrere di alcune cause di esonero previste dal comma 5 del medesimo articolo, che esamineremo più avanti.

I presupposti oggettivi sono tre:

- a) l'affidamento a **un'impresa** del compimento di un'opera o più opere o di uno o più servizi **di importo complessivo annuo superiore a duecentomila euro**;
- b) l'affidamento di cui al punto *sub a)* deve avvenire tramite contratti di appalto, subappalto, affidamento a soggetti consorziati o **rapporti negoziali comunque denominati**;
- c) i contratti di cui al punto *sub b)* devono essere

caratterizzati da:

- c1) **prevalente utilizzo di manodopera**;
- c2) prestazione svolta **presso le sedi di attività del committente**;
- c3) **utilizzo di beni strumentali di proprietà del committente** o ad esso riconducibili in qualunque forma.

Esaminiamoli uno per uno.

Per quanto riguarda il limite minimo di importo contrattuale annuo di duecentomila euro, questo è stato saggiamente introdotto - come accennato in premessa - dalla legge di conversione, in quanto nella prima versione della norma rientravano nell'ambito di applicazione della stessa tutti i contratti d'appalto, purché *labour intensive*, di qualunque importo, determinando in tal modo una mole di adempimenti pressoché ingestibile per i committenti.

Con tale limite si è voluto circoscrivere l'applicazione della norma in esame alle ipotesi di contrasto dei comportamenti illeciti più rilevanti in termini di impatto sul gettito dell'Erario.

L'affidamento del contratto di appalto deve essere rivolto ad un'impresa. Se ne deduce che siano pertanto esclusi i contratti di affidamento di appalto o anche d'opera a esercenti arti e professioni.

Il ruolo di appaltatore può ovviamente essere rivestito anche da più imprese in associazione temporanea. In tal caso, l'Agenzia delle Entrate precisa che l'ATI dovrà essere unitariamente considerata. Ciò rileverà ad esempio nella verifica del raggiungimento della soglia dei duecentomila euro per la sussistenza di altri contratti in essere con il medesimo committente.

In proposito, infatti, occorre dire che il limite dei duecentomila euro annui può essere raggiunto cumulando più contratti stipulati tra le stesse parti, posto che la norma fa riferimento a "un'opera o più opere o di uno o più servizi".

**Alla luce della Circolare n. 1/E dell'Agenzia delle Entrate sono assoggettati agli obblighi di cui all'art. 17-bis tutti i soggetti che rivestano la qualità di sostituto di imposta, ad eccezione dei condomini e dei soggetti esclusi dalla soggettività passiva IRES. Restano pertanto esclusi dall'ambito di applicazione della norma gli enti pubblici non commerciali.**

Da ciò discende che se sussistono più rapporti contrattuali tra uno stesso appaltatore ed uno stesso committente, occorre sommare gli importi di tutti i contratti per verificare l'avvenuto superamento della soglia. La Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 108 del 23 dicembre 2019 ha addirittura incluso nel novero dei contratti da prendere in considerazione per il calcolo della soglia anche quelli stipulati precedentemente al 1° gennaio 2020, purché ancora in essere a tale data.

Se però l'appaltatore è un'associazione temporanea di imprese, non possono prendersi in considerazione eventuali contratti stipulati tra il committente ed una sola delle imprese facenti parte dell'ATI, in quanto soggetto formalmente e sostanzialmente differente dall'ATI medesima.

Altro importante aspetto da esaminare riguardo alla soglia dei duecentomila euro è il modo in cui calcolare il superamento di tale soglia in caso di contratti pluriennali.

In primo luogo, la Circolare n. 1 precisa che <<per esigenze di semplificazione e per conferire elementi di certezza, l'arco temporale va riferito all'anno solare (1° gennaio-31 dicembre)>> e che <<in presenza di contratti di durata annuale o pluriennale che presentino un prezzo predeterminato, il calcolo della soglia su base annua di 200.000 euro avverrà secondo un meccanismo di *pro-rata temporis*>>.

Dagli esempi riportati nella Circolare, parrebbe che gli obblighi scaturenti dall'art. 17-bis decorrano dal momento a partire dal quale si supera la soglia dei duecentomila euro annui, fino alla fine del contratto, non rilevando, in caso di contratti avviati in corso d'anno, la porzione di anno in cui non si sia superato l'importo di duecentomila euro *pro rata*, ma viceversa, una volta sorto l'obbligo, questo perduri fino alla fine del contratto anche se il residuo finale sia, in ipotesi, inferiore alla soglia annua stabilita dalla norma.

Posto che la Circolare non affronta espressamente la questione ma si limita a formulare esempi non del tutto esaustivi, non è chiaro se la su descritta interpretazione sia quella corretta. Sarebbe forse, a parere di chi scrive, più plausibile applicare un'interpretazione omogenea: se il contratto - o i contratti, in caso di più rapporti in essere -, in base al *pro-rata temporis* ha un valore annuale annuo di oltre duecentomila euro, gli obblighi dell'art. 17-bis scattano sin dall'inizio e per tutta la vigenza contrattuale (o, in caso di più contratti, dal momento in cui, con la stipula del contratto aggiuntivo, si superi la soglia dei duecentomila euro annui), oppure, viceversa, scattano solo per l'anno o gli anni in cui si supera tale importo calcolato *pro-rata*, ma senza considerare le porzioni d'anno iniziali e finali per cui dovessero residuare importi contrattuali parziali inferiori alla soglia.

Per quanto riguarda il secondo presupposto di applicabilità della norma, vale a dire il fatto che debbano intercorrere tra i soggetti «*rapporti negoziali comunque denominati*», tale ampia formulazione è giustificata dalla *ratio legis* volta a scongiurare comportamenti consistenti nella violazione delle disposizioni tributarie in materia di IVA e di ritenute fiscali nei confronti dei lavoratori dipendenti.

Pertanto, come precisa la Circolare n. 1, <<ciò che assume esclusiva rilevanza

ai fini dell'applicabilità del comma 1 dell'articolo 17-bis non è il *nomen iuris* attribuito dalle parti ai contratti stipulati, ma l'effettivo ricorrere nei contratti comunque denominati del prevalente utilizzo di manodopera presso le sedi di attività del committente, con l'utilizzo di beni strumentali di proprietà del committente o ad esso riconducibili in qualunque forma>>.

Sono espressamente esclusi dall'ambito di applicazione della norma i contratti di somministrazione di lavoro e le altre tipologie di contratti aventi ad oggetto la fornitura di manodopera posta in essere da soggetti espressamente autorizzati in base a leggi speciali.

**I presupposti oggettivi di applicazione della norma sono la sussistenza di un contratto d'appalto o similari, comunque denominato, di importo annuo superiore ai duecentomila euro, di natura labour intensive e caratterizzato da prestazioni svolte presso la sede del committente e con utilizzo di beni strumentali di quest'ultimo.**



**3. (Segue) I presupposti oggettivi di applicazione dell'art. 17-bis. Il prevalente utilizzo di manodopera presso le sedi del committente e l'utilizzo di beni strumentali dello stesso**

I contratti di appalto interessati dalla disposizione sono quelli c.d. *labour intensive*, in cui vi è una prevalenza di manodopera rispetto al valore dell'opera da realizzare, o in cui vi è solo manodopera (è il caso di contratti di soli servizi).

La Circolare dell'Agenzia precisa che, per determinare tale prevalenza, <<occorrerà fare riferimento al numeratore alla retribuzione lorda riferita ai soli percettori di reddito di lavoro dipendente e assimilato (...) e al denominatore al prezzo complessivo dell'opera (o dell'opera e del servizio nel caso di contratti misti). La prevalenza si intenderà superata quando il rapporto tra numeratore e denominatore è superiore al 50%>>. Per "manodopera" si intende tutta la manodopera per cui vige l'obbligo di applicazione e versamento delle ritenute fiscali di cui al comma 1 dell'art. 17-bis, obbligo che ricorrerà non solo quando il lavoratore è inquadrato come lavoratore dipendente o assimilato ad esso, ma anche nel caso in cui il lavoratore abbia un formale inquadramento lavorativo differente (ad esempio, di lavoro autonomo), **e, tuttavia, presti in concreto un'attività di lavoro dipendente presso il committente.**

L'Agenzia, inoltre, riconduce al concetto di manodopera tutte le tipologie di lavoro, sia quello manuale che quello intellettuale, in questo discostandosi da una prima interpretazione che pareva riferire la norma agli appalti *labour intensive* di regola affidati a cooperative di lavoro, quali servizi di logistica, di mensa, di servizi alle imprese, nei settori alimentare e meccanica, in cui, in generale, sono stati riscontrati più frequentemente quei comportamenti elusivi che la norma intendeva contrastare. Includere anche

la manodopera intellettuale significa valutare di dover comprendere nel novero dei contratti da assoggettare alla disposizione tutti quegli appalti di servizi intellettuali, ad esempio nel settore informatico, che inizialmente parevano esclusi.

L'attività contrattuale deve svolgersi presso le sedi del committente, latamente intese, ossia la sede legale, le sedi operative, gli uffici di rappresentanza, i terreni in cui il committente svolge l'attività agricola, i cantieri, le piattaforme e ogni altro luogo, comunque riconducibile al committente, destinati allo svolgimento dell'attività d'impresa, agricola o professionale, quali anche luoghi pubblici se l'attività del committente – si pensi ad una società che eroghi servizi pubblici - si svolga in un luogo pubblico.

Altro presupposto essenziale è l'utilizzo prevalente di beni strumentali di proprietà, o comunque a qualunque titolo riconducibili, al committente e non all'appaltatore.

**Secondo la Circolare dell'Agenzia delle Entrate per manodopera deve intendersi tutta la manodopera per cui vige l'obbligo di applicazione e versamento delle ritenute fiscali, obbligo che ricorre anche nei casi in cui il lavoratore non abbia un formale inquadramento come dipendente, ma comunque presti in concreto un'attività qualificabile come tale presso il committente.**



Ciò significa che se i lavoratori utilizzano in tutto o in misura prevalente – e quindi non in modo occasionale - i beni strumentali di proprietà dell'impresa appaltatrice, o comunque a qualunque titolo riconducibili ad essa, il contratto in questione è escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 17-bis.

La Circolare nulla dice per il caso di assenza di beni strumentali. Si ritiene che, trattandosi di contratto esclusivamente di manodopera, questo

comunque rientri nell'ambito di applicazione della norma.

Difficile è poi applicare tale previsione ai casi pratici, in cui non è sempre così agevole distinguere la prevalenza dei beni strumentali impiegati. Si pensi ad esempio ad un appalto di vigilanza, in cui è possibile che vi sia solo l'utilizzo di beni dell'impresa (ad esempio la pistola, se si tratta di vigilanza armata che fa le ronde) ovvero vi sia l'impiego di

un impianto di videosorveglianza di proprietà del committente. A seconda della valorizzazione data a tali diversi beni strumentali, potrebbe accadere che nella prima ipotesi il contratto potrebbe essere escluso dal campo di applicazione della norma mentre nella seconda vi rientrerebbe, con tutte le incertezze del caso.

#### **4. Gli obblighi imposti dall'art. 17-bis sugli appaltatori e sui committenti**

In primo luogo, l'art. 17-bis impone alle imprese appaltatrici o affidatarie e alle imprese subappaltatrici di versare le ritenute fiscali, da essi trattenute ai lavoratori direttamente impiegati nell'esecuzione dell'opera o del servizio, **con distinte deleghe per ciascun committente e senza possibilità di compensazione.**

Occorrerà quindi che le imprese appaltatrici calcolino la quota-parte di ritenute fiscali riferibili ai lavoratori direttamente impiegati nell'appalto presso ciascun committente, a partire dal numero di ore lavorate da ogni singolo lavoratore in ciascun appalto rispetto all'ammontare delle ore complessivamente lavorate. Tale proporzione deve essere applicata alla retribuzione complessiva del lavoratore per calcolare la quota parte di retribuzione riferibile allo specifico appalto e, conseguentemente, la quota-parte di ritenute fiscali da indicare nelle distinte deleghe di versamento riferibili ai vari committenti.

Il termine ultimo entro il quale le imprese appaltatrici o affidatarie e le imprese subappaltatrici sono obbligate a rilasciare al committente copia delle deleghe di pagamento relative al versamento delle ritenute è fissato in cinque giorni lavorativi successivi alla scadenza del versamento di cui all'art. 18, comma 1, del D. Lgs. n. 241 del 1997.

Aspetto essenziale del suddetto obbligo,

strettamente connesso alla *ratio* antievasione della norma in esame, è il divieto di compensazione.

Così come è scritto nella norma sembrerebbe di essere dinanzi ad un divieto assoluto; in realtà non è così. La Circolare dell'Agenzia, accogliendo l'interpretazione fondata sul buon senso, data sin dall'inizio alla norma dagli operatori del settore, in particolare dai commercialisti, specifica che il divieto di compensazione non vale per tutti quei crediti che i sostituti d'imposta maturano per aver anticipato somme di denaro ai dipendenti per conto dello Stato, quali i rimborsi corrisposti a seguito di assistenza fiscale, conguaglio di fine anno o per cessazione del rapporto di lavoro, oppure i crediti derivanti da eccedenze di versamento delle ritenute. Questi crediti infatti, per espressa previsione di legge sono utilizzabili dai sostituti d'imposta esclusivamente in compensazione tramite modello F24, nei limiti delle ritenute da versare. Se fosse esclusa la compensazione anche per essi, si impedirebbe ai sostituti di imposta di recuperarli a valere sulle ritenute, che rappresentano, però, l'unico debito con il quale i sostituti d'imposta possono compensare i crediti medesimi, il che sarebbe del tutto irragionevole. La Circolare, utilmente, riporta una tabella con tutti i codici tributo dei crediti

**La disposizione in esame impone agli appaltatori di versare le ritenute fiscali, da essi trattenute ai lavoratori direttamente impiegati nell'esecuzione dell'opera o del servizio, con distinte deleghe per ciascun committente e senza possibilità di compensazione e di inviare al committente una serie di informazioni che gli permettano di effettuare appositi riscontri.**



che è possibile portare in compensazione con le ritenute fiscali in deroga al divieto di cui all'art. 17-bis.

Non sono, invece, ammesse eccezioni al suddetto divieto di compensazione per gli altri crediti maturati dalle imprese utilizzabili in compensazione tramite modello F24, quali, a titolo esemplificativo, i crediti tributari (IVA, imposte dirette), i crediti derivanti da agevolazioni e i crediti maturati per contributi e premi assicurativi obbligatori. Tali crediti dovranno necessariamente essere compensati con altri debiti tributari e contributivi dell'impresa. Non rientrano tuttavia nel novero dei contributi non compensabili con le ritenute quelli di fonte contrattuale e non legale, quali, ad esempio, i contributi a casse

sanitarie o a forme di previdenza complementare.

Un secondo adempimento posto dall'art. 17-*bis* in capo agli appaltatori, affidatari o subappaltatori è l'obbligo di inviare al proprio committente:

- a) un elenco nominativo di tutti i lavoratori, identificati mediante codice fiscale, impiegati nel mese precedente direttamente nell'esecuzione di opere o servizi affidati dal committente;
- b) il dettaglio delle ore di lavoro prestate da ciascun percipiente in esecuzione dell'opera o del servizio affidato;
- c) l'ammontare della retribuzione corrisposta al dipendente collegata a tale prestazione;
- d) il dettaglio delle ritenute fiscali operate nel mese precedente nei confronti di tale lavoratore, con separata indicazione di quelle relative alla prestazione affidata dal committente.

Le imprese subappaltatrici dovranno inviare le deleghe di versamento e l'elenco con i dati dei lavoratori sia all'impresa appaltatrice che al primo committente. Se l'originario committente è escluso dall'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 17-*bis* (perché, ad esempio, ente pubblico che svolge solo attività non commerciale), l'invio dovrà avvenire nei soli confronti dell'impresa appaltatrice.

Secondo l'Agenzia delle Entrate, la <<finalità dell'obbligo di comunicazione dei dati sopra descritti è consentire al committente il riscontro dell'ammontare complessivo degli importi versati dalle imprese appaltatrici o affidatarie e dalle imprese subappaltatrici>>.

Il committente avrà infatti assolto al suo obbligo di riscontro dopo aver verificato che la retribuzione oraria corrisposta a ciascun lavoratore **non sia manifestamente incongrua** rispetto all'opera prestata dal lavoratore. In altri termini, pur se basato su dati cartolari, il riscontro da effettuarsi dovrà essere accompagnato da una valutazione finalizzata a verificare, tra l'altro, la coerenza tra l'ammontare delle retribuzioni dichiarate e i tariffari minimi vigenti, risultanti, ad esempio,

dai contratti collettivi, nonché occorrerà verificare l'effettiva presenza dei lavoratori presso la sede del committente.

Ancora, spetterà al committente verificare che le ritenute fiscali per ciascun lavoratore **non siano manifestamente incongrue rispetto all'ammontare della relativa retribuzione corrisposta**. L'Agenzia precisa che si intende per manifestamente incongrue le ritenute fiscali che siano inferiori al 15 per cento della retribuzione imponibile. In caso di valutazione di manifesta incongruità, il committente dovrà richiedere ulteriori giustificazioni.

Infine, compito del committente è anche quello di verificare il rispetto del divieto di compensazione delle ritenute, ad eccezione dei crediti ammessi, indicati nella tabella riportata nella Circolare. In altri termini, il committente deve sostituirsi all'Agenzia delle Entrate nel verificare il rispetto formale degli

obblighi di versamento delle ritenute e del divieto di compensazione, spingendosi anche a fare delle valutazioni sulla coerenza delle informazioni trasmesse. Fortunatamente, la stessa Circolare precisa che, con riferimento al controllo sulla correttezza delle eventuali compensazioni operate, il committente non è tenuto a verificare la spettanza e la congruità dei crediti utilizzati in compensazione.

**In presenza di una serie di requisiti che attestano la solidità e la regolarità fiscale e contributiva delle imprese appaltatrici, purché appositamente e periodicamente certificati dall'Agenzia delle Entrate, è data possibilità alle imprese appaltatrici di godere di una deroga agli obblighi di cui all'art. 17-bis.**



Gli adempimenti posti in capo ai committenti – pubblici o privati che siano – sono, a parere di chi scrive, a dir poco discutibili proprio per l'onere che viene posto in capo ad essi di sostituirsi in qualche modo all'Agenzia delle Entrate nel suo ruolo di ente istituzionalmente preposto alla lotta all'evasione, che è invece la sua principale *mission*.

In caso di violazione, da parte degli appaltatori, degli obblighi di versamento, in tutto o in parte delle ritenute fiscali trattenute, o di mancato invio nei termini dei dati richiesti, l'art. 17-*bis* pone a carico del committente l'obbligo di sospensione del pagamento dei corrispettivi maturati dall'impresa appaltatrice o affidataria, qualora entro i cinque

giorni lavorativi successivi alla scadenza del versamento sia maturato in capo alla medesima il diritto a ricevere corrispettivi.

La sospensione del pagamento è effettuata finché perdura l'inadempimento riscontrato dal committente e sino a concorrenza del venti per cento del valore complessivo dell'opera o del servizio, ovvero per un importo pari all'ammontare delle ritenute non versate rispetto ai dati risultanti dalla documentazione trasmessa.

La Circolare, opportunamente, chiarisce che nell'ipotesi di ritenute non versate rispetto ai dati risultanti dalla documentazione trasmessa, il committente dovrà trattenere il minore tra i due suddetti importi, mentre nel caso di omessa trasmissione della documentazione richiesta, necessariamente, potrà solo trattenere il venti per cento del valore complessivo dell'opera o del servizio. La norma prevede altresì che l'impresa creditrice non possa agire in giudizio contro il committente al fine di ottenere il pagamento dei corrispettivi spettanti fintanto che perdura l'omesso versamento delle ritenute.

In ogni caso, finché perdura l'inadempimento, il committente ha l'obbligo, entro novanta giorni dall'avvenuto riscontro dell'inadempimento medesimo, di darne comunicazione all'ufficio dell'Agenzia delle Entrate territorialmente competente.

A parziale attenuazione di una disposizione così cogente e gravosa, soccorre la norma introdotta dal comma 5 dello stesso articolo 17-*bis*, che ne esclude l'applicazione qualora le imprese appaltatrici o affidatarie comunichino al committente, allegando apposita certificazione rilasciata dall'Agenzia delle Entrate, la sussistenza di una serie di concomitanti requisiti, da attestare come esistenti all'ultimo giorno del mese precedente a quello di scadenza del pagamento delle ritenute.

I requisiti richiesti sono i seguenti:

- a) l'impresa deve risultare in attività da almeno tre anni. Ciò in quanto la *ratio* della norma è quella di contrastare fenomeni di evasione posti in essere per lo più da soggetti che hanno una vita breve e che tendono ad estinguersi appena sono sottoposti a controllo, per ricostituirsi sotto una nuova veste giuridica;
- b) l'impresa deve essere in regola con gli obblighi dichiarativi;
- c) l'impresa deve aver eseguito nel corso dei periodi d'imposta cui si riferiscono le dichiarazioni dei redditi presentate nell'ultimo triennio complessivi versamenti registrati nel conto fiscale per un importo non inferiore al dieci per cento dell'ammontare dei ricavi o compensi risultanti dalle dichiarazioni medesime;
- d) l'impresa non deve avere iscrizioni a ruolo o accertamenti esecutivi o avvisi di addebito affidati agli agenti della riscossione relativi alle imposte sui redditi, all'IRAP, alle ritenute e ai contributi previdenziali per importi superiori a cinquantamila euro, per i quali i termini di pagamento siano scaduti e siano ancora dovuti pagamenti o non siano in essere provvedimenti di sospensione. Sono escluse da tali ipotesi le somme oggetto di piani di rateazione per i quali non sia intervenuta decadenza.

L'Agenzia delle Entrate, con provvedimento del Direttore dell'Agenzia del 6 febbraio 2020, ha approvato lo schema di certificato di sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 17-*bis*. Ora, pertanto, l'Agenzia è in grado di mettere a disposizione delle imprese la suddetta certificazione a partire dal terzo giorno lavorativo di ogni mese; tale certificato ha validità di quattro mesi dalla data del rilascio, superati i quali le imprese ne devono acquisire uno nuovo e produrlo ai committenti.

La Circolare n. 1 precisa tuttavia che, se il committente è una pubblica amministrazione (nelle ipotesi in cui essa rientri nell'ambito soggettivo di applicazione della norma), la sussistenza dei requisiti che ammettono la

**In caso di violazione degli obblighi cui il committente è tenuto, allo stesso è irrogata una sanzione di importo pari alla sanzione che sia stata già irrogata all'impresa appaltatrice o affidataria per la non corretta determinazione ed esecuzione delle ritenute, nonché per il tardivo versamento delle stesse, senza possibilità di compensazione.**

deroga potrà essere oggetto di autocertificazione da parte dell'impresa e sarà dunque onere del committente pubblico accertare la veridicità della stessa mediante interlocuzione diretta con i competenti Uffici dell'Agenzia delle Entrate.

#### **5. Il regime sanzionatorio previsto dall'art. 17-bis**

Il comma 4 dell'art. 17-bis prevede infine un regime sanzionatorio in caso di inottemperanza agli obblighi sin qui esaminati.

Infatti, al committente che non richieda la documentazione prevista (deleghe di versamento delle ritenute e elenco nominativo dei lavoratori), è tenuto al versamento di una somma pari alla sanzione irrogata all'impresa appaltatrice o affidataria o subappaltatrice per la non corretta determinazione ed esecuzione delle ritenute, nonché per il tardivo versamento delle stesse, senza possibilità di compensazione.

Tale sanzione trova applicazione, tuttavia, soltanto nell'ipotesi in cui l'impresa appaltatrice o affidataria abbia effettivamente commesso una delle suddette violazioni (scorretta determinazione delle ritenute, omesso versamento o illegittima compensazione) e purché le siano state irrogate le relative sanzioni.

Stante il dato letterale della norma, infatti, nulla deve pagare il committente, pur non avendo lo stesso, in ipotesi, correttamente adempiuto agli obblighi posti in capo ad esso, se l'impresa appaltatrice o affidataria abbia correttamente assolto ai propri obblighi di versamento, eventualmente anche avvalendosi dell'istituto del ravvedimento operoso per sanare le violazioni commesse prima della contestazione da parte degli organi preposti al controllo.

Trattandosi di norma di natura sanzionatoria, e pertanto di stretta interpretazione, restano fuori dall'ambito di applicazione della stessa tutte le altre violazioni tributarie da parte dell'impresa appaltatrice o affidataria non espressamente menzionate, quali, ad esempio, la violazione degli obblighi di dichiarazione in veste di sostituto d'imposta.

Infine, la sanzione prevista dal comma 4 dell'articolo 17-bis è di natura amministrativa non tributaria, perché non strettamente correlata alla violazione di norme disciplinanti il rapporto fiscale.

Per tale ragione, ad essa si applicano i principi di cui alla L. n. 689/1981 e non invece quelli stabiliti dal D. Lgs. n. 472/1997, recante le disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie.

# La valutazione discrezionale della condotta anticoncorrenziale nella partecipazione alle gare pubbliche: nota a Consiglio di Stato, 24 gennaio 2020, n. 580

di Adriana Presti

SOTTO  
LA  
LENTE

## 1. Introduzione normativa

L'accertamento da parte dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato (d'ora in poi solo "AGCM" o "Autorità") in capo ad un operatore economico di una grave condotta anticoncorrenziale avente effetti sulla contrattualistica pubblica, come noto, rileva anche ai fini della valutazione discrezionale della possibile esclusione del partecipante dalla gara ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera c), del **Codice dei Contratti Pubblici** (d'ora in poi solo "Codice"), la fattispecie rientrando in astratto tra i "gravi illeciti professionali" suscettibili di rendere dubbia la integrità o l'affidabilità dell'operatore economico.

Sebbene, infatti, dei provvedimenti antitrust non sia fatta espressa menzione nell'art. 80, comma 5, del Codice, una lettura sistematica di tale comma, laddove in via di principio definisce gli illeciti professionali come quelli che sono tali da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente, rende possibile e ragionevole (e anche rispettoso del principio di proporzionalità) ricomprendere nella clausola aperta di cui al comma 5, dell'articolo 80, anche l'illecito antitrust sanzionato dall'AGCM.

In tal senso dispongono espressamente le Linee guida ANAC n. 6, aggiornate al d. lgs. 19 aprile 2017 n. 56 con deliberazione n. 1008 dell'11 ottobre 2017, recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nella esecuzione di un precedente contratto d'appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80,

comma 5, lett. c, del Codice". Nelle Linee guida n. 6, al punto 2.2.3, lett. i), si prevede, infatti, che, tra le "Altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico", la Stazione appaltante debba valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente "i **provvedimenti esecutivi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di condanna per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare**".

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare, con riferimento alla nozione di "mercato rilevante", che essa è connotata non tanto in senso meramente geografico o spaziale, ma soprattutto con riferimento all'ambito nel quale l'intento anticoncorrenziale ha, o dovrebbe avere, capacità di incidere e attitudine ad interferire con la corretta dinamica concorrenziale, sicché, nelle ipotesi di intese restrittive della concorrenza, la definizione del mercato rilevante è direttamente correlata al contesto in cui si inquadra il comportamento collusivo tra le imprese coinvolte.

In tali ipotesi, l'individuazione e la definizione del mercato rilevante è quindi successiva rispetto all'individuazione dell'intesa nei suoi elementi oggettivi, in quanto sono l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa a circoscrivere il mercato su cui l'abuso è commesso (TAR Lazio, Sez. III - Quater, 22 marzo 2019, n. 3894; Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 novembre 2014 n. 5423).

Ciò posto con riferimento al vigente Codice dei Contratti pubblici, giova evidenziare che, fino all'intervento della Corte di Giustizia UE del 4 giugno 2019 in causa CNS contro GTT S.p.A. & altri, non vi era unanimità di veduta sulla possibilità di ricondurre gli illeciti antitrust nel perimetro applicativo dell'errore professionale grave di cui all'art. 38, comma 1 lett. f) del d.lgs. 163 del 2006.

In specie, il Consiglio di Stato con una serie di pronunce (4 dicembre 2017, n. 5704 e 7 febbraio 2018, n. 722) in riforma di alcune sentenze del TAR Piemonte (n. 428/2017 e n. 446/2017), aveva ritenuto che ai fini della esclusione dalla gara rilevassero esclusivamente come "errori professionali gravi" i solo inadempimenti e le condotte negligenti commessi nell'esecuzione di un contratto pubblico, rimanendo invece estranei al campo di applicazione dell'art. 38 "i fatti, anche illeciti, occorsi nella prodromica procedura di affidamento". Il TAR Piemonte, di diverso avviso, ha rimesso con ordinanza 21 giugno 2018, n. 770 al vaglio pregiudiziale della Corte di Giustizia dell'Unione europea la compatibilità con l'art. 45, paragrafo 2, primo comma, lett. d) della direttiva 2004/18/UE di un'interpretazione dell'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. 163 del 2006, volta ad escludere dalla nozione di errore professionale la violazione delle regole in materia di concorrenza.

Ebbene, rifacendosi ad una giurisprudenza costante, i giudici del Lussemburgo, con la decisione del 4 giugno 2019, hanno (ri)affermato la rilevanza (non automaticamente) escludente, anche nell'ambito della Direttiva 2004/18/UE, degli illeciti antitrust. Interessante è notare che la CGUE, ritenendo che la questione pregiudiziale potesse essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza e che la stessa non dava adito ad alcun ragionevole dubbio, ha adottato una ordinanza motivata ai sensi dell'art. 99 del regolamento di procedura della Corte di Giustizia. Di fatti nelle sentenze del 13 dicembre 2012, *Forposta e ABC Direct Contact* (C-465/11, punto 27), e del 18 dicembre 2014, *General-Providencia Biztosító* (C-470/13, punto 35), la Corte avrebbe già precisato che la nozione di «errore nell'esercizio dell'attività professionale» comprende qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore di cui trattasi, e che la commissione di un'infrazione alle norme in materia di concorrenza, in particolare quando tale infrazione è stata sanzionata con un'ammenda, costituisce una causa di esclusione

rientrante nell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18.

Ne discende che sia che si trovi al cospetto di gare disciplinate dal vecchio codice che dal nuovo, la giurisprudenza europea ha definitivamente chiarito la rilevanza dell'accertamento dell'illecito antitrust nell'ambito degli illeciti professionali suscettibili di rilevare quale causa di esclusione dalla partecipazione ad una gara di appalto pubblico. In particolare, con la ordinanza motivata 4 giugno 2019 resa nella causa C-425/18, CNS - GGT S.p.A., la Corte di Giustizia ha statuito che:

la nozione di «errore nell'esercizio della propria attività professionale» comprende qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore economico di cui trattasi la sua integrità o affidabilità;  
 di conseguenza la nozione di «errore nell'esercizio della propria attività professionale», che è oggetto di un'interpretazione ampia, non può limitarsi ai soli inadempimenti e condotte negligenti commessi nell'esecuzione di un contratto pubblico;  
 la nozione di «errore grave» deve essere intesa nel senso che essa si riferisce normalmente a un comportamento dell'operatore economico in questione che denoti un'intenzione dolosa o un atteggiamento colposo di una certa gravità da parte sua;  
 l'accertamento di un tale errore non richiede una sentenza passata in giudicato;  
 la decisione di un'autorità nazionale garante della concorrenza, che stabilisca che un operatore ha violato le norme in materia di concorrenza, può senz'altro costituire indizio dell'esistenza di un errore commesso da tale operatore;  
 una violazione delle norme in materia di concorrenza, non può comportare l'esclusione automatica di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico. Infatti, conformemente al principio di proporzionalità, l'accertamento della sussistenza di un «errore grave» necessita, in linea di principio, dello svolgimento di una valutazione specifica e concreta del comportamento dell'operatore economico interessato.

Il recente arresto europeo, unitamente ad una serie di provvedimenti adottati dall'AGCM in procedure di gare indette da una centrale di committenza, riporta al centro la questione della rilevanza ostativa degli illeciti antitrust quale parametro per

valutare l'affidabilità *tout court* di un operatore economico.

## 2. Il caso oggetto della pronuncia del Consiglio di Stato n. 580/2020

Il Consiglio di Stato con una recente sentenza del 24 gennaio 2020, n. 580 ha risolto una interessante controversia in materia di valutazione di affidabilità morale e professionale di un operatore economico e di presunta condotta anticoncorrenziale posta in essere dallo stesso operatore proprio in relazione alla medesima procedura di gara.

La peculiarità del caso è tale da meritare una scansione degli eventi come succedutesi secondo la rappresentazione datane dalla sentenza in commento.

Questa la sequenza dei fatti rilevanti:

- la commissione giudicatrice segnalava l'esistenza di una possibile intesa restrittiva della concorrenza tra alcuni degli operatori in gara alla stazione appaltante;
- con atto di segnalazione la stazione appaltante rimetteva all'AGCM di approfondire gli elementi indiziari, provenienti dalla commissione giudicatrice e dall'esposto di altra società, che portavano a ritenere taluni operatori concorrenti in accordo per proporre offerte ad incastro ed impedire, così, il libero dispiegarsi della concorrenza nella procedura di gara al fine di giungere ad una vera e propria spartizione tra loro dei lotti;
- l'Autorità decideva di avviare un'indagine nei confronti degli operatori segnalati per aver rintracciato il fumus dell'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza in relazione alla gara de qua negli indizi esposti nell'atto di segnalazione, fissando termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio al luglio 2019, dandone comunicazione alla stazione appaltante;
- con successivo provvedimento la stazione appaltante disponeva la definitiva aggiudicazione a favore di uno dei tre R.T.I. nei confronti dei quali pendeva il procedimento avviato dall'AGCM.

Il secondo classificato, nell'impugnare l'esito di siffatta procedura, sosteneva l'illegittimità del provvedimento di ammissione alla procedura

di gara del R.T.I. aggiudicatario per violazione dell'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163 *ratione temporis* applicabile, per aver commesso un "grave errore nell'esercizio dell'attività professionale", tale dovendosi qualificare la conclusione di un'intesa restrittiva della concorrenza nonché per aver falsamente dichiarato nella domanda di partecipazione di non aver praticato intese restrittive della concorrenza nella formulazione dell'offerta.

Con riguardo alle predette doglianze la stazione appaltante, pur confermando le circostanze di fatto esposte dalle ricorrenti, replicava che fino all'eventuale adozione da parte dell'AGCM di un provvedimento di accertamento dell'intervenuta intesa anticoncorrenziale non v'era ragione alcuna per escludere il R.T.I. dalla procedura.

Il giudizio di primo grado era concluso dal TAR Lazio con la reiezione del ricorso con la sentenza sez. II, 6 maggio 2019, n. 5677.

Con la proposizione dell'appello, il soccombente secondo classificato, precisava che l'AGCM, con nota del 16 aprile 2019, aveva dato conferma, a conclusione dell'attività istruttoria, dell'esistenza di elementi indiziari di un'intesa tra gli RTI indagati, finalizzata ad una equilibrata ripartizione dei lotti e così a limitare la concorrenza nella procedura di gara. Sicché veniva ulteriormente stigmatizzata la condotta della stazione appaltante, la quale, pur avendo formalmente rilevato l'esistenza di un accordo anticoncorrenziale tra diversi operatori concorrenti – consistente nella tipica formula della "partecipazione a scacchiera" con offerte predisposte con l'intento di garantire ad ognuno l'aggiudicazione di uno specifico lotto grazie ad altre offerte c.d. di appoggio con ribassi differenziati tra i lotti secondo un preciso piano di spartizione –, del tutto contraddittoriamente aveva, poi, deciso di procedere ugualmente all'aggiudicazione in favore di quegli stessi operatori che erano stati individuati quali parti dell'accordo illecito. Sempre, secondo la tesi delle appellanti, la stazione appaltante, accertata l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale per l'attività istruttoria svolta, avrebbe dovuto, anche in ragione degli atti medio tempore adottati dall'AGCM (comunicazione di apertura del procedimento, nonché, ora, comunicazione di conclusione dell'attività istruttoria), disporre l'esclusione del R.T.I. in parola dalla procedura di gara per disposizione della *lex specialis*

sanzionatoria degli operatori stipulanti “nella presente gara pratiche e/o intese restrittive della concorrenza e del mercato”; disposizione, a sua volta, riproduttiva dell’art. 38, comma 1 lett. m – quater) d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Alla sentenza di primo grado veniva, in particolare, imputato l’errore di aver ritenuto fosse necessario per la stazione appaltante attendere gli esiti del procedimento sanzionatorio avviato dall’Autorità, laddove, invece, la stazione appaltante, a fronte della prescrizione contenuta nel disciplinare di gara e della documentata attività istruttoria svolta, era tenuta a disporre l’esclusione senza attendere le indagini di altre Autorità (come appunto l’Autorità garante della concorrenza e del mercato, ma anche, l’Autorità giudiziaria). Fermo restando in ogni caso, che la stazione appaltante, di certo non avrebbe potuto disporre l’aggiudicazione così consentendo la realizzazione dell’obiettivo del patto illecito che essa stessa aveva denunciato.

Di contro le appellanti ribadivano che l’esclusione di un concorrente per aver concluso un’intesa restrittiva della concorrenza avrebbe potuto essere disposta solo in seguito ad un provvedimento definitivo emesso dall’Autorità competente che tale intesa accerti e sanzioni, non surrogabile dagli atti preparatori quali la comunicazione delle risultanze istruttorie, di mera apertura della fase di contraddittorio con le imprese interessate.

Nelle more del giudizio l’AGCM adottava il provvedimento sanzionatorio dell’intesa anticoncorrenziale nei confronti degli operatori inquisiti nella gara di cui si discute.

### 3. La decisione del Consiglio di Stato

I Giudici di Palazzo Spada, nell’affrontare il quesito giuridico sottostante la suddetta controversia, hanno preliminarmente ritenuto di precisare che la condotta della stazione appaltante **va valutata**

**alla luce delle circostanze esistenti al momento in cui era adottato il provvedimento di aggiudicazione** impugnato con il ricorso introduttivo del giudizio e, dunque, senza tener conto degli atti sopravvenuti dell’AGCM, quali la comunicazione di chiusura dell’attività istruttoria nonché, a maggior ragione, il provvedimento sanzionatorio dell’intesa anticoncorrenziale.

Come in più occasioni precisato dalla giurisprudenza amministrativa, a voler tener conto di fatti e circostanze che, intervenute nel corso di un giudizio avente ad oggetto l’impugnazione di atti di una procedura di gara, potrebbero comportare l’adozione di provvedimenti di esclusione nei confronti di taluni dei concorrenti, si finirebbe per pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati in violazione del divieto posto dall’art. 34, comma 2, Cod. proc. amm., fatta salva l’ipotesi in cui la stazione appaltante medio tempore a ciò provveda e i provvedimenti siano introdotti in giudizio attraverso motivi aggiunti.

**La condotta va valutata dalla stazione appaltante alla luce delle circostanze esistenti al momento in cui era adottato il provvedimento di aggiudicazione impugnato con il ricorso introduttivo del giudizio. Diversamente opinando si finirebbe per pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati in violazione del divieto posto dall’art. 34, comma 2, c.p.a..**



Simili accertamenti, infatti, sono preclusi al giudice amministrativo che, per espressa indicazione dell’art. 34, comma 2, Cod. proc. amm., “non può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati” (cfr. Cons Stato, sez. V, 15 maggio 2019, n. 3151; V, 4 febbraio 2019, n. 827).

Il Consiglio di Stato, una volta ripercorsa la sequenza dei fatti di cui si è detto infra, sub § 2, ha evidenziato come

dagli stessi emerge che il provvedimento di aggiudicazione della procedura di gara è viziato da eccesso di potere per contrasto con il principio di ragionevolezza dell’azione amministrativa.

La decisione della Stazione appaltante di aggiudicare la procedura di gara al R.T.I. in questione quando era già possibile, per il dettaglio e la compiutezza degli elementi indiziari a disposizione, maturare giustificato convincimento dell’esistenza di un’intesa restrittiva della concorrenza tra gli operatori concorrenti, è scelta non ragionevole.

Sul punto è stato, infatti, osservato che, pur potendosi comprendere che la stazione appaltante, una volta segnalati all'Autorità gli elementi indiziari dell'intesa restrittiva, abbia reputato opportuno non procedere essa stessa all'esclusione degli operatori per assenza di "mezzo di prova" adeguato, come pure, e per le stesse ragioni, che si sia astenuta dal disporre l'esclusione dalla procedura per falsa dichiarazione, di certo era ragionevole attendersi dalla stazione appaltante una diversa decisione in merito al prosieguo della procedura, di soprassedere all'aggiudicazione fino a che non fossero stati noti gli esiti del procedimento sanzionatorio avviato dall'Autorità sulla propria segnalazione, previa eventuale adozione di adeguati provvedimenti interinali, non di procedere con l'aggiudicazione, così da favorire essa stessa quel risultato frutto dell'alterazione dalla concorrenza che, con i propri atti, e sin dal disciplinare di gara, intendeva scongiurare.

Se si considera, del resto, che la procedura di evidenza pubblica è diretta alla scelta del contraente più affidabile per l'esecuzione di un determinato contratto d'appalto, è qui, dunque, irragionevole il risultato dell'azione amministrativa che finisce con il premiare con l'aggiudicazione un concorrente che la stessa stazione appaltante, per il quadro fornito dagli elementi raccolti nella propria attività istruttoria, avrebbe già ritenuto gravemente indiziato di essere compartecipe dell'accordo illecito.

Se, dunque, è vero che il Vademecum fornito alle stazioni appaltanti dall'AGCM espressamente precisa che le segnalazioni non vanno "intese come manifestazioni di una raggiunta consapevolezza, da parte della stazione appaltante, dell'esistenza di criticità concorrenziali, nell'ambito della propria procedura di gara" (punto 9), cionondimeno è la stazione appaltante a doversi regolare a seconda delle circostanze del caso, con l'obiettivo, questo imprescindibile, di evitare che il supposto accordo illecito possa avere concreta attuazione incidendo sull'azione amministrativa. Se del caso, tale determinazione sarà sottoposta al controllo giurisdizionale.

#### 4. Osservazioni conclusive

Nell'approccio qui accolto dalla pronuncia in commento è, quindi, censurabile la scelta della

stazione appaltante di procedere all'aggiudicazione allorché abbia a disposizione elementi tali da fare ragionevolmente sospettare – come in effetti essa stessa aveva fatto (il che, pertanto, rende viepiù evidente una evidente discrepanza tra le premesse e le conseguenze della sua condotta) – l'intervenuta alterazione della concorrenza nell'ambito della procedura indetta. E ciò non tanto avuto riguardo agli atti medio tempore adottati dall'AGCM (comunicazione di apertura del procedimento, nonché, ora, comunicazione di conclusione dell'attività istruttoria), quanto proprio dall'attività istruttoria dalla stazione appaltante svolta e culminata nella segnalazione della sospetta pratica anticoncorrenziale all'AGCM. Come di recente condivisibilmente chiarito dalla giurisprudenza amministrativa non è indispensabile che i gravi illeciti professionali che devono essere posti a supporto della sanzione espulsiva del concorrente dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 siano accertati da un provvedimento amministrativo definitivo (in caso di illecito antitrust) e/o giurisdizionale (nel caso di risoluzione e/o altre sanzioni), **ma è sufficiente che gli stessi siano ricavabili da altri gravi indizi**, atteso che, come già chiarito, l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella disposizione normativa succitata è meramente esemplificativa e la stazione appaltante ha la possibilità di fornirne la dimostrazione con mezzi adeguati (in tal senso si veda Consiglio di Stato, sez. V, 20 marzo 2019, n. 1845).

Si ritiene condivisibile pertanto l'assunto secondo cui **la Stazione appaltante è obbligata ad esercitare il potere discrezionale di valutazione dei fatti** sulla base della istruttoria condotta, al fine di determinarsi sulla sussistenza o meno di un grave illecito professionale tale da rendere dubbia la affidabilità e la integrità della società (per una applicazione del principio, si veda TAR Lazio, Roma, Sez. I, 30 gennaio 2020 n. 386). È in tale discrezionale valutazione che risiede l'*ubi consistam* del delicato *officium* demandato alla stazione appaltante nel rapporto con i partecipanti alla procedura, al fine di valutarne, in via autonoma, la affidabilità sulla quale poter fondare la fiducia che deve necessariamente riporsi nel soggetto di poi chiamato a realizzare i lavori o servizi pubblici, in ossequio altresì al dettato della direttiva (art. 57, par. 4, direttiva 2014/24), nonché di agire in ossequio al principio di proporzionalità che, secondo il considerando 101 della direttiva

2014/24, "implica in particolare che, prima di decidere di escludere un operatore economico, una simile amministrazione aggiudicatrice prenda in considerazione il carattere lieve delle irregolarità commesse o la ripetizione di lievi irregolarità"; e, invero, se anche nell'esercizio di tale discrezionale potestà "un'amministrazione aggiudicatrice dovesse essere automaticamente vincolata da una valutazione effettuata da un terzo, le sarebbe probabilmente difficile accordare un'attenzione particolare al principio di proporzionalità al momento dell'applicazione dei motivi facoltativi di esclusione" (CGUE, 19 giugno 2019, cit., § 32, richiamato da TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 15 novembre 2019, n. 2421).

La pronuncia, del resto, si pone nel solco di un indirizzo giurisprudenziale consolidato secondo cui ai fini della valutazione di cui alla disposizione di cui al comma 5, dell'articolo

80, è necessaria una attività di giudizio della stazione appaltante che deve consistere, **alla luce della documentazione in atti e di quella che eventualmente è necessario acquisire ai fini di una piena contezza dei fatti e della loro rilevanza**, nel valutare se sussista o meno il grave illecito professionale, tale da rendere dubbia l'integrità o affidabilità dell'operatore economico. Questa valutazione discrezionale si deve concludere con un giudizio di sussistenza o insussistenza del grave illecito professionale supportato da motivazione, che, in caso di esclusione, deve essere congrua e in alcuni casi (individuati dalla giurisprudenza) rafforzata.

Ne discende che **il potere discrezionale si arresta a tale momento valutativo, in quanto, ove si accerti a seguito della detta attività, che il grave illecito professionale sussista, allora l'esclusione costituisce atto vincolato e dovuto** (TAR Sicilia, Catania, 10 dicembre 2018, n. 2335).

Alla luce dei richiamati principi deve dirsi altresì illogica la soluzione volta a cristallizzare *sine die* le operazioni di gara, e/o a subordinarne l'esito all'adozione di provvedimenti amministrativi e/o giurisdizionali. E ciò avuto riguardo alla stessa

*ratio* che ispira la disciplina delle gare pubbliche, la quale **è improntata alla celere definizione delle stesse, anche eventualmente in chiave negativa**, laddove si diano impedimenti che possono suggerire l'adozione di determinazioni di arresto definitivo ovvero di autotutela.

Del resto, come correttamente affermato da recentissima giurisprudenza, altrimenti non si spiegherebbe lo stesso intendimento della natura del rimedio risarcitorio, il quale, come noto, è improntato, nell'ambito dei contratti pubblici, della nota cifra oggettiva (su cui la celebre CGUE 30 settembre 2010 in causa C-314/2009), che più lo connota in chiave compensativa.

Detto altrimenti, spicca un *favor* per la certa e celere definizione delle gare pubbliche, essendo semmai consentita la strada risarcitoria in favore dei concorrenti deprivati

illegittimamente del bene della vita finale" (TAR Lazio, Roma, Sez. II, 13 febbraio 2020, n. 1987), favor che mal si concilierebbe con una situazione di inerzia, per di più laddove temporalmente indefinita.

Ciò posto, in caso di accertamento di una condotta anticoncorrenziale avente effetti sul mercato dei contratti pubblici, la mitigazione dei rischi dalla stessa discendenti in termini di *self-cleaning* assume un ruolo centrale.

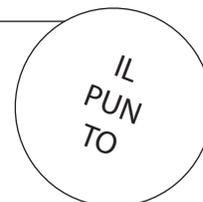
Proprio con riferimento alle misure di *self cleaning* da adottare al cospetto di illeciti antitrust, l'AGCM, nel Parere S3211/2018, ha evidenziato che tra gli elementi valutabili possono assumere rilievo la sostituzione del management responsabile dell'illecito (anche accompagnato dall'avvio di azioni di responsabilità nei confronti dello stesso), l'adozione di efficaci programmi di *compliance* (cfr. Linee Guida sulla *compliance antitrust*, adottate con provvedimento AGCM del 25 settembre 2018, n. 27356, in Bollettino n. 37/2), nonché l'adesione a programmi di clemenza che hanno consentito l'accertamento dell'illecito o che consentano l'accertamento di altri illeciti.

**È in tale discrezionale valutazione che risiede l'ubi consistam del delicato officium demandato ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 alla stazione appaltante nel rapporto con i partecipanti alla procedura**



# Il principio di necessaria corrispondenza tra quota di qualificazione e quota della prestazione nei raggruppamenti di imprese

di Riccardo Gai



## 1. Il principio di corrispondenza nel vecchio e nel nuovo codice

Il vecchio codice dei contratti pubblici richiedeva in origine una triplice corrispondenza tra quota di partecipazione, quota di esecuzione e requisito di qualificazione degli operatori economici partecipanti alla gara in raggruppamento di imprese.

Infatti, l'art. 37, comma 13, d.lgs. 163/2006 prevedeva che i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento.

Successivamente, la triplice corrispondenza è stata limitata agli appalti di lavori (dall'art. 1, comma 2-bis, lettera a), del d.l. 95/2012, conv. in legge 135/2012, che ha inserito all'art. 37, comma 13, l'incipit specificativo "Nel caso di lavori"), per poi essere definitivamente superata dall'art. 12, comma 8, del d.l. 47/2014, conv. in legge 80/2014, che ha abrogato il comma 13.

Il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016 non prevede la triplice corrispondenza, ma soltanto l'obbligo, nel caso di lavori, forniture o servizi di specificare nell'offerta le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati (art. 48, comma 4).

E stabilisce, per i raggruppamenti temporanei, che nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti (art. 83, comma 4, nel testo modificato dal d.lgs. 157/2017).

L'Adunanza Plenaria n. 27/2014, nella vigenza del vecchio codice appalti, aveva statuito che negli appalti di servizi da affidarsi a raggruppamenti temporanei di imprese la legge non prevede più l'obbligo della corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione, fermo restando, però, che ciascuna impresa va qualificata per la parte di prestazioni che s'impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara.

Successivamente, con riferimento agli appalti di lavori si è formato un orientamento secondo cui <<se le imprese componenti il raggruppamento dichiarano, in sede di offerta, una quota di partecipazione corrispondente alla quota di lavori da eseguire, è necessario che il requisito di qualificazione sia coerente con entrambi >> (Cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2018, n. 4036; Id., 13 giugno 2018, n. 3623; Id., 5 febbraio 2018, n. 730; Id., 22 agosto 2016, n. 3666), con conseguente rimessione alla Plenaria (come si vedrà al par. 3) della questione se sia consentito ad un'impresa componente il raggruppamento, che possieda il requisito di qualificazione in misura insufficiente per la quota di lavori dichiarata in sede di presentazione dell'offerta, di ridurre la propria quota di esecuzione, così da renderla coerente con il requisito di qualificazione effettivamente posseduto, nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso di requisiti di qualificazione sufficienti a coprire l'intera quota di esecuzione dei lavori (V. ordinanza Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2018 n. 5958).

Secondo tale orientamento, deve ritenersi operativo il principio secondo cui 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, sicché per i servizi e forniture, per i quali non vi è un sistema di qualificazione SOA normativo, spetta alla stazione appaltante decidere se introdurre sistemi di qualificazione e in che misura disporre la ripartizione in sede di raggruppamento temporaneo.

## 2. Il principio di affidabilità degli operatori economici

Nel dibattito in esame, particolarmente rilevante è il principio - immanente nel sistema - di affidabilità degli operatori economici, riconfermato nell'articolo 48, commi 17, 18 e 19 del D. Lgs. n. 50/2016, dai quali si trae che ogni mandante deve possedere i requisiti di qualificazione in misura coerente alla quota di prestazioni che eseguirà (v. TAR Piemonte, Sez. I, 6 giugno 2018, n. 704; cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 11 novembre 2016 n. 4684). Tale principio, ad avviso della citata giurisprudenza, costituisce presidio essenziale ed ineludibile delle procedure ad evidenza pubblica, al fine di garantire che la pubblica amministrazione possa selezionare gli operatori economici le cui offerte, in un tempo, risultino le più affidabili e le più convenienti.

Il fatto che l'attuale assetto normativo non contempli più il cosiddetto principio di triplice corrispondenza tra requisiti di qualificazione, quota di partecipazione all'RTI e quota di esecuzione, in precedenza sancito nell'art. 37, comma 13, d.lgs. n. 163/2006 non ha infatti risolto l'annosa diatriba che è sorta - nel silenzio del legislatore - proprio riguardo

alla necessaria corrispondenza tra quote di partecipazione all'RTI e quote di esecuzione.

Ad avviso di parte della giurisprudenza, infatti, l'art. 48 del D.Lgs. 50/2016, evidenzia un duplice criterio: a) di ripartizione delle parti del servizio destinate ad essere eseguite dai singoli operatori economici riuniti; b) di responsabilità solidale, tendenzialmente estesa a tutti i partecipanti al raggruppamento. Entrambe le previsioni si giustificano in quanto ad esse corrisponda un'assunzione di impegno "responsabile", cioè supportato da una reale corrispondenza tra attività da svolgere e competenze per farvi fronte. Se così non fosse, la contestuale richiesta di specifici

**L'articolo 3, comma 2 contiene una nuova affermazione sul RUP, magari ovvia per cui, però, il legislatore ha ritenuto necessaria l'esplicitazione. Secondo la disposizione citata "Il RUP, nell'esercizio delle sue funzioni, è qualificabile come pubblico ufficiale". Sono riconducibili quindi alla funzione del responsabile unico tutte quelle "sfumature" correlate alla funzione svolta non ultima le varie implicazioni possibili di tipo penale per eventuali violazioni.**



requisiti di capacità e di una puntuale indicazione delle quote imputabili ai singoli operatori riuniti, risulterebbe priva di significato, non ravvisandosi più alcun plausibile interesse della stazione appaltante ad imporre una suddivisione delle parti del servizio e ad esigerne una indicazione vincolante da parte dei concorrenti in gara (v. TAR Piemonte, Sez. I, 10 marzo 2017, n. 347).

Prosegue ancora la citata sentenza affermando che le stesse previsioni volte ad imporre una garanzia residuale di secondo livello, quale quella della responsabilità solidale (art. 48, comma 5), e una regola di tendenziale immodificabilità della composizione del RTI, onde evitare la possibile elusione delle regole in tema di requisiti di partecipazione alla gara (art. 48 commi 17 -19), risulterebbero incongrue e disarmoniche in un sistema che prescindesse da un primo e più essenziale principio di qualificazione del soggetto direttamente implicato nella esecuzione della prestazione.

D'altra parte, che il nuovo codice intenda comunque correlare i meccanismi di spendita dei requisiti ai corrispondenti impegni esecutivi può desumersi anche da ulteriori disposizioni e, in particolare, dalle regole dettate in materia di avvalimento, sia nella parte in cui impongono che - per i criteri di qualificazione relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali o alle esperienze professionali pertinenti - gli operatori economici possono avvalersi delle capacità di altri soggetti "solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste" (art. 89, comma 1); sia nella parte in cui ammettono la possibilità di soddisfare il possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale "avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche di partecipanti al raggruppamento" (art. 89, comma 1).

Dall'insieme delle disposizioni sopra richiamate può dunque ben ricavarsi il principio per cui, anche nell'assetto del nuovo codice degli appalti, il requisito

di qualificazione deve trovare corrispondenza nella quota di esecuzione della prestazione posta in gara e da affidare, ovvero nella parte di servizio o di fornitura che verrà effettivamente realizzato nel caso di affidamento, poiché <<*requisiti di qualificazione attengono infatti alle caratteristiche soggettive del concorrente che aspira all'aggiudicazione del lavoro, della fornitura o del servizio in gara, e riguardano un aspetto essenziale per la valutazione delle potenzialità o della capacità dell'aspirante a realizzare quanto poi eventualmente aggiudicatogli*>> (v. ancora TAR Piemonte, Sez. I, 10 marzo 2017, n. 347).

Secondo tale orientamento, dovrebbe pertanto ritenersi ancora vigente, anche alla luce delle modifiche al codice dei contratti, il principio di corrispondenza tra requisiti di qualificazione della singola impresa e quote di

esecuzione della prestazione per cui <<*come già in base alla disciplina dettata dal d. lvo 2006 n. 163, anche ai sensi del d.lvo 2016 n. 50 resta fermo che i requisiti di qualificazione attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che aspira all'aggiudicazione del lavoro, della fornitura o del servizio in gara e riguardano un aspetto essenziale per la valutazione delle potenzialità o della capacità dell'aspirante a realizzare quanto poi eventualmente aggiudicatogli, sicché è necessario il possesso di requisiti di qualificazione adeguati al tipo di attività che ciascun operatore dovrà svolgere*>> (TAR Lombardia, sez. IV, 22 gennaio del 2018 n. 157).

### 3. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 6/2019

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, chiamata a pronunciarsi sul contrasto giurisprudenziale in soggetta materia con riguardo agli appalti di lavori, ha confermato la bontà e l'imprescindibilità dei principi su richiamati, soprattutto in chiave di valorizzazione della serietà e dell'affidabilità dei concorrenti. Afferma, infatti,

**Il principio di affidabilità degli operatori economici è un principio immanente nel sistema e costituisce presidio essenziale ed ineludibile delle procedure ad evidenza pubblica, al fine di garantire che la pubblica amministrazione possa selezionare gli operatori economici le cui offerte, in un tempo, risultino le più affidabili e le più convenienti.**



l'Adunanza Plenaria che la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota di lavori alla quale si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento in sede di presentazione dell'offerta è causa di esclusione dell'intero raggruppamento dalla gara, finendo poi col precisare che i requisiti di qualificazione sono funzionali, dunque, alla cura e tutela dell'interesse pubblico alla selezione di contraenti affidabili, onde garantire al meglio il risultato cui la pubblica amministrazione tende con l'indizione della gara: un risultato che non pertiene (occorre ricordarlo) alla pubblica amministrazione come soggetto, ma al più generale interesse pubblico del quale l'amministrazione/stazione appaltante risulta titolare e custode.

Secondo l'Adunanza Plenaria, dunque, la funzione cui sono preordinati i requisiti di qualificazione ne esclude, per le ragioni di tutela dell'interesse pubblico innanzi esposte, una loro natura meramente "formale", risolvendosi essi in requisiti di affidabilità professionale del potenziale contraente, la cui natura "sostanziale" è del tutto evidente, di modo che una non corrispondenza, in sede di partecipazione alla gara, tra requisito e quota dei lavori da eseguire si risolve non già in una imprecisione formale ovvero in una sorta di errore materiale, bensì in una violazione sostanziale di regole disciplinanti l'intero sistema dei contratti pubblici e vevoli oggettivamente per tutti i partecipanti alle gare (Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 27 marzo 2019, n. 6).

L'Adunanza Plenaria ha avuto il compito di dirimere il contrasto giurisprudenziale evidenziato dalla ordinanza di rimessione, che registrava due diversi orientamenti giurisprudenziali:

a) un primo orientamento, denominato "formalistico" (v. ex multis Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2018 n. 4036) per cui la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota di lavori cui si era impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento in sede di

presentazione dell'offerta è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se, per ipotesi, il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota dei lavori;

b) un altro orientamento, denominato "sostanzialistico" (v. ex multis Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2017 n. 5160) secondo il quale non è legittima l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura, in presenza di tre condizioni: che lo scostamento tra il requisito di qualificazione

dichiarato e la quota di lavori per la quale l'operatore si è impegnato non sia eccessivo; che il raggruppamento nel suo complesso sia comunque in possesso dei requisiti sufficienti a coprire l'intero ammontare dell'appalto; che il raggruppamento abbia la forma di raggruppamento orizzontale.

La sentenza dell'Adunanza Plenaria ha condiviso il primo dei due orientamenti richiamati, ed ha sancito il principio di diritto secondo il quale <<In applicazione dell'art. 92, co. 2, DPR 5 ottobre 2010 n. 207, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota

dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell'offerta, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un'altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all'esecuzione dell'intera quota di lavori>>.

Ha osservato la Plenaria che il principio volto a garantire la più ampia partecipazione alle gare non agisce "in astratto", ma esso, nella sua concreta attuazione, non può che riferirsi ad imprese che – per serietà ed affidabilità tecnico-professionale (appunto validate dal possesso dei requisiti) – sono potenzialmente idonee ad assumere il ruolo di contraenti con gli operatori economici pubblici.

**Secondo l'Adunanza Plenaria, il principio volto a garantire la più ampia partecipazione alle gare non agisce "in astratto", ma esso, nella sua concreta attuazione, non può che riferirsi ad imprese che – per serietà ed affidabilità tecnico-professionale (appunto validate dal possesso dei requisiti) – sono potenzialmente idonee ad assumere il ruolo di contraenti con gli operatori economici pubblici.**



L'Adunanza Plenaria ha infine osservato come l'interpretazione cd. "sostanzialistica", nel richiedere, tra le condizioni per evitare l'esclusione dalla gara del RTI per mancanza di corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione lavori, quella della misura "minima" o "non eccessiva" dello scostamento, finisce per dar luogo per un verso, ad un non consentito fenomeno di integrazione normativa, attesa la chiara prescrittività del dato normativo in favore della corrispondenza. Nel caso di specie, infatti, l'interprete finirebbe non già per individuare l'esatto contenuto normativo della disposizione (che prevede un chiaro principio di corrispondenza), quanto per aggiungere ad essa una norma ulteriore, peraltro di incerta prescrittività.

Per altro verso, determinerebbe un'indebita invasione del campo riservato alla pubblica amministrazione, valutando *ex post* - in luogo di questa ed in assenza di dato normativo - quando uno scostamento possa definirsi minimo e, dunque, non rilevante ai fini dell'esclusione;

Per altro verso ancora, condurrebbe ad una lesione del principio della par condicio dei concorrenti, laddove si consentisse alla stazione appaltante di valutare *ex post* quando (ed in che misura) lo scostamento possa definirsi irrilevante.

Delle considerazioni esposte si è resa conto la stessa ordinanza di rimessione laddove, per il caso di adesione alla tesi cd. sostanzialistica, ha in via subordinata richiesto che l'Adunanza Plenaria determinasse la soglia superata la quale lo scostamento non possa più essere considerato minimo.

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

normativa (e non di interpretazione) di quanto richiesto alla stessa Plenaria.

#### 4. La distinzione tra lavori e servizi

L'Adunanza Plenaria, come si è visto, è stata chiamata ad esprimersi su una fattispecie che riguardava un appalto di lavori. Vi è dunque da domandarsi se tali principi siano applicabili anche agli appalti di servizi e forniture, o se invece l'intervento nomofilattico del massimo consesso amministrativo debba considerarsi limitato al solo settore dei lavori pubblici.

Ad avviso del Consiglio di Stato (Sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1101) l'obbligo di piena corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento, a loro volta coerenti con le quote di esecuzione della prestazione, e requisito di partecipazione posseduto, si applica ai soli appalti aventi ad oggetto lavori; per gli appalti aventi ad oggetto servizi e forniture non vige 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.

**Ad avviso del Consiglio di Stato (Sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1101) l'obbligo di piena corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento, a loro volta coerenti con le quote di esecuzione della prestazione, e requisito di partecipazione posseduto, si applica ai soli appalti aventi ad oggetto lavori; per gli appalti aventi ad oggetto servizi e forniture non vige 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.**

È stato all'uopo ritenuto decisivo l'argomento letterale tratto dall'art. 92 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 ("Regolamento di esecuzione ed attuazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163") il quale, indubbiamente, si riferisce agli appalti di lavori (come emerge dalla rubrica "Soggetti abilitati ad assumere lavori", come pure dal contenuto

dell'articolo nel quale il riferimento ai soli "lavori") e utilizzato l'ulteriore argomento sistematico per condividere la *ratio* a fondamento dell'obbligo imposto.

Ne deriva che per gli appalti aventi ad oggetto servizi (e forniture) resta confermato l'orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo il quale dopo la sentenza dell'Adunanza plenaria 28 aprile 2014, n. 27, non può dubitarsi che, negli appalti di servizi e forniture, non vige più *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; rientra pertanto nella discrezionalità della stazione appaltante sia stabilire il fatturato necessario per la qualificazione delle imprese, sia la fissazione delle quote che devono essere possedute dalle imprese partecipanti ai raggruppamenti (ex multiis, Cons. Stato, sez. V, 2 dicembre 2019, n. 8249).

In base a tale principio, nella specie è stato ritenuto che il disciplinare di gara - in forza del quale le parti delle prestazioni che ciascuna impresa componente il raggruppamento si impegna ad eseguire devono essere coerenti rispetto alla ripartizione dei requisiti di partecipazione - fosse chiaro nel senso di richiedere la necessaria corrispondenza tra quote di esecuzione della prestazione e requisito di partecipazione in capo alla singola impresa componente il raggruppamento temporaneo.

Tale obbligo imposto dalla stazione appaltante ai raggruppamenti concorrenti non è irragionevole e risponde a quell'esigenza, ben evidenziata nell'Adunanza plenaria nella sentenza più volte citata, di piena affidabilità professionale del potenziale contraente, e, dunque, di cura dell'interesse pubblico, cui sono funzionali i requisiti di partecipazione, rimessa, solo per gli appalti di servizi e forniture, all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante.

## 5. Nodi irrisolti

L'orientamento più recente del Consiglio di Stato, come abbiamo visto, propende per l'applicazione del principio di necessaria corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di esecuzione delle prestazioni ai soli appalti di lavori mentre per gli appalti di servizi e forniture, a meno che un obbligo in tal senso non sia imposto dalla legge di gara, tale principio non trova applicazione.

Va detto, tuttavia, che anche recentemente la giurisprudenza non ha mancato di mettere in discussione tale orientamento, alimentando una dialettica che, dunque, non può dirsi ancora risolta.

In effetti, risulta piuttosto arduo comprendere la ragione per la quale, a fronte di principi di carattere universale e trasversale, come quelli enunciati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 6/2019, gli stessi principi debbano essere applicati in modo "parziale", cioè limitatamente agli appalti di lavori. Del resto, si è visto (v. par. 2) come una parte della giurisprudenza abbia enfatizzato il principio di affidabilità degli operatori economici ed abbia da ciò fatto discendere che, sia per i lavori che per i servizi e le forniture, tale principio

risulti immanente nel nostro ordinamento, e che debba dunque trovare applicazione sempre, quale principio etero-integrante di tutti i bandi di gara, a prescindere che gli stessi esplicitino o meno l'obbligo di corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di esecuzione.

Di recente, infatti, la giurisprudenza amministrativa di primo grado è ritornata sull'argomento (v. ordinanza TAR Lombardia, Sez. I, ordinanza del 21 gennaio 2020, n. 81), rilevando come nel caso specifico esaminato, concernente appunto un appalto di servizi, la circostanza che il concorrente non possedesse alcun fatturato specifico relativo ai

**I requisiti di qualificazione attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che aspira all'aggiudicazione del lavoro, della fornitura o del servizio in gara e riguardano un aspetto essenziale per la valutazione delle potenzialità o della capacità dell'aspirante a realizzare quanto poi eventualmente aggiudicatogli, sicché è necessario il possesso di requisiti di qualificazione adeguati al tipo di attività che ciascun operatore dovrà svolgere (ordinanza TAR Lombardia, Sez. I, ordinanza del 21 gennaio 2020, n. 81)**



servizi analoghi oggetto di gara, si è ritenuto che incidesse oggettivamente sulla sua qualificazione a realizzare le prestazioni oggetto del servizio messo a gara, specie considerando che si trattava di raggruppamento tipo orizzontale.

Sul punto, il TAR Lombardia ha osservato come sia di portata generale il principio per cui il sistema dei requisiti di qualificazione ha la funzione di garanzia di serietà ed affidabilità tecnica ed imprenditoriale dell'impresa, sicché esso non può che riferirsi ad ogni singola impresa, ancorché associata in un raggruppamento; la funzione cui sono preordinati i requisiti di qualificazione ne esclude, per ragioni di tutela dell'interesse pubblico, una loro natura meramente "formale", risolvendosi essi in requisiti di affidabilità professionale del potenziale contraente, la cui natura "sostanziale" è del tutto evidente, sicché non è possibile riferire un requisito, complessivamente, all'intero raggruppamento, sopperendo alle eventuali carenze di una impresa associata con la sovrabbondanza di requisito eventualmente presente in capo ad altra impresa associata.

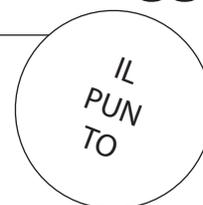
Nell'enunciare i suddetti principi, il TAR Lombardia ha fatto espresso riferimento proprio all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 6/2019, ravvisando dunque come i principi in essa contenuti siano applicabili dunque non soltanto agli appalti di lavori, ma anche a quelli di servizi e forniture.

Vi è pertanto da scommettere sul fatto che, nonostante il più recente orientamento del Consiglio di Stato si sia posto in senso contrario (v. par. 4 che precede), la questione sarà ancora assai dibattuta. Non può non destare perplessità, infatti, la circostanza per la quale, in mancanza di una espressa previsione nella legge di gara, possano concorrere all'aggiudicazione anche raggruppamenti di imprese in cui vi siano all'interno soggetti che non hanno alcuna qualificazione a svolgere le prestazioni che essi stessi, in sede di partecipazione, si impegnano ad effettuare.

Non può negarsi, in tal senso, la difficoltà nel trovare il giusto bilanciamento tra il principio di affidabilità degli operatori economici ed il principio di massima partecipazione alle gare, per cui sarebbe auspicabile un intervento chiarificatore, definitivo, da parte del legislatore.

# La verifica dell'anomalia negli appalti "a consumo" aggiudicati con il criterio dell'Offerta Economicamente più Vantaggiosa

di Emanuela Pellicciotti



## Premessa

La verifica dell'anomalia è quella delicata procedura attraverso la quale la stazione appaltante valuta la sostenibilità e la serietà dell'offerta economica formulata dai concorrenti. Negli appalti "a consumo", soprattutto se aggiudicati mediante il criterio dell'Offerta Economicamente più Vantaggiosa, che tipo di verifica si può svolgere sulla sostenibilità di prestazioni sostanzialmente "forfettizzate"?

## 1. La problematica della "forfettizzazione" delle "prestazioni a consumo" e la sostenibilità dell'Offerta Economica

Sovente accade nella pratica professionale di imbattersi nel quesito posto da alcune stazioni appaltanti, che si trovano ad aggiudicare gare in cui le prestazioni sono quantificabili *à forfait*: quale "peso" dare a prestazioni che potrebbero anche essere erogate in quantitativi minori e, di conseguenza, come valutare la sostenibilità di offerte economiche che mostrano sensibili ribassi? Il tema è assai diffuso e variamente disciplinato a seconda dei casi e della tipologia di appalti: si pensi, ad esempio, alle gare per il *facility management* di immobili, ovvero agli accordi quadro per le manutenzioni di impianti, o ancora agli affidamenti di servizi di ristorazione ospedaliera, oppure ai servizi di pulizia comprensivi di "interventi straordinari", e così via.

Tutte queste tipologie di gare hanno in comune almeno un dato: la fluttuabilità del quantitativo delle prestazioni.

A ben vedere, però, condividono anche il criterio di aggiudicazione che, in linea con quanto previsto dall'art. 95, comma 3 d.lgs. n. 50/2016, devono essere aggiudicate mediante il criterio dell'Offerta Economicamente più Vantaggiosa.

Il concorso di queste due circostanze porta l'effetto - senz'altro auspicabile - di veder concorrere offerte tutte assai competitive sul lato tecnico e, pertanto, l'alea della gara, in molti casi, si sposta sul confronto economico - che sovente si sostanzia in notevoli ribassi -.

Tali ribassi, però, se rapportati ai costi di impresa per l'esecuzione delle prestazioni nel loro ammontare massimo (intendendo con ciò, quello stimato dalle stazioni appaltanti, a base di gara), potrebbero ripercuotersi negativamente sulla sostenibilità dell'offerta.

Una spiegazione di questo accadimento si può rinvenire nella struttura delle "gare a consumo", in cui la stazione appaltante - non potendo prevedere *ex ante* con esattezza i quantitativi necessari -, li forfettizza in un importo massimo, magari basandosi sul "consumo storico". Sovente, nelle gare di che trattasi, si prevede un'attività minima continuativa compensata con un canone periodico e predeterminata *a priori*, così cercando di limitare l'alea sui "quantitativi a consumo" e prevedendo per gli stessi un "importo massimo non superabile" che corrisponde ad un certo numero di prestazioni, calcolato dalla stazione appaltante con criterio probabilistico.

## 2. La struttura delle "gare a consumo"

Dal lato degli imprenditori-offerenti il ribasso dell'offerta economica si potrebbe spiegare con diverse motivazioni: economie di scala per i servizi-attrezzature centralizzati (si pensi, ad esempio, alla disponibilità di scorte di magazzino e macchinari, nel caso di appalto per la manutenzione di impianti, oppure ai servizi amministrativi e quelli di formazione per la sicurezza), oppure la conoscenza specifica-storica delle attività da eseguirsi, che consente una verosimile quantificazione delle stesse, tale da poter dare concretezza e razionalità

all'offerta economica.

In tale contesto, soprattutto in presenza di un affidamento compensato in parte con un canone periodico, l'impresa concorrente riesce a massimizzare le risorse a disposizione, contenendo i costi e "diluendoli" nell'arco dell'intera durata dell'appalto.

Ma, tra la "spiegazione" e la vera e propria "giustificazione" dell'anomalia, spesso si pone alle stazioni appaltanti il concreto problema su quali criteri di verifica adottare nel caso in cui le prestazioni da affidarsi siano indefinibili quantitativamente: in questi casi, dunque, è possibile utilizzare i criteri usuali, in particolare per la "voce di spesa" solitamente più cospicua verifica, cioè i costi del personale?

In altri termini, ci si chiede se sia possibile e razionale "ricostruire" i costi e margini imprenditoriali di un'offerta economica, laddove tale offerta si riferisce a prestazioni che implicano un impegno non quantificabile *ex ante*, proprio in quanto - per loro stessa natura - sono "a chiamata", o comunque non quantificabili *a priori*. Più propriamente, quindi, in questi casi l'appaltatore fornisce la sua "disponibilità" ad eseguire un "quantitativo massimo", fermo restando che tale quantitativo potrà non essere mai raggiunto.

Se si assume a paradigma un servizio di manutenzione e riparazione, quindi un servizio che per sua natura è "a chiamata", si può ben immaginare che esso sia caratterizzato da una componente di alta specializzazione (con correlati costi per l'adeguata formazione nell'ambito della sicurezza), da un *plafond* di scorte di magazzino e mezzi d'opera abbastanza nutrito da risultare efficiente e, non ultimo, dalla reperibilità "h24".

Su tali variabili, di norma, viene strutturata l'offerta tecnica: quest'ultima, quindi, implica l'attribuzione di maggiori premialità ai candidati che offrono servizi, complessivamente più efficienti e - siccome le componenti minime sono uguali per tutti - alla fine la competizione per il punteggio tecnico finisce per concentrarsi più sugli aspetti dell'organizzazione del personale, cioè su squadre o servizi aggiuntivi (per esempio, la riparazione-pronto intervento in tempi ristrettissimi) che implicano la disponibilità di un numero più elevato di lavoratori.

Se a tale struttura della gara – e dell’offerta tecnica – si aggiunge la competizione sull’offerta economica, praticando ribassi sensibili, allora si rischia di non poter giustificare i costi – in special modo, quello del personale – ed i margini imprenditoriali di guadagno, rapportati all’ammontare massimo delle prestazioni richieste.

La verifica dell’anomalia, soprattutto in questi casi, deve tenere conto di tutte le variabili dell’offerta tecnica: i costi per le attrezzature e macchinari, i costi per la maggiore organizzazione, i costi del personale - tenuto conto del livello di specializzazione -, i costi imprenditoriali fissi (amministrativi, assicurativi, ecc.) e la procedura di valutazione dell’offerta anomala deve darne puntuale contezza, rapportandoli all’offerta economica, per poter verificare la sostenibilità e l’attendibilità di quest’ultima.

In pratica, però, si potrebbe verificare il caso in cui, “a conti fatti”, l’offerta risulti insostenibile e, come tale, deve essere esclusa dal confronto concorrenziale.

Ciò, nella maggior parte dei casi è dovuto all’effetto dell’eccessivo ribasso, che erode i costi del personale, sino ad annullare ogni margine di guadagno – in mancanza del quale l’offerta non è sostenibile -.

Nodale, ai fini della verifica, è la stima - seppur “precognitiva” - che la stazione appaltante fa dei costi del personale e, più in generale, delle attività “a consumo”: in mancanza di tale parametro, infatti, il procedimento di verifica rischia di risolversi in una sorta di monologo, in cui l’aggiudicatario-imprenditore offre giustificazioni e cifre che il committente non può concretamente rielaborare, né valutare.

Il TAR, Toscana, Sez. II, con la recente sentenza 1° febbraio 2019, n. 165 ha ricordato, infatti, il principio generale: *“da un lato, la stazione appaltante sia obbligata a scrutinare la correttezza delle offerte dei concorrenti sotto il profilo della congruità del costo della manodopera e, dall’altro, che tale fase procedimentale prescinde tanto dall’anomalia dell’offerta quanto dalla necessità di attivare un contraddittorio con l’impresa.”*

La principale preoccupazione della stazione appaltante, quindi, in questi casi, è quella di

rendere trasparente il criterio di misurazione delle attività a consumo – ovvero l’ammontare massimo delle stesse –, affinché anche il contratto di appalto che verrà stipulato a valle della gara possa avere un oggetto che – mutuando la dizione dell’art. 1346 cod. civ. – “determinato o determinabile” sotto il profilo quantitativo.

In tal senso, ben riassume il principio il TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, con la sentenza 14 marzo 2018, n. 241, ove si afferma: *“anche in vigenza del d.lgs. n. 50/2016, come richiesto dal suo art. 30, co. 1, le stazioni appaltanti devono garantire la qualità delle prestazioni, non soltanto nella fase di scelta del contraente, ma anche in quella di predisposizione dei parametri della gara, attraverso un’attività istruttoria approfondita ed adeguata, sin dalla fase di determinazione del prezzo a base d’asta.”*

### 3. I costi del personale: la teoria dei “costi medi”

A questo punto, si impone una breve digressione in ordine alla modalità di calcolo dei costi del personale, non potendosi risolvere tale operazione in una piana moltiplicazione costo orario/ore lavorate.

Il personale, infatti, nei contratti “a consumo” e “a chiamata” è praticamente “a disposizione” delle esigenze della stazione appaltante per eseguire tutte le attività necessarie nell’arco della durata del contratto e nei limiti del plafond massimo. Tuttavia, sarebbe erroneo considerare che tale “messa in disponibilità” occupi l’intero periodo lavorativo annuale, giacché un simile “monte orario” sarebbe irrealistico in quanto non tiene conto di periodi di “sospensione legale” dell’attività lavorativa (ad esempio, ferie, corsi di aggiornamento per la sicurezza, ecc.).

La giurisprudenza, così, ha elaborato un concetto più pragmatico: quello delle “ore mediamente lavorate”.

A tale concetto è tenuta a rapportarsi la verifica dell’anomalia per quanto riguarda la valutazione dei costi del personale. Precisamente, il Consiglio di Stato, Sez. V, con la decisione 12 giugno 2017, n. 2815 afferma: *“Per il costo orario del personale da dimostrare in sede di verifica dell’anomalia*

*dell'offerta non va assunto a criterio di calcolo il "monte-ore teorico", comprensivo cioè anche delle ore medie annue non lavorate (per ferie, festività, assemblee, studio, malattia, formazione, etc.) di un lavoratore che presti servizio per tutte l'anno, ma va considerato il "costo reale" (o costo ore lavorate effettive, comprensive dei costi delle sostituzioni). Il costo tabellare medio, infatti, è indicativo di quello "effettivo", che include i costi delle sostituzioni cui il datore di lavoro deve provvedere per ferie, malattie e tutte le altre cause di legittima assenza dal servizio (vds.: Consiglio di Stato, Sez. III, 02.03.2017 n. 974, 02.03.2015 n. 1020, 13.12.2013 n. 5984).*

Anche nell'esaminare il dato relativo alle "ore mediamente lavorate", tuttavia, non si può attuare un mero calcolo matematico ore mediamente lavorate/costo orario, ma occorre valutare in concreto se le ore mediamente lavorate siano sufficienti a garantire il servizio oggetto di appalto, con le caratteristiche indicate nell'offerta tecnica. Può accadere, infatti, che i "costi medi" indicati dall'appaltatore siano coerenti con l'offerta economica da esso predisposta e che tale offerta non risulti anomala: tuttavia, questo effetto *compliant* potrebbe celare una sottostima del personale necessario ad eseguire le prestazioni appaltate.

In tal senso, il TAR Campania, Napoli, Sez. V, 11 luglio 2018, n. 4600, ha osservato: "come noto le tabelle ministeriali prevedono: un monte ore teorico; un monte ore mediamente lavorato. Detto monte ore rappresenta un "divisore" sulla retribuzione media annua, sicché maggiore è il numero di ore, minore sarà il quoziente, ovvero il costo medio orario derivante, e conseguentemente sarà più agevole giustificare una offerta sospetta di anomalia. Aumentando le ore, tuttavia, non si garantisce la copertura economica per evenienze imprevedibili quali malattie, congedi ed ulteriori fattispecie da retribuirsi, evenienze che non rientrano nella disponibilità dell'impresa e non sono da essa governabili/prevedibili."

Da ultimo, la verifica del costo del personale, in sede di valutazione dell'anomalia, non può prescindere dall'analisi del Contratto Collettivo applicabile.

Sul punto, è d'uopo segnalare la decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 1° marzo 2017, n.

932 che - in ordine alla possibilità o meno per l'appaltatore di scegliere il CCNL da applicare al personale dipendente e, in particolare, sulla verifica del CCNL applicato, qualora sia indicato un costo del personale legato ad un CCNL diverso da quello impiegato da altre imprese concorrenti - afferma: *"nel settore degli appalti pubblici, è demandato all'imprenditore e, di conseguenza, alla libertà contrattuale delle parti, la scelta del contratto collettivo da applicare, a condizione che risulti coerente con l'oggetto dell'appalto stesso. ... Non è da considerarsi anomala l'offerta, quando la stessa è riconducibile al minor costo del lavoro per il contratto da essa applicato al proprio personale rispetto a quello applicato da altra impresa se, nella lex specialis di gara, si richiede l'indicazione non di un contratto specifico ma - come, nel caso di specie, per i lavoratori diversi da quelli riassorbiti - semplicemente di quale sia il contratto applicato e, peraltro, le mansioni richieste per l'esecuzione del servizio sono riconducibili a più figure professionali, inquadrabili anche nelle previsioni di diverse tipologie contrattuali vds. Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2010, n. 1754)".*

Partendo da queste basi ed ampliandone la portata, il parere del 18 maggio 2018, n. 9356, emesso dal Servizio consulenza Regione Friuli Venezia Giulia, con riferimento alle specifiche tematiche del costo del lavoro e della congruità dell'offerta economica, recita: *"secondo la giurisprudenza prevalente, poiché le tabelle ministeriali riportano un costo del lavoro medio, ricostruito su basi statistiche, i valori ivi contenuti (eccezion fatta per i "minimi salariali retributivi" o "trattamenti salariali minimi", inderogabili ex lege ai sensi dell'art. 97, commi 5 e 6, del d.lgs. 50/2016) rappresentano solo un parametro di congruità dell'offerta e non un limite inderogabile, e come tali sono suscettibili di scostamento, in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali evidenziando una particolare organizzazione in grado di giustificare la sostenibilità di costi inferiori".*

Tale parere, così come l'evoluzione giurisprudenziale che è seguita sull'argomento, portano, quindi, sempre alla necessaria conclusione che la verifica dell'anomalia - per quanto concerne l'aspetto dei costi del personale -, deve essere svolta "in concreto" ed alla luce dei parametri qualitativi ed organizzativi delle prestazioni, indicati nell'offerta tecnica, che - a loro volta - devono conciliarsi con i costi del lavoro indicati nelle tabelle ministeriali

e con l'inquadramento corretto dei lavoratori impegnati nella commessa, nel CCNL di categoria.

#### **4. Due esempi recenti nella prassi ANAC: la Delibera n. 78 del 29 gennaio 2020 e la Delibera n. 40 del 15 gennaio 2020**

Con la Delibera n. 78 del 29 gennaio 2020 l'ANAC si è pronunciata sul caso di una gara per l'affidamento e la manutenzione centralizzata "a consumo" delle postazioni di lavoro e dei server, di un'Azienda ospedaliera romana. Nell'ambito di tale procedura, la concorrente seconda graduata aveva contestato l'esito positivo del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dall'aggiudicataria.

In particolare, *"i quesiti sollevati dall'istante, sono afferenti, i primi due, alla possibilità di ritenere congrua un'offerta che preveda un servizio aggiuntivo (cd. Supporto di III livello), espressamente valorizzato dalla commissione di gara in sede di attribuzione del punteggio tecnico, i cui costi, compresi quelli del personale, non siano stati neppure in parte giustificati nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia; l'istante contesta, poi, l'errato inquadramento professionale del personale indicato per l'espletamento del servizio ed in particolare del Service Desk Agent: invero, detta figura, prevista nel precedente contratto collettivo e non riprodotta in quello attualmente vigente, troverebbe un omologo nello User Support che, tuttavia, ha diritto ad una retribuzione annua lorda più elevata di quella prevista in precedenza per il Service Desk Agent, con conseguente sottostima dei costi della manodopera da parte dell'aggiudicatario;"*.

A fronte di tali puntuali contestazioni, l'Autorità preliminarmente ricorda: *"le valutazioni dell'Amministrazione in ordine agli elementi e alla congruità della offerta sono espressione di un apprezzamento di natura tecnico-discrezionale e possono essere sindacate solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto (Consiglio di Stato, sez. V, 30 marzo 2017, n.1465; in tal senso, anche ANAC parere n. 84 del 10 aprile 2014, delibera n. 438 del 27 aprile 2017, n. 488 del 3 maggio 2017 e n. 672 del 14 giugno 2017); ... la Stazione appaltante, con nota ... ha rappresentato che "il costo relativo al servizio qualificato Supporto di III livello è stato*

*valorizzato all'interno dei costi indiretti, come specificato nei giustificativi prodotti (par.2.3). All'interno di questo importo sono stati valorizzati trasversalmente i servizi accessori, proposti in gara, che l'operatore economico, come esplicitato nella relazione di giustificazione, offre a tutti i suoi clienti in modalità standard e non esclusivamente a favore dell'Azienda Ospedaliera ..."*.

Nel caso in esame, però, la stazione appaltante – pur in presenza di un appalto di servizi di manutenzione "a consumo" - ha comunque parametrato le proprie esigenze rispetto ai "costi storici" del servizio e, inoltre, ha anche indicato e stimato correttamente le professionalità coinvolte: di conseguenza, il giudizio sulla possibile anomalia si è svolto secondo le indicazioni sin qui commentate, tenendo conto puntualmente dei parametri contrattuali e delle peculiarità del servizio così come indicate nell'offerta tecnica - e con motivazione immune da vizi di illogicità -. Pertanto, l'Autorità rileva che: *"sulla base della documentazione versata in atti, la questione relativa alla sottostima dei costi della manodopera - per aver l'aggiudicatario indicato una figura professionale non prevista nel vigente contratto collettivo ed equiparabile, per competenze e mansioni, ad altra figura avente diritto, tuttavia, ad una retribuzione annua lorda più alta - appare destituita di fondamento atteso che l'aggiudicataria ha chiaramente mostrato di sostenere costi annui legati alle retribuzioni dei propri dipendenti superiori a quelli minimi derivanti dal contratto collettivo utilizzato per i livelli di inquadramento e, con particolare riferimento alla figura del Service Desk Agent, la retribuzione annua indicata dalla HD Solution S.r.l. risulta superiore a quella indicata dall'istante per l'analoga figura dello User Support."*. Inoltre, *"sulla scorta dei chiarimenti forniti dall'Amministrazione e di quanto evidenziato in merito alla lamentata sottostima dei costi della manodopera, si ritiene che il giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dall'aggiudicataria non appare affetto da alcun macroscopico errore di fatto né da manifesta irragionevolezza, avendo l'operatore economico fornito giustificazioni economiche di tutti i costi connessi ai servizi offerti."*.

In conclusione, l'ANAC ha ritenuto *"che la valutazione di congruità dell'offerta tecnica presentata dall'aggiudicataria non sia viziata da illogicità, irrazionalità e irragionevolezza."*.

Simmetrico nella puntualità dell'analisi – ma con esito opposto al precedente, e per certi versi paradigmatico – è il caso esaminato dall'ANAC con la Delibera n. 40/2020, con il quale è stato nuovamente affrontato il tema, della valutazione dell'anomalia che si concentra sui costi del personale.

Nel caso esaminato dall'Autorità, in questo caso entra in gioco il "fattore tempo": infatti, l'offerta dell'aggiudicatario era risultata particolarmente competitiva in quanto l'imprenditore aveva dichiarato di poter eseguire i lavori di manutenzione oggetto della gara in tempi assai ristretti e, di conseguenza, abbattendo i costi del personale proprio in funzione del minor tempo impegnato nella commessa.

La Delibera esordisce con una premessa che suona come un monito e riassume il ragionamento dell'Autorità: *"la verifica della congruità del costo della manodopera è estesa a tutti i fattori che concorrono al calcolo del costo complessivo offerto, che devono risultare giustificati e sostenibili, e può limitarsi alla verifica del rispetto delle tabelle ministeriali solo se le altre variabili risultano immutate rispetto alle stime effettuate in sede di predisposizione della documentazione a base di gara. Nel caso in cui il monte ore di alcune lavorazioni risulti ridotto in modo significativo rispetto alle stime dell'amministrazione, l'aggiudicatario ha l'onere di indicare alla stazione appaltante gli strumenti concreti (particolari metodologie di esecuzione o altri accorgimenti) di cui intende avvalersi e che possono giustificare una simile contrazione dei tempi di lavorazione."*

Quanto al caso in esame, l'ANAC ricorda che un operatore economico aveva contestato l'esito della verifica del costo della manodopera (e la conseguente aggiudicazione), effettuata dalla stazione appaltante nei confronti del concorrente primo classificato in una gara per la manutenzione di beni immobili cimiteriali: *"in particolare, l'istante ha evidenziato come la stazione appaltante si sia limitata a prendere atto della dichiarazione dell'operatore economico del rispetto dei livelli retributivi previsti dalle tabelle ministeriali senza approfondire la sostenibilità dell'offerta a fronte della significativa riduzione dei tempi di esecuzione di alcune lavorazioni rispetto a quelli stimati nella documentazione a base di gara."* Invece - come sembra sostenere anche l'Autorità - *"ad avviso dell'istante, la verifica del costo della*

*manodopera dovrebbe essere condotta valutando i due fattori che concorrono alla determinazione del costo complessivo della manodopera (i livelli salariali applicati e i tempi di esecuzione delle singole lavorazioni) in concreto, ovvero, in caso di riduzione dei tempi, attraverso l'analisi degli strumenti (attrezzature, tecniche peculiari o altri specifici accorgimenti) di cui l'operatore economico intende avvalersi, e che ha l'onere di indicare, per abbreviare i tempi di realizzazione."*

L'aggiudicatario ha replicato con una memoria *"nella quale ha evidenziato come la verifica della congruità del costo della manodopera ai sensi del combinato disposto degli artt. 95, comma 10 e 97, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 50/2016 si distingue ontologicamente dalla verifica di congruità dell'offerta, dovendo essere condotta comunque, prima dell'aggiudicazione, nei confronti di tutte le offerte prime graduate, con riferimento esclusivamente alla congruità del costo della manodopera (e non dell'offerta nel suo complesso). Inoltre, ad avviso dell'aggiudicatario, la circostanza che, nel caso in esame, il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso, esclude che il tempo di esecuzione abbia formato oggetto di specifica offerta da parte dei concorrenti e che, dunque, possa essere oggetto di sindacato da parte della stazione appaltante, venendo in rilievo solo la componente economica del ribasso."* Nel merito, l'Autorità *"rileva che l'operatore economico ... ha formulato un'offerta di 441.615,21 euro, di cui 180.000,00 euro per la manodopera (rispetto alla base d'asta pari a 655.050,23 euro, di cui 255.980,59 euro per la manodopera), corrispondente a un ribasso percentuale del 32,583 % e si è classificato al primo posto della graduatoria al netto delle offerte anormalmente basse (soglia di anomalia pari a 38,3415% di ribasso). La stazione appaltante ha avviato la verifica di cui all'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016. Ha inizialmente rappresentato all'impresa di avere proceduto alla verifica delle schede di analisi dei prezzi offerti limitatamente al costo della manodopera, nonostante la documentazione prodotta non recasse alcuna analisi in questo senso, «riscontrando che i tempi di esecuzione di varie lavorazioni risultano esigui per la tipologia delle stesse» e ha invitato l'operatore economico a trasmettere «puntuale giustificazione dei costi della manodopera dichiarati in sede di offerta» (nota del 10 settembre 2019). Nel successivo verbale di valutazione delle giustificazioni dell'offerta (del 18*

settembre 2019), constatata l'applicazione delle tabelle ministeriali, la Commissione ha certificato l'ottemperanza a quanto richiesto ai sensi dell'art. 95, comma 10, «fermo restando la perplessità circa i tempi di esecuzione di alcune lavorazioni».». Apparentemente, dunque, la procedura di verifica si è svolta secondo le previsioni di cui all'art. 97 d.lgs. n. 50/2016: rispettando il contraddittorio, infatti, la stazione appaltante ha acquisito i giustificativi predisposti dall'aggiudicatario, dai quali si evinceva sia il rispetto delle modalità esecutive-organizzative indicate nell'offerta tecnica, sia la coerenza dell'offerta economica con i costi dell'appaltatore, in particolare i costi del personale come indicati nelle tabelle ministeriali; dal computo complessivo, risultava che l'offerta presentata era anche sostenibile, in quanto consentiva all'imprenditore di acquisire anche un margine di profitto.

Di fronte a questa triplice concordanza, le "perplessità" della stazione appaltante non sono state sufficienti a consentire alla stessa di formulare un giudizio negativo sull'offerta anomala e, quindi, la procedura si è risolta con una verifica positiva che ha consentito di aggiudicare la gara all'appaltatore.

Ma l'Autorità, muovendo proprio dai dubbi della stazione appaltante, approfondisce il ragionamento ed osserva: "la previsione dell'art. 95, comma 10, in combinato disposto con l'art. 97, comma 5, lett. d), è volta a garantire che negli appalti pubblici il lavoro sia adeguatamente remunerato. Al fine di consentire la verifica da parte dell'amministrazione, l'operatore economico è tenuto ad indicare il costo complessivo della manodopera (cfr. Relazione illustrativa Bando-tipo n. 1), calcolato tenendo conto delle tariffe professionali (avuto come parametro di riferimento le tabelle ministeriali) e del monte ore stimato per l'esecuzione dell'appalto, a sua volta dipendente dalla quantità di risorse, dal livello di inquadramento e dal tempo di utilizzo delle stesse. Nel caso in esame, correttamente, l'appaltatore, nel documento "Analisi prezzi", ha stimato, per ogni lavorazione, il numero di risorse da impiegare, indicando, per ciascuna, il livello di inquadramento e la "quantità", ovvero il tempo di lavorazione, espresso in ore o frazioni di ore, ottenendo il costo complessivo del lavoro, per unità di misura, di ogni tipologia di lavorazione. Ne consegue che la verifica della congruità del costo della manodopera è estesa a tutti i fattori

che concorrono al calcolo del costo complessivo, che devono risultare giustificati e sostenibili, e può limitarsi alla verifica del rispetto delle tabelle ministeriali solo se le altre variabili risultano immutate rispetto alle stime effettuate in sede di predisposizione della documentazione a base di gara.

*Nel caso di specie, il monte ore di alcune lavorazioni risulta ridotto rispetto alle stime dell'amministrazione, in modo apparentemente significativo, e l'aggiudicatario non ha indicato alla stazione appaltante gli strumenti concreti (particolari metodologie di esecuzione o altri accorgimenti) di cui intende avvalersi e che possono giustificare una simile contrazione delle tempistiche, tanto da indurre la stazione appaltante ad esprimere perplessità sulla questione anche nel verbale in cui viene sancito il rispetto delle tabelle ministeriali.*"

In conclusione, quindi, la verifica dell'anomalia effettuata dalla stazione appaltante mostra il suo lato fallace, palesandosi come il risultato di un'indagine meramente formale ed astratta – quindi non idonea a verificare l'effettivo ammontare dei costi e, quindi, la presenza di un'offerta anomala. "Pertanto, l'operatore economico, pur avendo giustificato il rispetto dei minimi salariali, non può ritenersi avere giustificato il costo della manodopera dichiarato in sede di offerta (Cfr., in termini, TAR Lombardia, 13 marzo 2019, n. 544). Va da sé che la sensibile riduzione dei tempi di esecuzione di alcune lavorazioni, se non opportunamente supportata da concrete soluzioni/metodologie esecutive, determina il plausibile rischio che le risorse ricevano, nei fatti, una retribuzione inferiore a quella delle tabelle ministeriali, perché rapportata ad un numero di ore effettivamente lavorate superiore a quelle stimate e offerte. A chiusura, occorre altresì considerare che la mancata giustificazione dei tempi ridotti di esecuzione si ripercuote sulla sostenibilità dell'offerta nel suo complesso, che l'amministrazione può in ogni caso valutare, indipendentemente dal calcolo della soglia di anomalia, a fronte di elementi specifici che ne mettano in dubbio la congruità (art. 97, comma 6, d.lgs. n. 50/2016).".

L'Autorità, quindi, "stante la significativa riduzione dei tempi di esecuzione di alcune lavorazioni, ritiene inidonea a giustificare il costo della manodopera stimato nell'offerta la sola dichiarazione del

*rispetto dei livelli retributivi minimi di cui alle tabelle ministeriali”.*

Dunque, se nella Delibera n. 78/2020 l’Autorità ha reputato completo e razionale il percorso argomentativo della stazione appaltante – in quanto motivato da un puntuale riscontro con l’offerta tecnica e le tabelle ministeriali -, viceversa le motivazioni esaminate con la Delibera n. 40/2020 sono state ritenute troppo “astratte” per poter validamente rappresentare una “valutazione in concreto” sull’anomalia dell’offerta.

L’ANAC, quindi, incamminandosi nel medesimo sentiero tracciato dalla giurisprudenza, ribadisce con la Delibera n. 48 DEL 22 gennaio 2020 (in materia di servizi di trasporto pubblico locale in cui l’aggiudicatario aveva offerto un prezzo molto al di sotto della tariffa regionale e, pertanto, era stato sottoposto a verifica dell’anomalia) che: *“con riferimento alla legittimità della verifica di congruità dell’offerta, ai sensi dell’art. 97, d.lgs. 50/2016, l’Autorità può formulare un parere entro i limiti ammessi rispetto alla valutazione tecnico-discrezionale di anomalia compiuta dalla*

*commissione di gara, non potendosi sostituire alla stessa nello svolgimento della valutazione, in linea con le indicazioni espresse sul sindacato giurisdizionale dalla giurisprudenza amministrativa. Ai fini di una valutazione favorevole al giudizio di non anomalia, è sufficiente una motivazione che appaia non irragionevole e che dia conto del sub-procedimento svolto e dei chiarimenti offerti dalla società aggiudicataria, laddove non emergano elementi che possano far ritenere illogico o irragionevole il percorso argomentativo svolto dalla commissione di gara come si evince dai verbali.”.*

L’Autorità – così come la giurisprudenza più recente (vds. la recentissima sentenza del TAR Lazio, Roma, Sez. II Bis, 20 gennaio 2020, n. 736) -, conferma dunque che in presenza di evidenti elementi di irrazionalità, la prassi o il giudice possono entrare nel merito e valutare *funditus* se esistano gli elementi distintivi dell’anomalia. Diversamente, ove la verifica della stazione appaltante sia documentata adeguatamente e coerente con le tabelle ministeriali ed i contenuti dell’offerta tecnica, essa è immune da vizi e, quindi non sindacabile.

# Le fonti del diritto nell'ordinamento con riferimento al rapporto intercorrente tra le norme interne che regolano la materia degli appalti e le direttive comunitarie.

## La risoluzione di alcune antinomie. Le finalità delle disposizioni comunitarie al fine dell'applicazione comune di principi in materia di appalti

di Beatrice Corradi

IL  
PUN  
TO

### 1. Il diritto UE: effetti sulle disposizioni legislative dei suoi Stati membri

L'ordinamento giuridico interno opera tenendo conto della peculiarità della presenza delle fonti del diritto dell'Unione europea la quale dispone di personalità giuridica e di un proprio ordinamento giuridico. Il diritto UE ha un effetto diretto ed indiretto sulle disposizioni legislative dei suoi Stati membri, entrando a far parte del sistema giuridico di ciascuno Stato membro e costituendo fonte di diritto. L'ordinamento giuridico dell'Unione Europea è normalmente suddiviso in diritto primario (trattati e principi generali del diritto), diritto derivato (sulla base dei trattati) e diritto complementare.

Per esercitare le competenze dell'Unione le istituzioni adottano regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri.

Il regolamento ha portata generale, è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi da conseguire.

La decisione invece è obbligatoria in tutti i suoi elementi e se individua i destinatari è obbligatoria nei confronti di questi. Le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti. (Articolo 288 del TCE).

La direttiva, nell'ambito del diritto dell'Unione europea, è una delle fonti del diritto dell'Unione europea dotata di efficacia vincolante, è adottata congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell'Unione europea per il raggiungimento degli scopi previsti dai Trattati, perseguendo un obiettivo di armonizzazione delle normative degli Stati Membri.

Obiettivo principale della direttiva non è, come per il regolamento, l'unificazione del diritto, bensì, in individuati settori ed al fine di applicare i medesimi principi, il ravvicinamento delle legislazioni all'interno dell'Unione europea.

## 2. Gli appalti pubblici e le finalità delle fonti normative interne e UE

Il diritto dei contratti pubblici è costituito da norme di fonte sovranazionale, statale e infrastatale, da norme di diritto pubblico e di diritto privato.

La prima norma che nel nostro ordinamento si è occupata degli appalti risale al R.D. n. 2440/1923, recante <<Nuove disposizioni sul l'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato>>, e il relativo regolamento di attuazione, il R.D. n. 827/1924, nonché, con specifico riferimento ai contratti di appalto di opere pubbliche, l'all. F alla l. n. 2248/1865.

Nei decenni sono intervenute molte altre normative speciali o di settore e la ratio delle fonti ha sempre mirato a garantire la corretta gestione delle risorse

pubbliche ed il rispetto dei principi di legalità e di imparzialità della p.a. Le norme europee in materia di appalti pubblici sono state adottate alla fine degli anni Settanta con le prime direttive europee in materia: la *ratio* delle fonti di origine europea è stata quella di tendere al raggiungimento della promozione e della tutela della concorrenza.

Il diritto comunitario è intervenuto a disciplinare la materia dei contratti pubblici a partire dagli anni Settanta tenuto conto che i contratti pubblici impegnano risorse per un ammontare di oltre il 16% del prodotto interno lordo dell'Unione Europea ed in

considerazione del fatto che l'attività negoziale della P.A. incide sulle libertà fondamentali tutelate dal Trattato dell'Unione europea: sulla libertà di circolazione delle merci; sulla libertà delle prestazioni; sulla libertà di circolazione dei servizi; sulla libertà di stabilimento.

L'obiettivo della politica comunitaria in tema di appalti pubblici è sempre stato quello di predisporre le condizioni di concorrenza necessarie al fine di non creare situazioni di discriminazione, per pervenire ad un utilizzo razionale del denaro pubblico, per rendere accessibile agli operatori economici un mercato unico in condizioni di parità con le altre imprese provenienti dal medesimo Stato cui appartiene la stazione appaltante. L'applicazione dei principi comunitari al mercato interno, secondo un orientamento consolidato dell'UE, garantisce una migliore allocazione delle risorse economiche e un utilizzo più razionale dei fondi pubblici

e permette agli enti pubblici di ottenere prodotti e servizi della migliore qualità disponibile al prezzo

**L'ordinamento giuridico interno opera tenendo conto della peculiarità della presenza delle fonti del diritto dell'Unione europea la quale dispone di personalità giuridica e del proprio ordinamento giuridico. Il diritto UE ha un effetto diretto ed indiretto sulle disposizioni legislative dei suoi Stati membri, entrando a far parte del sistema giuridico di ciascuno Stato membro e costituendo fonte di diritto**



**La ratio delle fonti interne ha sempre mirato a garantire la corretta gestione delle risorse pubbliche ed il rispetto dei principi di legalità e di imparzialità della p.a. La ratio delle fonti di origine europea è stata quella di tendere al raggiungimento della promozione e della tutela della concorrenza**



più vantaggioso, incentivando la competitività delle imprese europee e rafforzando il rispetto dei principi di trasparenza, parità di trattamento ed efficienza, riducendo così i rischi di frode e di corruzione.

### **3. Le norme comunitarie e la disciplina degli appalti, la valutazione dei rapporti tra le norme interne e dell'Unione europea in caso di contrasto. La disapplicazione**

L'Unione europea si è dotata di una legislazione volta a coordinare le regole nazionali, imponendo obblighi che riguardano, *in primis*, la pubblicità dei bandi di gara e criteri imparziali per l'esame delle candidature.

Negli anni l'Unione europea ha deciso di semplificare e coordinare la normativa in materia di appalti pubblici e ha adottato a tal fine quattro direttive. Tre di queste direttive sono state accorpate, a fini di chiarezza e semplificazione, nella direttiva 2004/18/CE relativa agli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi e nella direttiva 2004/17/CE relativa ai settori di acqua, energia, servizi di trasporto e servizi postali. Con la direttiva 2009/81/CE sono state introdotte disposizioni specifiche per gli appalti nel settore della difesa, allo scopo di facilitare l'accesso ai mercati della difesa degli altri Stati membri.

L'introduzione delle norme comunitarie hanno quindi profondamente modificato la configurazione del diritto nazionale e la disciplina degli appalti pubblici è sottoposta quindi alle norme di due ordinamenti differenti.

I rapporti tra norme di fonte comunitaria e norme di fonte nazionale vanno valutati, da parte delle singole amministrazioni, sulla base del principio, costantemente affermato dalla Corte di giustizia, di prevalenza delle prime sulle seconde. Per tale ragione non va tenuto conto della norma nazionale in contrasto con le norme dell'Unione (c.d. Disapplicazione) e delle prime va fornita

una lettura costituzionalmente orientata al fine di rendere applicabile in concreto e non solo in teoria il principio o la regola comunitaria (c.d. Effetti utile). A fronte di ciò tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili" con quelle europee direttamente applicabili. Numerosissime sono le sentenze che hanno progressivamente contribuito a definire gli assetti attuali, come descritti.

Inizialmente con la sentenza n. 14 del 1964, la Corte Costituzionale aveva ritenuto che gli atti comunitari immessi nel nostro ordinamento dovevano essere valutati in base al criterio cronologico della successione delle leggi nel tempo e, quindi, considerati abrogabili da leggi interne posteriori. Successivamente nel caso di conflitto le leggi interne sarebbero dovute essere impugnate davanti alla Corte costituzionale per un vaglio di legittimità (cfr. sent. n. 232 del 1975). La terza fase della giurisprudenza costituzionale ha invece

confermato l'impostazione della nostra Corte con quella della Corte di Giustizia ed è tuttora valida. Infatti, a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, è stato valorizzato il primato del diritto comunitario, che si afferma attraverso il potere-dovere del giudice comune di disapplicare le norme interne in contrasto con regolamenti comunitari (o con altre norme

comunitarie direttamente applicabili), senza bisogno di sollevare questione di costituzionalità sulle prime.

La Corte è andata poi oltre definendo che non spetta soltanto al giudice disapplicare la normativa interna con tali atti incompatibile, ma anche alla pubblica amministrazione (sent. n. 389 del 1989), con riferimento quindi anche agli organi amministrativi.

In particolare già da alcuni decenni, la Corte ha affermato nella sentenza n. 170 del 1984 e in altre successive, <<il riconoscimento dell'ordinamento comunitario e di quello nazionale come ordinamenti reciprocamente autonomi, ma tra loro coordinati e comunicanti, porta a considerare l'immissione

**L'introduzione delle norme comunitarie hanno quindi profondamente modificato la configurazione del diritto nazionale e la disciplina degli appalti pubblici è sottoposta quindi alle norme di due ordinamenti differenti**



*diretta nell'ordinamento interno delle norme comunitarie immediatamente applicabili come la conseguenza del riconoscimento della loro derivazione da una fonte (esterna) a competenza riservata, la cui giustificazione costituzionale va imputata all'art. 11 della Costituzione e al conseguente particolare valore giuridico attribuito al Trattato istitutivo delle Comunità europee e agli atti a questo equiparati. Ciò significa che, mentre gli atti idonei a porre quelle norme conservano il trattamento giuridico o il regime ad essi assicurato dall'ordinamento comunitario - nel senso che sono assoggettati alle regole di produzione normativa, di interpretazione, di abrogazione, di caducazione e di invalidazione proprie di quell'ordinamento-, al contrario le norme da essi prodotte operano direttamente nell'ordinamento interno come norme investite di < forza o valore di legge >, vale a dire come norme che, nei limiti delle competenze e nell'ambito degli scopi propri degli organi di produzione normativa della Comunità, hanno un rango primario >>.*

Da ciò deriva che, nel campo riservato alla loro competenza, le norme comunitarie direttamente applicabili prevalgono rispetto alle norme nazionali, anche se di rango legislativo, senza tuttavia produrre, nel caso che queste ultime siano incompatibili con esse, effetti estintivi. L'eventuale conflitto fra il diritto comunitario direttamente applicabile e quello interno, produce un effetto di disapplicazione delle disposizioni interne, seppure nei limiti di tempo e nell'ambito materiale entro cui le competenze comunitarie sono legittimate a svolgersi.

Tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi - sono giuridicamente

tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme stabilite dagli artt. 52 e 59 del Trattato C.E.E. nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea.

La disapplicazione, quale modo di risoluzione delle antinomie normative, presuppone la contemporanea vigenza delle norme reciprocamente contrastanti, non producendo alcun effetto sull'esistenza o meno delle stesse.

Gli Stati membri è necessario che apportino le modificazioni o abrogazioni del proprio diritto interno al fine di depurarlo da eventuali incompatibilità o disarmonie con le prevalenti norme comunitarie. Tale esigenza si collega al principio della certezza del diritto, sul piano comunitario, invece, rappresenta una garanzia così essenziale al principio della prevalenza del proprio diritto su quelli nazionali da costituire l'oggetto di un preciso obbligo per gli Stati membri (v., in tal senso, Corte di giustizia delle Comunità europee: sent. 25 ottobre 1979, in causa 159/78; sent. 15 ottobre 1986, in causa 168/85; sent. 2 marzo 1988, in causa 104/86).

La Corte costituzionale ha quindi accettato le conclusioni del giudice europeo sulla diretta applicabilità delle direttive ed estende questa caratteristica alle sentenze interpretative e alle sentenze di condanna della Corte di Giustizia, nonché

alle cd. direttive dettagliate o auto-applicative (sent. n. 168/1991) non soltanto rispetto alla legge ordinaria o ad altri atti aventi forza di legge, ma anche rispetto a norme costituzionali (sent. nn. 399/1987; 126/1996), pur rimanendo fermo il limite del rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili.

**Tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi - sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme stabilite dagli artt. 52 e 59 del Trattato C.E.E. nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea**



#### **4. L'adeguamento delle finalità in materia di appalti della normativa comunitaria in funzione dei valori economici, sociali e da tutelare emergenti**

La normativa comunitaria in materia di appalti pubblici risale agli anni '70 ed è stata più volte aggiornata e modificata. Gli ambiti dell'intervento sovranazionale hanno riguardato, come detto, in particolare: la modifica delle vecchie direttive sui lavori e le forniture, allo scopo di agevolare la partecipazione agli appalti e aumentare la trasparenza; l'introduzione di adeguati mezzi di tutela sia amministrativa che giurisdizionale per garantire l'osservanza delle disposizioni vigenti; l'estensione della disciplina agli appalti pubblici di servizi, di lavori e di forniture nei settori in precedenza esclusi (acqua, telecomunicazioni, energia, trasporti); l'equiparazione di imprese comunitarie e imprese dei Paesi terzi firmatari dell'accordo sugli appalti pubblici concluso nell'ambito dell'Uruguay Round. Il primo intervento comunitario avente carattere unificante la disciplina degli appalti pubblici fu effettuato con le direttive 93/36/CEE (relativa alle forniture nei settori ordinari), 93/37/CEE (relativa ai lavori nei settori ordinari) e 93/38/CE (relativa alle procedure di aggiudicazione nei c.d. settori esclusi). Finalità principale di tali direttive era quello di garantire i principi di pubblicità, trasparenza, imparzialità, apertura del mercato e par condicio, mediante la previsione di norme comuni nell'ambito del mercato europeo.

L'Unione europea ha sviluppato nel tempo una politica economica più organica, consentendo di qualificare il settore dei contratti pubblici come mercato unitario, disciplinato in modo armonico. La Comunità, in tale contesto, ha spostato l'interesse sulla tutela della concorrenza, ritenendo che le stazioni appaltanti dovessero perseguire anche l'interesse del mercato che si pone come corollario della corretta esplicitazione delle regole di gara.

La Commissione europea, pur confermando la validità degli obiettivi generali della politica UE in materia di appalti (promozione di una concorrenza non discriminatoria e lotta alla corruzione), ha inteso perseguire ulteriori obiettivi al fine di semplificare una serie di aspetti della disciplina vigente in materia di appalti pubblici, in particolare per quanto riguarda il campo di applicazione, le procedure, il valore delle soglie, la selezione dei

candidati, la produzione dei documenti relativi alle gare di appalto. Ulteriori interventi sono stati mirati a favorire la creazione di un vero e proprio mercato europeo degli appalti mediante il ricorso obbligatorio agli appalti elettronici; un migliore accesso delle PMI al mercato degli appalti pubblici mediante la riduzione degli oneri e la suddivisione degli appalti in lotti; la previsione di un regime speciale per i servizi sociali; il calcolo del costo del ciclo di vita dei prodotti o dei servizi oggetto dell'appalto ai fini della sua aggiudicazione; le modifiche dell'appalto in corso di esecuzione; l'uso strategico degli appalti, prestando maggiore attenzione ai vincoli sociali ed ambientali, al tema della tutela della sicurezza e del lavoro.

#### **5. Alcune sentenze della Corte di Giustizia che evidenziano l'orientamento recente della Unione Europea a rafforzare il buon funzionamento del mercato a tutela dell'operatore economico. Sentenza 29 gennaio 2020 – lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Sentenza 30 gennaio 2020 nella causa C-395/18 in tema di esclusione automatica dell'operatore in caso di carenza di requisiti in capo al subappaltatore**

Le differenze tra le norme dell'Unione in tema di pagamento, ad esempio, e le prassi seguite negli Stati membri costituiscono un ostacolo al buon funzionamento del mercato interno.

L'orientamento della Corte di Giustizia è volta ad evidenziare che tali situazioni limitano notevolmente le transazioni commerciali tra gli Stati membri, ciò contrasta con l'articolo 18 del trattato secondo il quale gli operatori economici dovrebbero essere in grado di svolgere le proprie attività in tutto il mercato interno in condizioni che garantiscano che le operazioni transfrontaliere non comportino rischi maggiori di quelle interne. L'applicazione di norme sostanzialmente diverse alle operazioni interne e a quelle transfrontaliere comporterebbe la creazione di distorsioni della concorrenza. (...).

La Commissione europea ha chiesto alla Corte di Giustizia di dichiarare che la Repubblica italiana, avendo omesso e omettendo tuttora di assicurare

che le sue pubbliche amministrazioni evitino di oltrepassare i termini di 30 o 60 giorni di calendario per il pagamento dei loro debiti commerciali, è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza della direttiva 2011/7/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (GU 2011, L 48, pag. 1), e, in particolare, a quelli di cui all'articolo 4 di tale direttiva.

La direttiva 2011/7 è stata recepita nell'ordinamento giuridico italiano dal decreto legislativo 9 novembre 2012, n. 192 - Modifiche al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, per l'integrale recepimento della direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, a norma dell'articolo 10, comma 1, della legge 11 novembre 2011, n. 180 (GURI n. 267, del 15 novembre 2012). Il decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, a sua volta, aveva recepito nell'ordinamento giuridico italiano la direttiva 2000/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 giugno 2000, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (GU 2000, L 200, pag. 35).

Tra i provvedimenti adottati dalla Repubblica italiana per garantire la puntualità dei pagamenti delle pubbliche amministrazioni rientrano il decreto legge 8 aprile 2013, n. 35 - Disposizioni urgenti per il pagamento dei debiti scaduti della pubblica amministrazione, per il riequilibrio finanziario degli enti territoriali, nonché in materia di versamento di tributi degli enti locali (GURI n. 82, dell'8 aprile 2013), convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 6 giugno 2013, n. 64 (GURI n. 132, del 7 giugno 2013), nonché il decreto legge 24 aprile 2014, n. 66 - Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale (GURI n. 95, del 24 aprile 2014), convertito in legge, con modificazioni dalla legge 23 giugno 2014, n. 89 (GURI n. 143, del

23 giugno 2014). Tali decreti legge prevedono in particolare lo stanziamento di risorse finanziarie aggiuntive per il pagamento dei crediti certi, liquidi ed esigibili delle imprese nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

A seguito di una serie di denunce presentate da operatori economici e associazioni di operatori economici italiani, la Commissione ha inviato alla Repubblica italiana, il 19 giugno 2014, una lettera di messa in mora, contestandole l'inadempimento degli obblighi ad essa incombenti, segnatamente, ai sensi dell'articolo 4 della direttiva 2011/7.

La Commissione fa valere che i dati comunicati dalla Repubblica italiana stessa dimostrano che le pubbliche amministrazioni italiane hanno superato i termini di pagamento di 30 o 60 giorni stabiliti dall'articolo 4, paragrafi 3 e 4, della direttiva 2011/7. Un superamento siffatto, la cui esistenza non sarebbe espressamente contestata da tale Stato membro, riguarderebbe l'insieme delle pubbliche amministrazioni e si estenderebbe su un periodo di diversi anni.

Secondo la Commissione, un siffatto superamento continuato e sistematico, da parte delle pubbliche amministrazioni italiane, dei termini di pagamento previsti dall'articolo 4, paragrafi 3 e 4, della direttiva 2011/7 costituisce di per sé una violazione di quest'ultima, imputabile alla Repubblica italiana. Infatti, dopo l'entrata in vigore di tale direttiva, gli Stati membri, in forza del suo articolo 4, paragrafi 3

e 4, sarebbero tenuti non solo a prevedere, nella loro normativa di recepimento di detta direttiva e nei contratti relativi a transazioni commerciali in cui il debitore è una delle loro pubbliche amministrazioni, termini massimi di pagamento conformi a tali disposizioni, ma anche ad assicurare il rispetto effettivo di questi termini da parte delle suddette pubbliche amministrazioni.

**La circostanza, quand'anche accertata, che la situazione relativa ai ritardi di pagamento delle pubbliche amministrazioni italiane nelle transazioni commerciali contemplate dalla direttiva 2011/7 sia in via di miglioramento non può ostare a che la Corte dichiari che la Repubblica italiana ad oggi è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del diritto dell'Unione Iv., per analogia, sentenza del 24 ottobre 2019, Commissione/Francia (Superamento dei valori limite per il biossido di azoto), C-636/18, EU:C:2019:900, punto 491.**



La circostanza, quand'anche accertata, che la situazione relativa ai ritardi di pagamento delle pubbliche amministrazioni italiane nelle transazioni commerciali contemplate dalla direttiva 2011/7 sia in via di miglioramento non può ostare a che la Corte dichiari che la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del diritto dell'Unione [v., per analogia, sentenza del 24 ottobre 2019, Commissione/Francia (Superamento dei valori limite per il biossido di azoto), C-636/18, EU:C:2019:900, punto 49].

La Corte (Grande Sezione) ha dichiarato che l'Italia non assicurando che le sue pubbliche amministrazioni rispettino effettivamente i termini di pagamento stabiliti all'articolo 4, paragrafi 3 e 4, della direttiva 2011/7/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tali disposizioni.

La Corte di Giustizia 30 gennaio 2020 nella causa C-395/18 si è pronunciata sulla previsione del Codice Appalti, che allo stato è sospesa dallo "Sblocca Cantieri", che prevede l'esclusione automatica del concorrente che ha indicato in gara un subappaltatore poi risultato privo di requisiti. <<L'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, non osta ad una normativa nazionale, in virtù della quale l'amministrazione

aggiudicatrice abbia la facoltà, o addirittura l'obbligo, di escludere l'operatore economico che ha presentato l'offerta dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto qualora nei confronti di uno dei subappaltatori menzionati nell'offerta di detto operatore venga constatato il motivo di esclusione previsto dalla disposizione sopra citata. Per contro, tale disposizione, letta in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 6, della medesima direttiva, nonché il principio di proporzionalità, ostano ad una normativa nazionale che stabilisca il carattere automatico di tale esclusione>>..

**La normativa nazionale che prevede in modo generale e astratto l'esclusione automatica dell'operatore economico qualora nei confronti di uno dei subappaltatori indicati nell'offerta di tale operatore venga constatata una violazione degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, indipendentemente dalle circostanze in cui si è verificata tale violazione, eccede il margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri. tare a che la Corte dichiari che la Repubblica italiana ad oggi**



La normativa nazionale in discussione che prevede in modo generale e astratto l'esclusione automatica dell'operatore economico qualora nei confronti di uno dei subappaltatori indicati nell'offerta di tale operatore venga constatata una violazione degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, indipendentemente dalle circostanze in cui si è verificata tale violazione, viola il principio di proporzionalità, imponendo alle amministrazioni aggiudicatrici di procedere automaticamente a tale esclusione a causa della violazione commessa da un subappaltatore, ed

eccedendo così il margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri, a norma dell'articolo 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24, in ordine alla precisazione delle condizioni di applicazione del motivo di esclusione previsto dall'articolo 57, paragrafo 4, lettera a), di detta direttiva nel rispetto del diritto dell'Unione.

# Il subappalto qualificante negli appalti di servizi e negli appalti misti

di Ilenia Paziani

IL  
PUN  
TO

## 1. La definizione del subappalto qualificante o necessario. Similitudini e differenze rispetto all'avvalimento

L'istituto del subappalto necessario o, più propriamente, del subappalto qualificante trae origine dall'articolo 109 del D.P.R. n. 207/2010 (Regolamento di esecuzione del previgente Codice dei contratti pubblici).

La disciplina ivi contenuta è stata abrogata e sostituita dall'articolo 12 del D.L. n. 47/2014 (convertito, con modificazioni, con legge n. 80/2014), in particolare dai commi 1 e 2.

A mente di tale disposizione, è consentita l'ammissione alla gara anche al concorrente che non possiede la qualificazione in ciascuna delle categorie a qualificazione obbligatoria, purché qualificato, per la categoria prevalente, con una classificazione corrispondente all'importo totale dei lavori e purché si sia impegnato, per l'esecuzione dei lavori, a subappaltare le opere scorporabili ad un'impresa in possesso della relativa qualificazione.

La *ratio* del subappalto necessario è quindi quella di soddisfare il possesso dei requisiti facendo ricorso ad un'altra impresa.

Nell'ipotesi di subappalto "ordinario o facoltativo" invece l'appaltatore possiede già in proprio tutti i requisiti per l'esecuzione dell'appalto, ma sceglie, sulla base di una valutazione discrezionale, di subappaltare alcune prestazioni ad un'altra impresa in possesso di tutti i requisiti necessari per l'esecuzione.

Alla luce di quanto appena precisato, l'istituto del subappalto necessario appare molto simile all'avvalimento. Senonché, a differenza dell'avvalimento, che riguarda specifici requisiti di partecipazione ad una gara richiesti dal bando, il subappalto necessario investe **le modalità di esecuzione della prestazione e rileva quindi in quella fase.**

Nonostante tale (in astratto) netta differenza tra i due istituti, non sono mancati orientamenti giurisprudenziali volti a sovrapporli e di conseguenza ad individuare una sorta di "identità sostanziale".

La diatriba giurisprudenziale ha in particolare riguardato il momento in cui emerge l'obbligo di dichiarazione del nominativo del subappaltatore e, conseguentemente, la verifica dei requisiti in capo a quest'ultimo.

**Il subappalto qualificante consente l'ammissione alla gara anche al concorrente che non possiede la qualificazione in ciascuna delle categorie a qualificazione obbligatoria purché si sia impegnato, per l'esecuzione dei lavori, a subappaltare le opere scorporabili ad un'impresa in possesso della relativa qualificazione.**

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale infatti (cfr. Cons. stato, sez. VI 2 maggio 2012, n. 2508; sez. V 21 luglio 2015 n. 3515) il subappalto qualificante è stato considerato come un "avvalimento sostanziale".

In particolare, secondo tale orientamento, alle imprese partecipanti alla gara che usufruiscono del subappalto necessario non sarebbe consentito rendere le relative dichiarazioni solo in fase di esecuzione del contratto, ma come l'avvalimento, sarebbe invece necessario effettuare tali dichiarazioni nella fase di presentazione delle offerte.

Tale impostazione non è stata ritenuta in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione in quanto considerato un adempimento imposto da norme (Cons. Stato, Ad. Plen. 25 febbraio 2014, n. 9).

Non sono comunque mancate le critiche al sistema appena delineato.

La più severa riguardava gli effetti pregiudizievoli sul *favor participationis* (cfr. TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 10 marzo 2015 n. 387).

Inoltre è stato giudicato che sia «*l'esistenza della totale copertura della categoria prevalente a legittimare la partecipazione alla gara, pur in carenza dei requisiti nelle categorie scorporabili, purché accompagnata dalla dichiarazione di voler subappaltare le scorporabili.*

*In sintesi, la qualificazione mancante deve essere posseduta in relazione alla categoria prevalente, dal momento che ciò tutela la stazione appaltante circa la sussistenza della capacità economico - finanziaria da parte dell'impresa (in tal senso, cfr. Cons. Stato, sezione quinta, 19 giugno 2012, n. 3563; 26 marzo 2012, n. 1726; n. 6708 del*

*2009; n. 4572 del 2008). Quanto alla identificazione del subappaltatore ed alla verifica del possesso da parte di questi di tutti i requisiti richiesti dalla legge e dal bando, essa attiene solo al momento*

*dell'esecuzione»* (Cons. Stato, sezione quinta, 19 giugno 2012, n. 3563; Cons. St., Sez. V, 25 luglio 2013, n. 3963).

In ogni caso la parola fine al conflitto è stata posta dal Consiglio di Stato con **l'Adunanza Plenaria del 2 novembre 2015, n. 9.**

In tale occasione è stato enunciato il seguente principio di diritto: «*l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria, neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all'art.107, comma 2*».

La decisione dell'Adunanza Plenaria si fonda sull'impossibilità di rinvenire nella norma di riferimento (l'allora articolo 118 del

D.Lgs. n. 163/2006) l'obbligo di indicare il nome del subappaltatore già in sede di gara, in quanto il subappalto trova la sua **naturale sede nell'esecuzione del contratto, sia esso facoltativo o necessario.**

Pertanto, l'inserzione automatica dell'obbligo di indicare il subappaltatore, e quindi la relativa dichiarazione del possesso dei requisiti già in sede di presentazione delle offerte, si configurerebbe come un'eterointegrazione dei bandi priva di fondamento e quindi non consentita, anche alla luce del divieto di *gold planting*.

In conclusione sul punto quindi, per la validità del subappalto necessario occorre che il concorrente, già in fase d'offerta, dichiari di voler subappaltare quelle specifiche lavorazioni, non è invece necessario che venga indicato il nome del subappaltatore (cfr. sul punto anche la recente pronuncia del Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2019, n.5745).

### Il subappalto qualificante, così come l'ipotesi "ordinaria", investe l'esecuzione del contratto



### Nonostante le similitudini tra subappalto qualificante e avvalimento, il primo riguarda l'esecuzione della prestazione; sicché l'impresa che ne usufruisce non deve indicare il nome del subappaltatore in sede di presentazione dell'offerta



## 2. La disciplina del subappalto qualificante a seguito dell'entrata in vigore del "Nuovo" Codice

A seguito dell'entrata in vigore del D.lgs. 50/2016 (Codice dei Contratti Pubblici, di seguito Codice) e dei decreti attuativi (in particolare del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 248/2016) il citato articolo 12 è stato abrogato dall'articolo 217 del Codice.

Tale abrogazione ha tuttavia riguardato esclusivamente i commi 3, 5, 8, 9 e 11, così restando immutato il contenuto dei commi 1 e 2 che prevedono il subappalto necessario.

Il Codice dei Contratti pubblici all'articolo 216, comma 15, prevedeva inoltre che l'articolo 12 del D.L. n. 47/2014 avrebbe continuato ad applicarsi fino all'entrata in vigore del Decreto Ministeriale attuativo dell'articolo 89, comma 11 del Codice e richiamato anche dall'articolo 105, comma 5 (riguardanti, rispettivamente, i limiti all'avvalimento e al subappalto).

Il decreto ministeriale n. 248/2016 attuativo è entrato in vigore a partire dal 19 gennaio 2017. Tale decreto ha sostituito parte dell'articolo 12 del D.L. n. 47/2014, ma non ha influito sul subappalto necessario.

Il decreto di attuazione ha infatti riguardato solo le categorie superspecialistiche (SIOS - Strutture Impianti Opere Speciali), unica materia disciplinata dal DM n. 248 del 2016, mentre non ha inciso sulle categorie a qualificazione obbligatoria diverse dalle SIOS, né sulle SIOS inferiori al 10%, né quindi sull'operatività del subappalto qualificante.

Resta dunque tuttora in vigore il subappalto necessario in favore di imprese in possesso delle qualificazioni relative alle lavorazioni specializzate. Il subappalto necessario, con riferimento agli appalti di lavori, risulta quindi un istituto contemplato da specifiche disposizioni legislative e quindi di sicura applicabilità, anche a prescindere da un espresso richiamo nel bando (cfr. sul punto TAR Lazio, Roma, sez. II bis, 6 marzo 2019, n. 3023; TAR Piemonte, Torino, sez. II, 17 gennaio 2018 n. 94; TAR Campania, Napoli, sez. I, 1° marzo 2018, n. 1336).

## 3. Applicabilità del subappalto necessario agli appalti di servizi

Come visto, il subappalto necessario è un istituto tipico degli appalti di lavori ed è configurabile quando sono previste prestazioni scorporabili per le quali è obbligatorio, per l'esecuzione, il possesso della qualificazione specifica.

Dal punto di vista normativo, non esiste uno specifico riferimento all'impiego di suddetto strumento negli appalti di servizi e forniture. Tuttavia, è stata in più occasioni riconosciuta la possibilità anche negli appalti di servizi e forniture di ricorrere al subappalto qualificante.

Ci si riferisce in particolare al parere rilasciato da ANAC il 4 febbraio 2015 AG/1/2015/AP, con il quale ha dato atto dell'orientamento giurisprudenziale che ha «*ritenuto applicabile*» il subappalto qualificante «*oltre che nel settore dei lavori pubblici... anche nel settore dei servizi e delle forniture*» (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2012, n. 5900).

Il caso sottoposto all'attenzione dell'Autorità riguardava l'affidamento in *global service* di servizi attinenti al patrimonio universitario concernenti la gestione di impianti di sicurezza, vigilanza e pronto intervento.

Uno dei concorrenti, risultato poi l'aggiudicatario, in sede di offerta ha dichiarato il possesso del requisito di carattere economico finanziario relativo al servizio di pronto intervento e vigilanza armata riferendosi all'impresa a cui avrebbe subappaltato lo specifico servizio.

La commissione di gara ha ammesso l'operatore economico alla procedura riconoscendo al concorrente, carente dei requisiti di qualificazione previsti dal bando ai fini dell'esecuzione di parte delle prestazioni e necessari per la partecipazione alla gara, la possibilità di indicare il soggetto subappaltatore in possesso dei requisiti necessari per svolgere le prestazioni, così ammettendo il subappalto necessario anche negli appalti di servizi.

La questione è stata valutata anche nel procedimento di redazione del bando tipo n.1/2017 da parte di ANAC per l'affidamento di servizi e forniture nei settori ordinari di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, da aggiudicarsi

con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In particolare, la consultazione relativa all'Analisi di Impatto della Regolazione (AIR), che ha lo scopo di descrivere il contesto normativo e le motivazioni che hanno condotto all'adozione del bando tipo, ha avuto ad oggetto anche l'opportunità di inserire o meno nello schema di disciplinare una clausola relativa alla possibilità di ricorrere al subappalto qualificante, in analogia a quanto previsto per i lavori.

ANAC ha ritenuto più opportuno non inserire la clausola di subappalto necessario nel disciplinare tipo per servizi e forniture, ma ha evidenziato che tale previsione in una procedura relativa a forniture o servizi non costituirebbe motivo di illegittimità.

La presa di posizione di ANAC evidenzia da un lato, che l'istituto del subappalto necessario costituisce uno strumento tipico degli appalti di lavori in quanto consente (a determinate condizioni) anche a chi non possiede la specifica qualificazione per l'esecuzione di una lavorazione di partecipare comunque alla gara, di conseguenza sarebbe improprio inserire nello schema di disciplinare per le procedure di servizi e forniture una clausola relativa ad un istituto che la legge non disciplina espressamente per queste procedure.

Dall'altro lato, l'Autorità ha però riconosciuto che non sussistono ragioni che potrebbero condurre all'illegittimità di tale previsione anche nelle procedure di affidamento di servizi e forniture.

In astratto quindi, alla luce delle osservazioni che precedono, si ritiene che, laddove un soggetto che intenda partecipare ad una gara relativa all'affidamento di servizi o forniture non possieda il requisito di qualificazione necessario per partecipare alla gara e per eseguire il contratto, possa senz'altro ricorrere al subappalto necessario, seguendo la disciplina prevista dall'articolo 12 comma 2 del DL n. 47/2014.

Tuttavia, in concreto l'applicazione dell'istituto incontra vari limiti.

Negli appalti di servizi e di forniture infatti i requisiti sono molteplici e sono rimessi alla scelta

discrezionale della stazione appaltante, come previsto dall'articolo 83 comma 8 del Codice secondo cui «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), 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».

### **Il subappalto necessario nasce come istituto proprio dei lavori, ma non è esclusa l'applicazione anche agli appalti di servizi**



**Ne consegue che risulterebbe assai complesso distinguere, per i servizi e le forniture, tra i requisiti riferibili ad una specifica prestazione (che potrebbero essere oggetto di subappalto qualificante) e quelli che invece concernono l'appalto in generale.**

Solo nel caso in cui fosse configurabile la richiesta un requisito particolare come l'iscrizione all'Albo o il possesso di determinate autorizzazioni, potrebbe essere possibile individuare prestazioni principali e secondarie e conseguentemente ammettere il subappalto necessario, fermo restando che la disciplina normativa chiede che l'impresa partecipante possieda in toto i requisiti per l'appalto nel suo complesso.

Alla luce delle osservazioni che precedono, si ritiene che, laddove un soggetto che intenda partecipare ad una gara relativa all'affidamento di servizi non possieda il requisito di qualificazione necessario per partecipare alla gara e per eseguire il contratto, possa senz'altro ricorrere al subappalto necessario, seguendo la disciplina prevista dall'articolo 12 comma 2 del DL n. 47/2014.

Tuttavia, considerato che nessuna disposizione contempla in maniera esplicita il subappalto necessario per i servizi e le forniture, **pare preferibile inserire nella legge di gara una specifica clausola che consenta espressamente al concorrente di partecipare alla gara**, facendo ricorso al requisito di qualificazione posseduto dall'impresa a cui la prestazione verrà affidata in subappalto.

#### 4. La configurabilità del subappalto necessario negli appalti misti

Pare invece da escludersi la possibilità di ricorrere al subappalto necessario in caso appalti misti.

Tale esclusione rappresenta una forte limitazione all'operatività dell'istituto.

Per contratti misti si intendono quelle tipologie di appalto che contemplino insieme lavori e servizi o forniture.

Per tale tipologia di contratto, l'articolo 28, comma 1, del Codice stabilisce che «l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto **deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto**».

Apparentemente, il dettato normativo potrebbe comportare anche un rinvio al subappalto qualificante, come previsto per i lavori dall'articolo 216 del Codice.

Senonché le pronunce in materia appaiono molto restrittive.

In particolare in relazione ad un appalto avente ad oggetto la fornitura di necessari all'ottimizzazione della dotazione tecnologica di un laboratorio analisi, unitamente a specifici e dettagliati adeguamenti edili ed impiantistici necessari all'installazione del sistema proposto, è stata contestata l'ammissione di due imprese partecipanti per violazione dei principi in tema di qualificazione.

Secondo la ricorrente, l'oggetto della gara prevedeva che fossero a carico dell'aggiudicataria non solo la fornitura di strumentazione, ma anche lavori di adeguamento edile ed impiantistico necessari all'installazione del sistema proposto; con il compito, da parte dell'aggiudicatario, oltre alla realizzazione degli stessi, anche di redigere la progettazione esecutiva.

Sicché, stante la palese natura di appalto misto, un gruppo di concorrenti avrebbe ritenuto di dover partecipare in raggruppamento temporaneo, associandosi ad una impresa autorizzata e qualificata per la realizzazione di lavori pubblici; mentre altre due imprese partecipanti, pur essendo entrambe sprovviste di SOA, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per i lavori sotto i 150.000 euro richiesti dall'ordinamento, avrebbero ritenuto di poter partecipare lo stesso in forma singola la prima, ed associando al costituendo raggruppamento una impresa non qualificata per eseguire i lavori la seconda.

Quanto ai lavori, tali imprese hanno dichiarato di voler subappaltare l'attività di lavori edili ed impiantistici ad una terna di imprese.

La stazione appaltante ha ammesso tali imprese, sulla base dell'assunto che non si trattasse di contratto misto, bensì di fornitura, in quanto i lavori costituirebbero solo una prestazione accessoria, necessaria per la concreta realizzazione della fornitura.

Il Collegio ha innanzi tutto qualificato l'appalto come misto e da tale qualificazione ha fatto discendere l'inapplicabilità dell'istituto del subappalto necessario.

Secondo il Tribunale Amministrativo Lombardo, il disposto letterale dell'art. 28, comma 1 ult. cpv., del d.lgs. n. 50/2016 rivestirebbe un significato precettivo inequivocabile, il quale «*deve applicarsi in tutte le ipotesi di contratto misto, e, dunque,*

*anche nella specie, in cui, oltre alla prestazione di una fornitura, è prevista la realizzazione di lavori dettagliatamente individuati la cui effettuazione*

**Per gli appalti misti non è possibile ricorrere al subappalto necessario in quanto per espressa previsione normativa l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto**



*concreta, quindi, non è prevista come meramente eventuale perché necessaria per la posa in opera o l'installazione della fornitura medesima, bensì è specificamente ed analiticamente individuata nel capitolato speciale d'appalto».*

Il TAR fa proprio l'orientamento secondo cui «*l'operatore economico, che partecipa alla gara pubblica indetta per l'affidamento di un contratto misto, deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto*» (Cons. Stato, sez. III, 10 dicembre 2013, n. 5917).

Secondo l'interpretazione fornita dal TAR pare quindi che la scelta del legislatore si sia mossa su una diversa linea, di rigore applicativo, superando le perplessità manifestate dall'orientamento giurisprudenziale secondo cui si poteva ammettere la partecipazione dell'operatore in possesso delle sole qualificazioni inerenti le lavorazioni prevalenti, laddove le ulteriori lavorazioni presentassero carattere soltanto secondario e accessorio.

Inoltre, il rigore che caratterizza la richiamata opzione normativa si riflette nel fatto che, ai sensi dell'articolo 15 (cui oggi corrisponde la previsione dell'articolo 28, comma 1, del decreto legislativo n. 50 del 2016), il possesso dei requisiti di qualificazione e capacità per lo svolgimento di ogni singola prestazione costituente l'appalto misto **è condizione per la partecipazione alla gara e non solo per l'esecuzione dell'appalto.**

Questo essendo il generale quadro concettuale in cui inquadrare la questione, occorre ritenere che sussista un evidente rapporto di *genus ad speciem* fra:

- la generale previsione codicistica (decreto legislativo n. 163 del 2006, articolo 118, comma 2) che ammette il subappalto per "*tutte le prestazioni nonché le lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano*" (ma, si ritiene, all'interno di ambiti omogenei - quali i soli lavori, i soli servizi o le sole forniture -) e
- la speciale previsione di cui al più volte richiamato articolo 15 la quale, con formulazione speciale e tassativa, impone all'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto, deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità per ciascuna prestazione prevista dal contratto (requisiti che pacificamente

non erano posseduti dall'odierna appellata) (Cons. Stato, sez. V, 7 agosto 2017, n. 3918).

Ne consegue che **i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal Codice dei Contratti pubblici per ciascuna prestazione di lavori, servizi e forniture contemplata nel contratto devono essere posseduti da ciascun concorrente o in proprio o mediante il ricorso all'istituto dell'associazione temporanea d'impresa con un soggetto che a sua volta li possiede, o dell'avvalimento** (cfr. sul punto Cons. Stato, sez. V, 7 agosto 2017, n. 3918; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 17 ottobre 2018, n. 2322).

Non è ammesso, invece, il ricorso al subappalto, atteso che i requisiti di qualificazione devono essere posseduti, come detto, **dal concorrente al momento della presentazione dell'offerta**, per evidenti finalità di garanzia nei confronti delle stazioni appaltanti.

Come visto, la soluzione condivisa dal TAR Lombardia è avvalorata anche da una precedente pronuncia del Consiglio di Stato; tuttavia appare molto restrittiva in quanto fa venire meno la *ratio* stessa dell'istituto del subappalto necessario.

Tale istituto nasce infatti come strumento per favorire la massima partecipazione delle imprese, estendendo il più possibile la partecipazione per quelle procedure che richiedono la qualificazione per categorie super specialistiche, in deroga all'esigenza delle stazioni appaltanti di avere certezza del possesso dei requisiti fin dalla presentazione dell'offerta.

Tuttavia questo pare essere ad oggi l'orientamento dominante; sicché pare preferibile che le stazioni appaltanti negli atti di gara relativi ad appalti misti prevedano l'espressa esclusione della partecipazione all'appalto attraverso il ricorso al subappalto qualificante.

# Aspetti pratico/operativi del soccorso istruttorio specificativo e del soccorso istruttorio integrativo.

## La competenza sulla gestione del sub-procedimento e sull'adozione dei provvedimenti conclusivi.

di Stefano Usai

IL  
PUN  
TO

### Premesse

La recente sentenza del Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, del 24 febbraio 2020 n. 112 consente – in tema di soccorso istruttorio di cui all'articolo 83, comma 9 del codice dei contratti -, di illuminare alcuni aspetti pratico/operativi del procedimento non trattati, evidentemente, dalla giurisprudenza con riferimento, tra gli altri, alla questione degli adempimenti istruttori e della competenza sull'adozione dei provvedimenti conseguenti.

### 1. La sentenza

La sentenza evidenzia quale possa essere l'epilogo di una richiesta di soccorso "integrativo" non necessaria in quanto gli elementi/dati presi in considerazione non imponevano una simile richiesta.

Semplificando, nel caso trattato il RUP della stazione appaltante ha richiesto ad uno dei concorrenti di integrare la dichiarazione sul requisito dell'esperienza maturata e quindi sulla proposta tecnica dell'offerta.

Il giudice ha evidenziato la non congruità della richiesta sotto diversi profili. In primo luogo, sulla base del dato letterale del comma 9, art. 83 del codice che disciplina il soccorso istruttorio, il RUP della stazione appaltante non può attivare il soccorso istruttorio "integrativo" sull'offerta tecnico/economica.

Ammettere integrazioni sui documenti che sintetizzano l'offerta – secondo una giurisprudenza costante – ha il significato di alterare la par condicio tra i competitori ed in quanto tale risulterebbe palesemente attivato in violazione di legge.

In questo senso, come noto, il comma citato rammenta che "in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo (...) con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie".

Il legislatore, quindi, nell'ambito di una scelta di tipo generale ovvero ritenere ammissibile la possibilità di integrare la documentazione di gara, ha nettamente escluso la possibilità che possa trovare ingresso nel procedimento amministrativo di affidamento una ulteriore e/o diversa documentazione relativa all'offerta intesa sia sotto il profilo tecnico sia sotto il profilo economico.

Come detto, consentire alterazioni, attraverso l'integrazione, della proposta tecnica/economica avrebbe il significato di alterare la regolarità della competizione. In sostanza l'operatore economico potrebbe in questo modificare la propria proposta oltre il termine di scadenza della presentazione della domanda.

La possibilità di integrare la domanda presentata – e quindi la possibilità di introdurre nuovi dati/dichiarazioni non prodotte entro i termini di partecipazione alla competizione – ha, quindi, un ambito operativo esteso, si potrebbe dire, in senso "verticale" in quanto maggiormente intenso (proprio perché consente di integrare la domanda di gara) ma con un limitato ambito di tipo "orizzontale". Per intendersi, il soccorso integrativo consente, a titolo esemplificativo, di colmare lacune della dichiarazione generale (DGUE) anche con successiva integrazione, oppure produrre la cauzione provvisoria (purché rilasciata anteriormente alla scadenza del termine di presentazione della domanda di gara) o altra documentazione ma questa possibilità non è

ammessa per ogni "documento" ed in particolare, di certo, non è ammessa in relazione all'offerta tecnico/economica che se lacunosa, porterà molto probabilmente alla esclusione del concorrente, fatta salva la possibilità di attivare la diversa fattispecie (meno intensa) del soccorso istruttorio "specificativo", ovvero di semplice chiarimento.

## 2. Il soccorso "specificativo"

Se l'intensità del soccorso istruttorio "integrativo" si esprime in senso verticale, l'intensità del soccorso specificativo/di chiarimento si esprime, come detto, in senso "orizzontale".

Ovvero tale soccorso può essere attivato su tutti i documenti dell'offerta compresa la proposta tecnico/economica con cui l'operatore intende competere.

**Ammettere integrazioni sui documenti che sintetizzano l'offerta – secondo una giurisprudenza costante – ha il significato di alterare la par condicio tra i competitori ed in quanto tale risulterà, palesemente, in violazione di legge.**



Alla base del pronunciamento in commento del giudice sardo, vi è proprio il rilievo sull'errore – secondo quanto si legge in sentenza – sulla fattispecie attivata: il RUP ha attivato il soccorso istruttorio integrativo che non è stato riscontrato dall'appaltatore mentre, a detta del giudice, il soccorso corretto era quello della fattispecie "ordinaria" sintetizzato nella richiesta

di un semplice chiarimento visto che lo stesso riguardava la proposta tecnico/economica.

La conseguenza è piuttosto grave considerato che, non avendo l'appaltatore riscontrato la richiesta di integrazione (non riuscendo a farlo entro il breve termine assegnato), lo stesso è stato escluso dal procedimento ed il giudice ha annullato il provvedimento di esclusione fondato – a detta di quanto si legge in sentenza ed in modo condivisibile – su una richiesta "ridondante", eccessiva e non giustificata. Soprattutto non fondata neppure su un dato normativo (anzi, da questo esplicitamente escluso).

## 3. L'aspetto pratico/operativo

Gli accadimenti presi in considerazione nella sentenza citata e, soprattutto, l'epilogo (ovvero l'annullamento del provvedimento di esclusione

del concorrente con rimessione in termini anche in relazione all'aggiudicazione) impone di porre l'attenzione, ed un momento di approfondimento, sulla competenza istruttoria e sulla gestione del sub-procedimento del soccorso istruttoria in relazione alle diverse fasi/momenti procedurali della gara.

Un primo momento in cui si può porre la questione del soccorso istruttoria tanto nella fattispecie di chiarimento tanto di quella integrativa è la fase formale della verifica sulla completezza della documentazione prodotta (per intendersi la verifica – anche telematica – sui plichi prodotti e apertura (anche "virtuale") della prima busta contenente la documentazione amministrativa).

Tale fase, tanto nell'appalto da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa quanto nell'appalto al ribasso (minor prezzo), può essere gestita da soggetti differente, a titolo esemplificativo, potrebbe essere gestita da uno specifico seggio di gara, da un servizio/ufficio di supporto o direttamente dal responsabile unico del procedimento.

Se questa fase viene gestita da soggetti con compiti meramente istruttori (seggio di gara, ufficio di supporto) si pongono due tipi di problemi ovvero si pone la questione di chiarire (anticipatamente) chi debba predisporre la richiesta di chiarimento e/o di integrazione e a chi compete adottare il provvedimento finale che chiude il sub-procedimento (questione di rilievo nel caso della potenziale esclusione).

Se la verifica formale è stata, dal RUP, "delegata" all'ufficio di supporto o ad uno specifico seggio di gara (di cui può anche non far parte il RUP<sup>1</sup>) è bene, a sommosso parere, che tale incombenza venga specificata nel bando di gara/lettera di invito.

Occorre anche chiarire la latitudine di questo compito ovvero se limitato o meno ad un lavoro di tipo istruttorio. Ad esempio, l'ufficio/seggio di gara predisporrà una relazione sull'attività svolta e su eventuali esigenze di specificazione/integrazione la cui decisione – sui provvedimenti da adottare – viene rimessa al RUP; oppure tale ufficio/seggio potrebbe avere anche l'autonomia di trasmettere già, agli appaltatori interessati, le richieste di specificazione e/o integrazione.

Sotto il profilo pratico, si deve ritenere che la prima delle due opzioni sia quella preferibile.

È bene, proprio per le implicazioni che possono seguire (e non a caso ci si è soffermati sulla recente sentenza), che la richiesta venga trasmessa direttamente dal RUP il quale quindi può immediatamente valutare in primo luogo se la fattispecie di soccorso che si sta avviando è quella corretta, in secondo luogo si focalizza l'attenzione sulle conseguenze/responsabilità che dalla stessa attivazione possono derivare (si pensi, appunto, al caso in cui l'appaltatore non riscontri con alcuna risposta alla stazione appaltante).

Non solo ulteriore questione si potrebbe porre nel caso in cui l'operatore "escusso" chiedesse chiarimenti e/o integrazioni di termini (ritenuti non sufficienti per rispondere alla richiesta). È del tutto evidente, ed ovvio, che tale richiesta verrà presentata al RUP che quindi non si potrà dimostrare

impreparato o all'oscuro della richiesta trasmessa.

Naturalmente il provvedimento di ammissione/esclusione rimane di competenza del RUP (come chiarito anche nei bandi tipo dell'ANAC e da costante giurisprudenza, da ultima la pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V sentenza n. 1104/2020).

**Un primo momento in cui si può porre la questione del soccorso istruttoria, tanto nella fattispecie di chiarimento tanto di quella integrativa, è la fase formale della verifica sulla completezza della documentazione prodotta (per intendersi la verifica – anche telematica – sui plichi prodotti e apertura (anche "virtuale") della prima busta contenente la documentazione amministrativa).**



1. Da notare che il nuovo regolamento stabilisce che il RUP presiede il seggio di gara.

#### 4. Il soccorso sull'offerta

Altri soggetti possono essere coinvolti, in relazione alla fattispecie in esame, nel momento dell'esame dell'offerta. Il caso più interessante, ovviamente, si verifica nell'appalto da aggiudicarsi con l'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'organo cui compete l'esame dell'offerta (sia l'apertura formale delle buste sia la valutazione vera e propria) è ovviamente la commissione di gara.

Il punto è se il soccorso istruttorio, in particolare, specificativo/di chiarimento possa o meno essere avviato e concluso (quanto al provvedimento finale) dalla commissione di gara.

Considerando la giurisprudenza in materia che assegna al RUP una competenza generale di tipo residuale – ovvero al netto di ipotesi in cui la stazione appaltante assegni ad altri soggetti/organismi specifiche competenze –, si può ritenere che anche in questo caso, in termini generali, la commissione sia tenuta a presentare una "relazione" e/o richiedere l'intervento del RUP. In primo luogo, sicuramente, sulla tipologia di soccorso da attivare (considerato che il soccorso istruttorio non può essere avviato per carenze dell'offerta), in secondo luogo sulla necessità o meno di avviare il soccorso specificativo.

È altresì ipotizzabile, se ciò viene espressamente chiarito nel bando di gara/lettera di invito, che tali incombenze vengano assegnate alla commissione di gara e ciò per almeno un duplice ragionamento. In primo luogo, considerato che il soccorso istruttorio che può essere attivato sull'offerta è solo quello specificativo/di chiarimento sembra logico pensare che del chiarimento ne abbia esigenza proprio l'organo deputato alla valutazione e quindi la stessa commissione di gara. Per ciò stesso si potrebbe strutturare la procedura come rimessa totalmente alla commissione di gara.

In secondo luogo, trattandosi della fattispecie più semplice – senza particolarità complicazioni – sembra del tutto logico ipotizzare una situazione di una commissione totalmente autonoma nella sua funzione (pur dietro la supervisione del RUP) sia la

soluzione maggiormente adeguata.

In ogni caso, il problema potrebbe porsi in relazione all'eventuale provvedimento di esclusione considerato, come detto, che la competenza su tali provvedimenti definitivi non può riguardare la commissione di gara (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 1104/2020).

**Il punto è se il soccorso istruttorio, in particolare, specificativo/di chiarimento possa o meno essere avviato e concluso (quanto al provvedimento finale) dalla commissione di gara.**



Si potrebbe ipotizzare quindi una azione concertata in cui, sempre sotto il coordinamento del RUP, la fase istruttorio viene svolta dalla commissione ma eventuali provvedimenti di esclusione vengano rimessi al RUP. È chiaro, in questo caso, che il responsabile unico del procedimento dovrà essere messo al corrente delle necessità di richieste di chiarimenti.

#### 5. Il soccorso sull'offerta

Altri soggetti possono essere coinvolti, in relazione alla fattispecie in esame, nel momento dell'esame dell'offerta. Il caso più interessante, ovviamente, si verifica nell'appalto da aggiudicarsi con l'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'organo cui compete l'esame dell'offerta (sia l'apertura formale delle buste sia la valutazione vera e propria) è ovviamente la commissione di gara.

Il punto è se il soccorso istruttorio, in particolare, specificativo/di chiarimento possa o meno essere avviato e concluso (quanto al provvedimento finale) dalla commissione di gara.

Considerando la giurisprudenza in materia che assegna al RUP una competenza generale di tipo residuale – ovvero al netto di ipotesi in cui la stazione appaltante assegni ad altri soggetti/organismi specifiche competenze –, si può ritenere che anche in questo caso, in termini generali, la commissione sia tenuta a presentare una "relazione" e/o richiedere l'intervento del RUP. In primo luogo, sicuramente, sulla tipologia di soccorso da attivare (considerato che il soccorso istruttorio non può essere avviato per carenze dell'offerta), in secondo luogo sulla necessità o meno di avviare il soccorso specificativo.

È altresì ipotizzabile, se ciò viene espressamente chiarito nel bando di gara/lettera di invito, che tali incombenze vengano assegnate alla commissione di gara e ciò per almeno un duplice ragionamento. In primo luogo, considerato che il soccorso istruttorio che può essere attivato sull'offerta è solo quello specificativo/di chiarimento sembra logico pensare che del chiarimento ne abbia esigenza proprio l'organo deputato alla valutazione e quindi la stessa commissione di gara. Per ciò stesso si potrebbe strutturare la procedura come rimessa totalmente alla commissione di gara.

In secondo luogo, trattandosi della fattispecie più semplice – senza particolari complicazioni – sembra del tutto logico ipotizzare una situazione di una commissione totalmente autonoma nella sua funzione (pur dietro la supervisione del RUP) sia la soluzione maggiormente adeguata.

In ogni caso, il problema potrebbe porsi in relazione all'eventuale provvedimento di esclusione considerato, come detto, che la competenza su tali provvedimenti definitivi non può riguardare la commissione di gara (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 1104/2020).

Si potrebbe ipotizzare quindi una azione concertata in cui, sempre sotto il coordinamento del RUP, la fase istruttoria viene svolta dalla commissione ma eventuali provvedimenti di esclusione vengano rimessi al RUP. È chiaro, in questo caso, che il responsabile unico del procedimento dovrà essere messo al corrente delle necessità di richieste di chiarimenti.

## 6. La verifica dell'anomalia

Di diversa intensità e di differente scopo, ma occorre soffermarsi per alcune "vicinanze", è la questione del procedimento di verifica dell'anomalia.

In tema anche il nuovo regolamento (attualmente alla seconda bozza) rimette tale verifica al RUP e la stessa commissione di gara (ma lo stesso può valere per il seggio di gara) rilevata l'anomalia è tenuta (tenuto nel caso del seggio) a trasmettere

gli atti al RUP per l'avvio del sub-procedimento di verifica della congruità della proposta tecnico/economica.

Chiaramente la fase procedurale implica l'avvio di una fattispecie diversa dal soccorso istruttorio però la sostanza è la stessa nel senso che, in questo, caso l'aggiudicatario ad offerta anomala dovrà essere richiesto delle giustificazioni. Tale richiesta può essere rimessa – come compito istruttorio – ad un responsabile di procedimento oppure può essere predisposta direttamente dal RUP.

L'aspetto da cui il RUP non si può sottrarre è la verifica, il controllo vero e proprio sulla veridicità/conseguenze delle giustificazioni presentate. Se il procedimento viene delegato a soggetti diversi dal RUP, questo in ogni caso dovrà o

respingere le motivazioni o farle proprie (assumersi la responsabilità della decisione finale).

Considerato che le stesse potrebbero non essere ritenute adeguate o tali da non dimostrare la congruità dell'offerta presentata determinando l'esclusione del concorrente.

Provvedimento finale, come già anticipato, di competenza esclusiva del RUP.

## 7. Conclusioni

Il sub-procedimento del soccorso, alla luce di quanto anche emerso dalla giurisprudenza, deve trovare una adeguata disciplina/dedicazione nella legge speciale di gara e, nei procedimenti semplificati, nella lettera di invito.

La regolamentazione preventiva appare quanto meno opportuna in modo che si possa distinguere – e rendere noto ad ogni appaltatore interessato alla competizione – la fase meramente istruttoria dalla fase decisoria.

I due momenti classici di ogni procedimento amministrativo (ed in tema si può rinviare a quanto chiaramente esplicitato nell'articolo 6 della legge 241/90 sui compiti del responsabile del procedimento) devono restare sotto il presidio e

**La regolamentazione del sub-procedimento del soccorso, in via preventiva, appare quanto meno opportuna in modo che si possa distinguere – e rendere noto ad ogni appaltatore interessato alla competizione – la fase meramente istruttoria dalla fase decisoria.**



coordinamento del RUP. Laddove per presidio e coordinamento si intende la direzione ed il controllo dell'attività istruttoria.

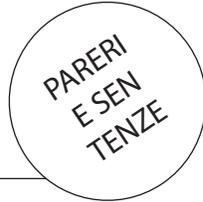
Se questa fase, come detto può essere delegata dal RUP o compiuta direttamente, stesse conclusioni non si possono esprimere per la fase decisoria ovvero per l'adozione dei provvedimenti di ammissione/esclusione quale conseguenza dell'avviato soccorso tanto specificativo quanto integrativo.

Questo momento rimane nella competenza del RUP pertanto è bene che lo stesso venga debitamente informato sulla necessità o meno di attivare il soccorso come proposta che promana dal seggio di gara, dall'ufficio di supporto o dai dipendenti che operano come responsabili di procedimento e dalla stessa commissione di gara.

Ovviamente la decisione se attivare o meno il soccorso e l'intensità di questo deve essere rimessa al responsabile unico del procedimento.

# Pareri & Sentenze

---



## **Consiglio di Stato, Sez. III, 3/3/2020, n. 1571**

*Nei contratti pubblici la revisione prezzi si applica solo in caso di proroga*

“È innanzitutto pacifico (omissis - ndr.) che la revisione dei prezzi possa applicarsi solo in caso di proroga, ma non anche in quello di rinnovo del contratto (da ultimo, cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 3478/2019; Cons. Stato, sez. V, n. 5021/2019; Cons. Stato, sez. III, n. 5059/2018). ... Le circostanze testé richiamate assumono particolare rilevanza alla luce dell’univoco indirizzo ermeneutico secondo il quale: a) la revisione dei prezzi si applica solo alle proroghe contrattuali, come tali previste ab origine negli atti di gara ed oggetto di consenso a monte (Cons. Stato, sez. III, n. 209/2016; b) la proroga interviene prima della scadenza, in quanto fa seguito ad un’intesa tra le parti che, senza incidere sull’oggetto del provvedimento autorizzatorio, abbia di mira il semplice spostamento in avanti del termine (non scaduto) di efficacia dell’originario provvedimento autorizzatorio (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. IV, n. 1013/2014 e sez. VI, n. 1502/2013).”

**Consiglio di Stato, Sez. V, 21/2/2020, n. 1329**

*Le clausole dei bandi immediatamente escludenti*

“In base a quella giurisprudenza (Cons. Stato, V, 20 novembre 2018, n. 6552), le c.d. clausole immediatamente escludenti sono state individuate (da ultimo Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4) nelle: a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (Cons. Stato, IV, 7 novembre 2012 n. 5671); b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (Adunanza plenaria n. 3 del 2001); c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell’offerta (Cons. Stato, V, 24 febbraio 2003 n. 980); d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (Cons. Stato, V, 21 novembre 2011 n. 6135; III, 23 gennaio 2015 n. 293); e) clausole impositive di obblighi contra ius (Cons. Stato, II, 19

febbraio 2003 n. 2222); f) bandi contenenti gravi carenze nell’indicazione di dati essenziali per la formulazione dell’offerta ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate; g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione dei costi della sicurezza “non soggetti a ribasso” (Cons. Stato, III, 3 ottobre 2011, n. 5421)”

**Consiglio di Stato, Sez. V, 17/2/2020, n. 1212**

*Nelle procedure a evidenza pubblica l’omessa dichiarazione da parte del concorrente di tutte le condanne penali eventualmente riportate può giustificare senz’altro l’esclusione dalla gara, traducendosi in un impedimento per la stazione appaltante di valutarne la gravità*

“È infatti principio ripetuto nella giurisprudenza formatasi nella vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici, e ribadito anche con riferimento al nuovo Codice, che nelle procedure a evidenza pubblica preordinate all’affidamento di un appalto l’omessa dichiarazione da parte del concorrente di tutte le condanne penali eventualmente riportate (sempreché per le stesse non sia già intervenuta una formale riabilitazione), anche se attinenti a reati diversi da quelli contemplati nell’art. 38, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016, può giustificare senz’altro l’esclusione dalla gara, traducendosi in un impedimento per la stazione appaltante di valutarne la gravità (Cons. Stato, 13 marzo 2019, n. 1649, che cita, ex multis, Cons. Stato, IV, 29 febbraio 2016, n. 834; V, 29 aprile 2016, n. 1641; 27 luglio 2016, n. 3402; 2 dicembre 2015, n. 5451; III, 28 settembre 2016, n. 4019).

La mancata indicazione delle condanne rilevanti ai sensi dell’art. 80 del d.lgs. 50/2016 costituisce indi autonoma causa di esclusione, comportando l’impossibilità della stazione appaltante di valutare consapevolmente l’affidabilità del concorrente, che opera per il tramite dei suoi organi, e di dare in tal modo applicazione alla regola che impone la presenza del requisito dell’onorabilità sin dalla proposizione dell’offerta e per tutta la durata della gara e del rapporto (in caso di aggiudicazione), senza soluzione di continuità. Per converso, l’attività di dissociazione non può giammai assumere valore esimente con riferimento agli amministratori in carica al momento di presentazione della domanda di partecipazione (Cons. Stato, V, 7 giugno 2017, n. 2727; III, 1° luglio 2015, n. 3274).

Non è poi significativa l’assenza di coscienza e volontà da parte di -OMISSIS- nell’omissione dichiarativa, pure valorizzata dal primo giudice: ai fini della sussistenza o meno della fattispecie di cui all’art. 80, comma 5, lett. f-bis del d.lgs. n. 50 del 2016 rileva infatti esclusivamente il fatto materiale e oggettivo del falso, a prescindere dunque dall’animus soggettivo che l’ha ispirato, tant’è che la disposizione attribuisce attribuito

al dolo o alla colpa ai soli fini dell'ulteriore adozione, da parte dell'Anac, di sanzioni di carattere interdittivo (art. 80, comma 12)."

**TAR Cagliari, Sez. II, 17/02/2020, n. 101**

*In caso di affidamento diretto, l'invio del preventivo tramite PEC non viola il principio di segretezza.*

*L'affidamento diretto non implica valutazioni tecniche*

"dato il carattere informale della procedura, l'invio del preventivo tramite pec non appare porsi in violazione del principio di segretezza delle offerte economiche che, come noto, è posto a presidio dell'attuazione dei principi di trasparenza e par condicio dei concorrenti, a garanzia "del corretto, libero ed indipendente svolgimento del processo intellettuale – valutativo che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica ed in particolare con l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri attraverso cui quest'ultima viene valutata" (Cons. Stato n. 3287/2016). ... Il carattere informale della procedura di affidamento diretto, posta in essere dalla Stazione Appaltante (e preceduta dalla richiesta di tre preventivi), non comportava valutazioni comparative fra offerte tecniche ma un semplice confronto fra le proposte economicamente migliorative. ... In questo peculiare contesto il previsto invio tramite PEC delle offerte risulta ammissibile e legittimo, non avendo tale formulazione inciso profili di tutela, giuridicamente rilevanti, in tema di mantenimento della segretezza delle offerte."

**TAR Lazio, Sez. II-bis, 14/02/2020, n. 1994**

*Mancata indicazione dei costi della manodopera per impossibilità materiale di utilizzo del modulo predisposto dall'amministrazione e attivazione del soccorso istruttorio*

"Come chiarito dalla più recente giurisprudenza del Giudice d'Appello (Cons. St., sez. V, 24 gennaio 2020, n. 604), a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia, può ritenersi definitivamente chiarito (cfr. anche A.P., ord. n. 13 del 2019, con la quale in relazione alla medesima questione è stata ritenuta "non più rilevante (.....) la pronuncia pregiudiziale richiesta" proprio in considerazione della decisione della Corte di Giustizia), che l'automatismo espulsivo correlato al mancato scorporo nell'offerta economica dei costi inerenti alla sicurezza interna derivante dal combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici è conforme al diritto europeo, con la specificazione, però, di una eccezione a tale regola, correlata all'ammissibilità del soccorso istruttorio malgrado l'offerta non rechi la separata indicazione dei costi relativi alla sicurezza interna, la quale deve ritenersi circoscritta alle ipotesi di materiale impedimento nell'assolvere ad un obbligo di legge che sulla base della diligenza professionale ciascun operatore economico è tenuto a conoscere.

Nella fattispecie tale impossibilità materiale deve ritenersi sussistente, tenuto conto dell'espresso obbligo di utilizzazione del modulo predisposto dall'amministrazione, il quale non reca spazi per inserire i costi per la manodopera, risultando, dunque, del tutto erronee le argomentazioni della ricorrente in ordine alla assenza di vincolatività dei modelli nella procedura de qua, dovendosi anche considerare che, come peraltro rilevato dalla stessa Corte di Giustizia nella sopra indicata pronuncia, era finanche precluso agli offerenti la presentazione di documenti che non fossero stati espressamente richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice."

**TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 10/2/2020, n. 284**

*Il "quinto d'obbligo" da intendersi come una prestazione aggiuntiva rispetto al contratto originario che costituisce una sopravvenienza. Si sottrae alla previsione dell'art. 35, comma 4, del Codice dei contratti pubblici*

"Tale ultima norma è chiara nel definire il "quinto d'obbligo" come una prestazione aggiuntiva rispetto al contratto originario che costituisce una sopravvenienza. Essa quindi si sottrae alla previsione dell'art. 35, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, il quale fa riferimento a clausole già previste al momento della predisposizione degli atti di gara ed in questa sede inserite per effetto di scelta discrezionale della stazione appaltante – che evidentemente ne valuta ab initio l'utilità per l'interesse pubblico perseguito –, sia pur rimesse dette clausole, nella loro concreta applicazione, ad una successiva valutazione facoltativa dell'amministrazione. Tale ricostruzione risulta confermata dal fatto che il "quinto d'obbligo" rientra tra le modifiche contrattuali, oggetto di variante, e quindi si differenzia nettamente dai patti aggiunti al contenuto del contratto che si inseriscono nella fase di formazione del medesimo ed ai quali la norma in esame si rivolge.

Inoltre la sua inclusione negli atti di gara, ma non nel contratto, finirebbe per creare una distonia rilevante tra valore della gara e valore del contratto. Infatti l'art. 106, comma 12, del Codice dei contratti pubblici prevede che tale diritto potestativo ha fonte legale e non negoziale, innestandosi ab externo sul contratto il cui valore può essere ridotto o incrementato per effetto di scelte operate solo ex post dalla stazione appaltante, mentre il valore della gara risulterebbe fin dall'inizio ancorato ad un importo solo ipotetico e sicuramente divergente dalle offerte dei concorrenti, dal cui confronto concorrenziale dovrebbe di norma scaturire la difformità tra valore della gara e valore del contratto.

In considerazione di ciò nessuna norma del Codice dei contratti pubblici, e tantomeno l'art. 106, comma 12, richiede che il ricorso al "quinto d'obbligo" assuma rilevanza ai fini della determinazione del valore dell'appalto oggetto di gara. E non se ne può dunque tenere conto neppure per le soglie di rilevanza comunitaria."

**TAR Piemonte, Torino, Sez. I, 4/2/2020, n. 99**

*Gestione telematica della gara e marcatura temporale*

"la marcatura temporale consiste il processo di creazione e apposizione di una marca temporale su un documento informatico, digitale o elettronico, processo che avviene con la generazione, da parte di una terza parte fidata (il Certificatore accreditato), di una firma digitale del documento a cui è associata l'informazione relativa a una data e a un'ora certa. Nella gara in esame, la richiesta apposizione della marca temporale all'offerta economica entro la data del 8 agosto 2019 (termine specificato nel disciplinare telematico) consentiva di stabilire con certezza che quella specifica offerta economica – predisposta dall'operatore, solo a lui nota e ancora residente sul suo computer locale – fosse "chiusa" e immutabile alla data del 8 agosto 2019, corrispondente cioè alla medesima data in cui anche la documentazione amministrativa e l'offerta tecnica venivano caricate sul sito della stazione appaltante .... la gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella "conservazione" dell'integrità delle offerte, in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immutabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta. Inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara potrà accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data e all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura. Le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte (cfr.

Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2017, n. 5388; id., Sez. III, 25 novembre 2016, n. 4990; id., Sez. III, 03 ottobre 2016, n. 4050).”

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 1210 DEL 18 dicembre 2019  
PREC 213/19/S**

*“Gravi illeciti professionali – Esclusioni da precedenti gare per falsa dichiarazione – Producono effetti nella specifica gara o in quelle successive solo a seguito dell’iscrizione al Casellario ANAC”*

“Un partecipante ad una gara di appalto non è tenuto a dichiarare le esclusioni comminate nei suoi confronti in precedenti gare per aver dichiarato circostanze non veritiere, poiché, al di là dei provvedimenti sanzionatori spettanti all’ANAC in caso di dolo o colpa grave nel mendacio, la causa di esclusione dell’omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione si riferisce – e si conchiude – all’interno della procedura di gara in cui è maturata.”

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 1208 DEL 18 dicembre 2019  
PREC 209/19/S**

*“Criteri di aggiudicazione – Minor prezzo – Servizi o forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato – Si devono intendere tutti quei servizi che, per loro natura, sono strettamente vincolati a precisi ed inderogabili standard tecnici o contrattuali e per i quali non vi è alcuna reale necessità di far luogo all’acquisizione di offerte differenziate”*

“Per i contratti con caratteristiche standardizzate non vi è alcuna ragione né utilità di valorizzare gli elementi non meramente economici delle offerte, perché queste, proprio perché strettamente assoggettate allo standard, devono assolutamente coincidere tra le varie imprese. Il “minor prezzo” resta dunque circoscritto alle procedure per l’affidamento di forniture o di servizi che sono, per loro natura, strettamente vincolate a precisi ed inderogabili standard tecnici o contrattuali, e per le quali non vi è alcuna reale necessità di far luogo all’acquisizione di offerte differenziate. In tali casi può prescindere da una peculiare e comparativa valutazione della qualità dell’esecuzione, in quanto questa viene fissata inderogabilmente a priori dal committente nell’allegato tecnico.”

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 1115 DEL 27 novembre 2019  
PREC 187/19/S**

*"Mancata produzione del contratto di avvalimento – recesso dell'ausiliario – sostituzione non ammessa"*

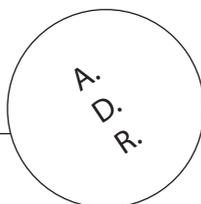
"La ratio dell'art. 89, co. 3 del d.lgs. 50/2016 sta nell'evitare di far ricadere sul concorrente le conseguenze negative derivanti dalla carenza o perdita di un requisito in capo all'ausiliaria. Non è invece ammissibile la sostituzione dell'ausiliaria in un caso, come quello in questione, in cui il concorrente ometteva di produrre in gara, pur a seguito di soccorso istruttorio, il contratto di avvalimento ritualmente sottoscritto e il recesso dell'ausiliario non dipendeva dalla perdita di un requisito di partecipazione.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

la sostituzione della ditta ausiliaria, nel caso di specie, non appare rientrare nell'ambito di applicazione del richiamato art. 89, co. 3 d.lgs. 50/2016, in quanto la ratio della norma, come evidenziato dalla giurisprudenza, sta nell'evitare di far ricadere sul concorrente le conseguenze negative derivanti dalla carenza o perdita di un requisito in capo all'ausiliaria. Non è invece ammissibile la sostituzione dell'ausiliaria in un caso, come quello in questione, in cui il concorrente ometteva di produrre in gara, pur a seguito di soccorso istruttorio, il contratto di avvalimento ritualmente sottoscritto e il recesso dell'ausiliario non dipendeva dalla perdita di un requisito di partecipazione."

## A Domanda Rispondiamo



# 1

**Negli affidamenti di importo inferiore ai 150.000 euro quali sono i mezzi a comprova dell'avvenuta esecuzione dei lavori ammessi dal Codice dei Contratti pubblici?**

Per partecipare alle gare di lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, gli operatori economici in assenza della qualificazione SOA devono essere in possesso dei requisiti di cui all'art. 90 del DPR n. 207/2010. Tra gli altri requisiti, la norma richiede di aver eseguito nel quinquennio lavori analoghi per un importo non inferiore all'importo del contratto da stipulare.

L'unica modalità di comprova dell'avvenuta esecuzione di lavori, consentita dal Codice dei contratti, è rappresentata dal Certificato di esecuzione dei lavori (CEL) emessi dalla stazione appaltante.

Solamente l'impresa che sia in possesso, al momento della presentazione della domanda, del Certificato Esecuzione Lavori può dichiarare il possesso del requisito, poiché solo quell'impresa è in grado di comprovarlo.

# 2

**La mancata indicazione negli atti di gara da parte della Stazione Appaltante dei costi della manodopera ai sensi dell'art. 23 comma 16 del codice, ne determina l'illegittimità?**

Ai sensi dell' art. 95, comma 10 del Codice, la Stazione Appaltante non è tenuta ad indicare in atti il costo della manodopera nei servizi di natura intellettuale e nelle forniture senza posa in opera. Infatti, così come non può essere tenuto l'offerente ad una simile operazione, vista o la totalizzante presenza di manodopera nel servizio intellettuale o la totale assenza dello stesso nelle forniture prive di posa in opera, parimenti, non deve ritenersi obbligata la stazione appaltante.

Tuttavia, a prescindere della natura dell'affidamento, la mancata riproduzione dell'obbligo di indicare il costo della manodopera nel bando e nel capitolato della gara non ne determina l'illegittimità, in quanto da tale lacuna non deriva l'inoperatività degli obblighi dichiarativi in capo agli operatori economici i quali comunque sono tenuti ad indicare i costi della manodopera in sede di offerta.

La mancata indicazione del costo della manodopera non impedisce lo svolgimento del confronto concorrenziale e non può conseguentemente incidere sugli esiti dello stesso (**Cfr. Tar Puglia, sez. III, Bari, 17 luglio 2019, n. 1038; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 08 giugno 2018, n. 1446**)

### 3

#### Quali limiti incontra il diritto di accesso agli atti ex art. 53 del d.lgs. n. 50/2016?

La norma che disciplina l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici è l'art. 53 d.lgs. n. 50 del 2016, che richiama la disciplina generale di cui agli artt. 22 ss. l. 7 agosto 1990, n. 241, ma vi aggiunge speciali e specifiche disposizioni derogatorie in punto di differimento, di limitazione e di esclusione della pretesa ostensiva in considerazione delle peculiari esigenze di riservatezza. L'art. 53 comma 5 lett. a) del codice "esclude il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione: a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali". Dunque, il divieto di ostensione presuppone da un lato che l'operatore economico abbia allegato all'offerta «motivata e comprovata dichiarazione», mediante la quale dimostri l'effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia; dall'altro che l'istante che eserciti diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, dimostri non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio. La mera intenzione di verificare e sondare l'eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale (anche da parte di chi vi abbia, come l'impresa seconda graduata, concreto ed obiettivo interesse) non legittima un accesso meramente esplorativo a informazioni riservate, perché difetta la dimostrazione della specifica e concreta indispensabilità a fini di giustizia (**Cfr. sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 64 del 7 gennaio 2020**).

### 4

#### Un affidamento diretto richiede comunque una preventiva fissazione di regole e principi?

I principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, economicità sono applicabili a tutte le procedure pubbliche di selezione ed espressamente richiamati peraltro nell'art. 36, comma 1, d.lgs. 50/2016.

L'osservanza di tali principi comporta una preventiva fissazione di regole e principi - anche in un affidamento diretto di importo inferiore ad € 40.000,00 - in grado:

- da un lato, di orientare in modo non discriminatorio la comparazione tra le offerte e la scelta finale;
- dall'altro, di rendere trasparente e conoscibile il processo decisionale in concreto seguito dalla Amministrazione.

### 5

#### Chi è il soggetto legittimato a stipulare il contratto d'appalto?

Solitamente la sottoscrizione di questi atti è riconosciuta in capo al personale con qualifica dirigenziale, secondo i singoli ordinamenti interni. Nelle amministrazioni centrali, di norma coincide con quella del dirigente generale di cui all'art. 16, comma 1, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165; per gli enti locali si farà riferimento ai dirigenti dotati dei poteri di cui agli artt. 107 e 109 T.U.O.EE.LL.

Qualora all'esercizio di tale potere fosse preposto un delegato, la scelta ricade generalmente su soggetti che ricoprono un ruolo e affine a quello dirigenziale e, in tal caso, l'atto di delega deve essere richiamato ed allegato al contratto stipulato.

## 6

### **Nelle procedure telematiche le offerte economiche sono soggette all'imposta di bollo?**

L'Agenzia delle Entrate Direzione Provincia Autonoma di Trento con l'interpello n. 906-101/2019, ha chiarito che l'offerta economica, presentata nelle procedure di gara telematica per l'affidamento di lavori, non debba essere assoggettata ad imposta di bollo ai sensi dell'articolo 2 della Tariffa, Parte prima, allegato A al DPR n. 642/1972, quale scrittura privata con la quale si creano rapporti giuridici, in coerenza con quanto chiarito a proposito delle procedure di acquisto di beni e servizi tramite il mercato elettronico. L'imposta di bollo si applica unicamente al contratto di appalto, stipulato ad avvenuta aggiudicazione, e ai documenti facenti parte integrale del contratto, ivi compresa l'offerta economica, sempre che non rientrino nell'articolo 28 della Tariffa, Parte seconda, allegata al DPR n. 642/1972.

Del resto nello stesso senso si era già espressa l'Agenzia delle Entrate con la risoluzione n. 96/2013 affermando che "le offerte economiche presentate dagli operatori che non sono seguite dall'accettazione da parte della Pubblica Amministrazione non sono, invece, rilevanti ai fini dell'applicazione dell'imposta di bollo. Si tratta, infatti, di mere proposte contrattuali, la cui validità permane sino al termine indicato dalla procedura, che non producono effetti giuridici qualora non seguite dall'accettazione".

Parrebbe dunque che nelle procedure telematiche (obbligatorie dal 18 ottobre 2018) l'offerta economica sia esente dall'imposta di bollo.

## 7

### **A far data dal 1 gennaio 2020 quali nuovi controlli devono effettuare le stazioni appaltanti?**

Gli Enti Pubblici dal 1 gennaio u.s. sono tenute ad effettuare controlli sulle ritenute fiscali operate ai dipendenti nella filiera degli appalti e subappalti. La nuova disciplina sui controlli (prevista dall'art. 17 bis del decreto legislativo n. 241/1997, inserito dall'art. 4 del Decreto Fiscale n. 124/2019, convertito dalla legge n. 157/2019) ha previsto a carico dei committenti di opere o servizi che affidano il compimento di una o più opere o di uno o più servizi di importo complessivo annuo superiore a 200.000 euro a un'impresa, tramite contratti di appalto, subappalto, affidamento a soggetti consorziati o rapporti negoziali comunque denominati caratterizzati da prevalente utilizzo di manodopera presso le sedi di attività del committente con l'utilizzo di beni strumentali di proprietà di quest'ultimo o ad esso riconducibili in qualunque forma, l'obbligo di richiedere all'impresa appaltatrice o affidataria e alle imprese subappaltatrici, obbligate a rilasciarle, copia delle deleghe di pagamento relative al versamento delle ritenute trattenute dall'impresa appaltatrice o affidataria e dalle imprese subappaltatrici ai lavoratori direttamente impiegati nell'esecuzione dell'opera o del servizio.

Le norme trovano applicazione dal 1° gennaio 2020, con riferimento anche ai contratti di appalto, affidamento o subappalto stipulati in un momento antecedente al 1° gennaio 2020.

# Possesso dei requisiti ...focus e ultime indicazioni

di Giuseppe Croce

IN  
PIL  
LOLE

Scorrendo la Giurisprudenza dell'ultimo periodo in tema di possesso dei requisiti, certamente molteplici sono le pronunce e molteplici i versanti e le direzioni da cui poter affrontare il tema in oggetto, fosse esso dal fronte dei soggetti possessori dei requisiti, fosse esso dal fronte del contenuto sostanziale del requisito stesso; perciò effettivamente una rassegna aperta può risultare utile per un aggiornamento schematico, contestualizzato e plurilaterale sul tema.

Sul piano soggettivo interessante TAR Roma, 18.11.2019 n. 13237, il quale richiamando all'art. 83 comma 8 del d.lgs. 50/2016, ne evidenzia la natura imperativa ed inderogabile, sia per il tenore letterale utilizzato ("la mandataria deve in ogni caso") sia in quanto espressiva della esigenza di "garantire che l'impresa capogruppo sia il soggetto più qualificato e sia affidataria della parte preponderante dell'appalto" (TAR Napoli, sez. VIII, 8 aprile 2019 n. 1929; sez. III, 26 febbraio 2018, n. 1263, confermata da Consiglio di Stato, Sezione V, 2 agosto 2018, n. 4788).

In tema di avvicendamento tra soggetti affidatari di appalto e possesso dei requisiti, richiama attenzione il TAR Bolzano, 18.11.2019 n. 279, il quale osserva che secondo il più recente e condiviso indirizzo giurisprudenziale, la cessione di azienda, al pari dell'affitto d'azienda, mette il cessionario / affittuario nella condizione di potersi giovare dei requisiti e delle referenze in relazione al compendio aziendale: "...appare piuttosto condivisibile l'orientamento della giurisprudenza maggioritaria, che si è espressa nel senso che l'affitto d'azienda, alla stessa stregua della cessione, mette l'affittuario / cessionario, per ciò stesso, in condizione di potersi giovare dei requisiti e delle referenze in relazione al compendio aziendale" (così Cons. Stato, Sez. V, 3 agosto 2015, n. 3819), che l'atto di cessione di azienda abilita la società subentrante, previa verifica dei contenuti effettivamente traslativi del contratto di cessione, ad utilizzare i requisiti maturati dalla cedente" (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2306) e che "sono certamente riconducibili al patrimonio di una società o di un imprenditore cessionari prima della partecipazione alla gara di un ramo d'azienda i requisiti posseduti dal soggetto cedente, giacché essi devono considerarsi compresi nella cessione in quanto strettamente connessi all'attività propria del ramo ceduto" (così Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2010, n. 6550)" (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 17 marzo 2017, n. 1212; nello stesso senso anche Sez. III, 12 dicembre 2018, n. 7022).

Interessante anche Consiglio di Stato, sez. V, 15.11.2019 n. 7846 che pronunciando in tema di requisito di idoneità professionale e iscrizione in camera di commercio intendendo dare continuità ad una Giurisprudenza consolidata rammenta che, nell'impostazione del nuovo codice appalti l'iscrizione camerale è assunta a requisito di idoneità professionale [art. 83, comma 1, lett. a), e 3, d.lgs. n. 50/2016], anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico professionale ed economico-finanziaria dei partecipanti alla gara di cui alle successive lettere b) e c) del medesimo comma: la sua utilità sostanziale è infatti quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico (in tal senso Cons. di Stato, III, 8 novembre 2017, n. 5170; Cons. di Stato, V, 25 luglio 2019, 5257).

Pertanto, da tale ratio delle certificazioni camerali, nell'ottica di una lettura del bando che tenga conto

della funzione e dell'oggetto dell'affidamento, si è desunta la necessità di una congruenza o corrispondenza contenutistica, tendenzialmente completa, tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di Commercio, e l'oggetto del contratto d'appalto, evincibile dal complesso di prestazioni in esso previste: l'oggetto sociale viene così inteso come la "misura" della capacità di agire della persona giuridica, la quale può validamente acquisire diritti ed assumere obblighi solo per le attività comprese nello stesso, come riportate nel certificato camerale (Cons. di Stato, V, 7 febbraio 2012, n. 648; IV, 23 settembre 2015, n. 4457).

Quando, dunque, il bando richiede il possesso di una determinata qualificazione dell'attività e l'indicazione nel certificato camerale dell'attività stessa, quest'ultima va intesa in senso strumentale e funzionale all'accertamento del possesso effettivo del requisito soggettivo di esperienza e fatturato, costituente il requisito di interesse sostanziale della stazione appaltante: pertanto, sebbene eventuali imprecisioni della descrizione dell'attività risultanti dal certificato camerale non possono determinare l'esclusione della concorrente che ha dimostrato l'effettivo possesso dei requisiti soggettivi di esperienza e qualificazione richiesti dal bando, nondimeno non può ritenersi irragionevole o illogica la previsione della legge di gara che richieda l'iscrizione alla CCIAA per l'attività oggetto dell'appalto, poiché tale iscrizione è finalizzata a dar atto dell'effettivo ed attuale svolgimento di tale attività, laddove le indicazioni dell'oggetto sociale individuano solamente i settori, potenzialmente illimitati, nei quali la stessa potrebbe astrattamente venire ad operare, esprimendo soltanto ulteriori indirizzi operativi dell'azienda, non rilevanti ove non attivati.

La su indicata corrispondenza contenutistica, sebbene non debba intendersi nel senso di una perfetta e assoluta sovrapposibilità tra tutte le singole componenti dei due termini di riferimento (il che porterebbe ad ammettere in gara i soli operatori aventi un oggetto pienamente speculare, se non identico, rispetto a tutti i contenuti del servizio da affidarsi, con conseguente ingiustificata restrizione della platea dei partecipanti), va accertata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, in virtù di una considerazione non già atomistica, parcellizzata e frazionata, ma

globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto.

L'interesse pubblico tutelato da tale disciplina normativa non è, infatti, la creazione e il rafforzamento di riserve di mercato in favore di determinati operatori economici, ma piuttosto quello di assicurare l'accesso al mercato (nel contemperamento con i principi della massima partecipazione e concorrenzialità) anche ai concorrenti per i quali è possibile pervenire ad un giudizio di globale affidabilità professionale (cfr. Cons. di Stato, III, 8 novembre 2017, n. 5170; III, 10 novembre 2017, n. 5182; V, 7 febbraio 2018, n. 796).

In definitiva, se è vero che la recente giurisprudenza ha affermato che l'identificazione dell'attività prevalente non può essere basata solo sui codici ATECO (aventi "preminente funzione statistica, in quanto finalizzati ad indicare l'attività nella domanda di iscrizione nel Registro delle imprese senza alcun rilievo sulla connotazione come attività prevalente o accessoria": così Cons. di Stato, V, 17 gennaio 2018, n. 262) – specie allorquando (come nella fattispecie in esame) la *lex specialis* non ne abbia prescritto uno specifico come requisito di idoneità professionale ai fini della partecipazione alla gara – è anche vero che l'accertamento della concreta coerenza della descrizione delle attività riportate nel certificato camerale con i requisiti di ammissione richiesti dalla *lex specialis* e con l'oggetto del contratto di appalto complessivamente considerato va svolto sulla base del confronto tra tutte le risultanze descrittive del certificato camerale e l'oggetto del contratto di appalto (cfr. Cons. di Stato, V, 25 settembre 2019, n. 6431; V, 25 luglio 2019, n. 5257).

Altra indicazione utile in tema di commistione tra requisiti di carattere soggettivo ed aspetti oggettivi, ci rimandano al Consiglio di Stato, sez. V, 24.01.2020 n. 611, il quale precisa che nell'ammettere che nell'ambito della valutazione delle offerte possano essere considerati anche aspetti di carattere soggettivo dell'operatore economico, concernenti "l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto", il sopra citato art. 95, comma 6, lett. e), del codice dei contratti pubblici richiede che sia dimostrata "un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione" di quest'ultimo.

In linea con quanto statuito dal giudice di primo grado, sul piano letterale, l'impiego dell'aggettivo "significativa" implica che sia dimostrato in modo incontrovertibile che per le qualificazioni possedute il concorrente offra garanzie di qualità nell'esecuzione del contratto apprezzabili in sede di valutazione tecnica delle offerte.

A ciò va aggiunto sul piano sistematico che il rigoroso limite entro cui è normativamente ammessa una commistione tra requisiti di carattere soggettivo ed aspetti oggettivi delle offerte è giustificato dall'esigenza, espressa dal comma 1 del medesimo art. 95 d.lgs. n. 50 del 2016, che i criteri di aggiudicazione assicurino "una concorrenza effettiva" e che, secondo quanto invece previsto dal comma 2 della medesima disposizione, siano rispettati i "principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento".

Le esigenze di effettiva concorrenzialità ed i principi generali ora enunciati impongono che la selezione avvenga per quanto possibile su basi oggettive e che, per contro, i criteri di aggiudicazione non siano preconfezionati in modo di assicurare un vantaggio ad un singolo operatore economico a prescindere dai contenuti delle offerte destinate ad essere presentate nella gara, ovvero che – secondo quanto affermato dal Tribunale – si determinino "asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo".

Certamente meritevole di considerazione è altresì la sentenza TAR Brescia, 20.02.2020 n. 147, la quale tra differenti aspetti, tratta anche di documentazione antimafia quale requisito necessario in sede di affidamento dell'appalto. In particolare, dispone l'art. 92 comma 3 rubricato "Termini per il rilascio delle informazioni" che "Decorso il termine di cui al comma 2, primo periodo [trenta giorni dalla data della consultazione prefettizia], ovvero, nei casi di urgenza, immediatamente, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, procedono anche in assenza dell'informazione antimafia.

I contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui all'articolo 67 sono corrisposti sotto condizione risolutiva e i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite".

Ai sensi dell'art. 88 comma 4-bis rubricato "Termini per il rilascio delle comunicazioni antimafia", "Decorso il termine di cui al comma 4 [trenta giorni dalla data della consultazione prefettizia], i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, procedono anche in assenza della comunicazione antimafia, previa acquisizione dell'autocertificazione di cui all'articolo 89. In tale caso, i contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui all'articolo 67 sono corrisposti sotto condizione risolutiva ...".

5.3 Dal tenore letterale delle disposizioni enunciate (cfr. uso della locuzione "anche") si evince l'assenza di un automatismo al compimento del termine stabilito per l'informativa e la comunicazione antimafia. Sia nei casi ordinari, sia nelle situazioni di urgenza, ogni determinazione è rimessa al prudente apprezzamento della stazione appaltante.

La delicatezza degli valori in conflitto (interesse alla sollecita esecuzione delle opere, forniture e servizi di natura collettiva e all'espulsione dal mercato delle commesse pubbliche di imprese colluse con ambienti criminali) esige una ponderazione comparativa rimessa alla pubblica amministrazione. Al di fuori di questa opzione, il possesso della certificazione antimafia costituisce un indubbio requisito di partecipazione, e soltanto la sua positiva verifica rende l'aggiudicazione disposta "efficace".

Tra l'altro sul tema si riporta una interessante rassegna messa a disposizione dall'ANAC, al seguente link [https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Comunicazione/News/\\_news?id=0fc243fc0a778042240dfeec5934344f](https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Comunicazione/News/_news?id=0fc243fc0a778042240dfeec5934344f).





# MEDIAAPPALTI

**Guida pratica in materia di appalti pubblici**

**Mediappalti ora è disponibile on line**

**Abbonati su [www.mediappalti.it](http://www.mediappalti.it)**

**Con soli 80 euro avrai accesso illimitato  
per 12 mesi a tutti i contenuti della rivista**

**MEDIAAPPALTI**

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 (BT)  
Tel. 0883.527171 - Mail: [redazione@mediappalti.it](mailto:redazione@mediappalti.it)

# i seminari in programma 2020

SEMI  
NA  
RI

A causa della complessa situazione che si è creata in seguito alla diffusione del Covid-19, e nel rispetto delle attuali indicazioni del Governo, il calendario dei corsi è in aggiornamento continuo.

Per conoscere le date aggiornate visitate il sito [www.mediaconsult.it](http://www.mediaconsult.it)

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



**Un nuovo obiettivo: un senso profondo!**



sulla

# Corte dei Conti

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

Medi  
Graphic  
**MEDIA**APPALTI

Rubrica bimestrale  
a cura di  
**Stefano Usai**

marzo  
**2020**

allegato alla Rivista mensile  
MediAppalti

## sommario

---

### **L'erogabilità degli incentivi per funzioni tecniche e le condizioni legittimanti (Corte dei Conti, regione Campania, deliberazione n. 16/2020)**

Premessa

1. La liquidazione dell'incentivo e la questione della terzietà nei controlli sulla liquidazione
2. La fase della liquidazione dell'incentivo
3. Incentivi in caso di mancata aggiudicazione della gara
4. Incentivi e mancata adozione degli atti di programmazione
5. Incentivo e nomina del direttore dell'esecuzione

**3**

### **Incentivi e locazione finanziaria per la realizzazione di opera pubblica (Corte dei Conti, regione Veneto, delibeazione n. 20/2020)**

Premessa

1. Le voci incentivabili
2. Incentivo e locazione finanziaria per la realizzazione dell'opera pubblica
3. I precedenti della sezione
4. La locazione finanziaria
5. Gli ostacoli al riconoscimento dell'incentivo
6. La conclusione (negativa)

**6**

### **Dei rapporti tra debito fuori bilancio e transazione (Corte dei Conti, sezione Lombardia, deliberazione n. 8/2020)**

Il quesito

1. Parere inammissibile
2. La questione del riconoscimento del debito fuori bilancio
3. La transazione

**13**

# **L'erogabilità degli incentivi per funzioni tecniche e le condizioni legittimanti**

---

## **Premessa**

È interessante, soprattutto sotto il profilo pratico/operativo, analizzare la recente deliberazione della Corte dei Conti della regione Campania, n. 16/2020, per la "qualità" dei quesiti posti dal sindaco di un comune campano. È bene premettere che la sezione ha ritenuto le questioni poste in tema di erogabilità degli incentivi per funzioni tecniche (ex art. 113 del Codice dei Contratti) inammissibili in quanto dirette a "stimolare l'esercizio di una funzione di consulenza generale che trascende l'interpretazione di norme contabili dal significato obiettivamente controverso".

L'aspetto interessante è che ai quesiti posti ci si può cimentare con dei riscontri utili sotto il profilo pratico.

### **1. La liquidazione dell'incentivo e la questione della terzietà nei controlli sulla liquidazione**

La prima questione sollevata è se l'ente può consentire la liquidazione degli incentivi direttamente da parte degli stessi beneficiari. La domanda, evidentemente, pone in modo ovvio la questione della terzietà dell'organo di controllo. È chiaro che un minimo di oggettività il procedimento lo dovrà pur assicurare ed il percettore del beneficio non potrà anche pretendere di essere l'organo di controllo. Del resto la funzione relativa agli appalti (per quanto concerne l'aspetto degli incentivi e non solo) esige una specifica relazione tecnica ai sensi dell'articolo 99 del codice che deve essere trasmessa anche al nucleo di valutazione. A parere di chi scrive, quindi, il percettore non può liquidare il beneficio (l'incentivo) ma dovrà predisporre la specifica relazione per un soggetto terzo (es. il responsabile del personale/responsabile del servizio finanziario) che ha l'obbligo di un controllo attento e trasparente onde evitare di essere chiamato in causa per danni erariali (o ingiusto vantaggio patrimoniale).

## **2. La fase della liquidazione dell'incentivo**

Altro quesito posto è quello di comprendere quale sia "la fase in cui dovrebbe essere liquidato l'incentivo? Avvenuta aggiudicazione e/o stipula del contratto o ogni singola fase: fine programmazione, fine affidamento, fine esecuzione?".

Il momento della liquidazione non può che riguardare la conclusione dei lavori/prestazione delle forniture/servizi. Anche perché è in relazione a questa fase che andranno verificate eventuali penalità per ritardi che determinano una riduzione dell'incentivo (secondo le disposizioni stabilite nel regolamento interno).

## **3. Incentivi in caso di mancata aggiudicazione della gara**

È interessante il successivo quesito in cui si legge se "In caso di espletamento – da parte della Stazione Unica Appaltante cui l'Ente aderisce – della procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento di un servizio conclusosi con esito infruttuoso, l'Ente è tenuto a corrispondere al RUP l'incentivo? E nel caso di ripetizione della procedura di gara, l'Ente deve corrispondere nuovamente i compensi incentivanti?".

Non si capisce come possa essere liquidato l'incentivo (e per quale ragione) se la gara non viene aggiudicata. Chi scrive ritiene che gli incentivi non possano essere liquidati e chi procede in questo senso potrebbe essere chiamato per danni erariali e responsabilità disciplinari.

## **4. Incentivi e mancata adozione degli atti di programmazione**

Altro quesito, invero curioso, è quello diretto a comprendere se l'incentivo per forniture e servizi debba essere erogato in caso di appalti conclusi ma avviati senza alcuna programmazione (programma biennale per acquisizioni di beni e servizi).

Come noto, il programma biennale per gli acquisti di beni e servizi costituisce l'autentica novità – in tema di programmazione – del nuovo codice dei contratti. Il programma trova una prima disciplina nell'articolo 21 del codice e, soprattutto, nel DM n. 14/2018 che detta indicazioni operative circa la redazione anche sul programma delle OO.PP.

La programmazione per i beni/servizi riguarda gli affidamenti di importo pari o superiori ai 40mila euro. L'aspetto di sostanza, che evidentemente condiziona anche il riscontro, è che il programma è obbligatorio nel senso che se non viene redatto, l'attività contrattuale (per gli importi di cui appena si è detto) non può essere svolta: per intendersi non possono essere effettuati gli appalti.

La mancata redazione del programma, in realtà, è "punita" con l'obbligo della specificazione delle

ragioni della mancata adozione nella sezione trasparenza e può essere causa di precise responsabilità disciplinari e di danni erariali (si pensi al caso in cui il finanziamento esterno sia condizionato alla previa approvazione della programmazione).

I responsabili potranno effettuare appalti – escluse situazioni di calamità – solo nel caso in cui predispongano il programma. Programma che, sotto il profilo pratico, dovrà essere inserito nel DUP ed essere rispettoso del bilancio.

Pertanto la mancata adozione del programma, esponendo l'ente a particolari vincoli ed a responsabilità precise per i responsabili inadempimenti impedisce non solo l'erogazione degli incentivi ma prima ancora la stessa possibilità di svolgere ed aggiudicare le gare.

#### **5. Incentivo e nomina del direttore dell'esecuzione**

**Decisamente classico, infine, l'ultimo quesito che si riporta integralmente:** "Per i servizi e forniture non è stato mai nominato in questo Ente il Direttore dell'esecuzione del contratto: può l'Ente erogare il compenso per l'attività svolta dal Rup nella procedura di affidamento di un Servizio, tra l'altro conclusosi con esito infruttuoso?".

La risposta è ben nota. Lo stesso codice dei contratti, comma 2 art. 113 dispone che la norma sugli incentivi (e quindi sulla possibilità di riconoscerli) "si applica agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione".

Pertanto, la condizione indispensabile, per forniture e servizi, è che sia stato nominato uno specifico e diverso (dal RUP) direttore dell'esecuzione.

Il direttore dell'esecuzione non può essere nominato discrezionalmente occorrono specifiche condizioni (ben declinate nelle linee guida ANAC n. 3) ed in particolare non può essere nominato per appalti di importo inferiore ai 500mila euro. In questi casi il direttore dell'esecuzione, o meglio, le funzioni del direttore dell'esecuzione devono essere svolte dal responsabile unico del procedimento.

Pertanto se non c'è il Dec, sia perché non può essere nominato sia perché non sia stato nominato l'incentivo non potrà mai essere erogato (in realtà non dovrebbe essere neppure previsto nel quadro economico).

# **Incentivi e locazione finanziaria per la realizzazione di opera pubblica**

---

## **Premessa**

La sezione affronta le problematiche poste da alcuni quesiti in tema rapporti tra gli incentivi per funzione tecniche e la locazione finanziaria per la realizzazione di opere pubbliche. In particolare il quesito era diretto a comprendere se sia o meno "possibile riconoscere legittimamente gli incentivi per funzioni tecniche di cui all'art. 113 del Codice dei contratti pubblici svolte dal personale dipendente nel caso della locazione finanziaria per la realizzazione di un'opera pubblica, qualora:

- a) nel quadro economico del progetto esecutivo dedotto nel contratto di locazione finanziaria risulti allocata anche la quota per gli incentivi per funzioni tecniche, quantificata, nel rispetto dell'apposito regolamento dell'Ente, sull'importo dei lavori affidati al soggetto realizzatore;
- b) tale quota, a fronte dello svolgimento da parte del personale comunale delle funzioni tecniche previste dall'art. 113 (verifica e validazione del progetto, funzioni di RUP, direzione lavori, ecc.) venga poi effettivamente trasferita al Comune da parte del soggetto finanziatore;
- c) sia rispettata la condizione prevista dall'art. 187, comma 1, ultima parte, del Codice dei contratti pubblici, ossia che i lavori non abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto del contratto principale.

## **1. Le voci incentivabili**

La sezione, dopo l'ampio richiamo sulla disciplina e sulle recenti modifiche, si sofferma sulle voci incentivabili che devono essere intese di stretta interpretazione (ovvero non è possibile una interpretazione analogica).

In particolare, in delibera si rammenta che l'attuale codice in vigore prevede, in maniera innovativa, l'incentivabilità di attività dirette ad assicurare l'efficacia della spesa e l'effettività della programmazione (come già evidenziato dalla Sezione regionale di controllo per la Toscana della Corte dei conti, con deliberazione n. 186/2017/PAR). Detta novità accompagna l'ampliamento del novero dei beneficiari degli incentivi tecnici, individuati ora anche nel personale pubblico coinvolto nelle diverse fasi del procedimento di spesa, dalla programmazione all'esecuzione del contratto.

I nuovi incentivi, comunque, non sono sovrapponibili agli incentivi per la progettazione della normativa previgente: come precisato nella legge delega (art. 1, comma 1, lett. rr, legge 28 gennaio 2016, n. 11), **questo compenso infatti è diretto a remunerare specifiche e determinate attività di natura tecnica svolte dai dipendenti pubblici, tra cui quelle della programmazione, predisposizione e controllo delle procedure di gara e dell'esecuzione del contratto, escludendo l'applicazione degli incentivi alla progettazione.**

La tassatività dell'elencazione predetta emerge – si legge in deliberazione - dall'utilizzo dell'avverbio "esclusivamente" inoltre, ad ulteriore conferma della portata derogatoria della norma, deve essere considerato anche il principio di onnicomprensività della retribuzione, che ne implica, come anticipato, la non estensibilità in via analogica.

## **2. Incentivo e locazione finanziaria per la realizzazione dell'opera pubblica**

Le considerazioni del Collegio, in ordine alla possibilità di riconoscere legittimamente gli incentivi per funzioni tecniche di cui all'art. 113 del Codice dei contratti pubblici svolte dal personale dipendente nel caso della locazione finanziaria per la realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, non possono prescindere dall'esame dell'applicabilità della ricostruzione effettuata dalla Sezione delle Autonomie con deliberazione n.15/ 2019/QMIG in relazione alla fattispecie della concessione.

Detta fattispecie, seppure trovi disciplina in una differente parte del codice, viene normalmente ricondotta, per struttura e funzioni, alla categoria dei contratti di "**Partenariato pubblico privato**" (cfr. la recente deliberazione n. 359/2019/PAR della Sezione regionale di controllo per la Lombardia, relativa al differente problema della escludibilità del tetto del 49% del costo complessivo dell'investimento di cui al comma 6 dell'art. 180 del canone di disponibilità di cui al comma 4 dello stesso articolo), entro cui appunto rientra la locazione finanziaria per la realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità.

La particolarità, imprescindibile, è che l'art. 113 del Codice, menzionando unicamente gli "appalti di lavori, servizi e forniture", sembrerebbe, secondo la sezione, escludere gli altri contratti pubblici. D'altra parte, continua la deliberazione, l'art. 164, comma 2, relativo alle concessioni, stabilisce che: "Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione".

Occorre chiarire, sottolinea la sezione, se tale o rinvio debba essere inteso esclusivamente con riferimento agli aspetti prettamente procedurali dell'esecuzione del contratto o, in senso più ampio, a tutte le norme, con l'unico limite della compatibilità, che disciplinano la fase dell'esecuzione, ivi compresa quindi la disposizione sull'incentivabilità delle funzioni tecniche.

### **3. I precedenti della sezione**

Già la stessa Sezione, in passato, ha sostenuto l'incentivabilità delle funzioni tecniche svolte in relazione alle concessioni (deliberazioni n. 198/2018/PAR e n. 455/2018/PAR) valorizzando in particolare la nozione unitaria di contratti pubblici imposta dal diritto positivo (cfr. art. 3, comma 1, lett. dd) del Codice) comprensiva sia dei contratti di appalto che di concessione (ferma restando la fondamentale differenza del c.d. rischio operativo insito nella concessione, che giustifica la diversa forma di remunerazione accordata all'operatore economico). L'ipotesi estensiva, si legge nella deliberazione, "appariva confortata dalla ratio sottesa al riconoscimento del meccanismo premiale, che sarebbe anzitutto quella di stimolare e premiare l'ottimale utilizzo delle professionalità interne, rispetto al ricorso all'affidamento all'esterno di incarichi professionali, che sarebbero comunque forieri di oneri aggiuntivi per l'Ente, con aggravio della spesa complessiva". La tesi non è stata ritenuta condivisibile dalla sezione delle Autonomie.

Ques'ultima, infatti, chiamata a pronunciarsi in merito ha espresso – questione di massima – un riscontro negativo fondato essenzialmente sul dato normativo.

In particolare, con la questione di massima si è puntualizzato il principio di diritto per cui "gli incentivi (...) sono destinabili al personale dipendente dell'ente esclusivamente nei casi di contratti di appalto e non anche nei casi di contratti di concessione".

Il pronunciamento della Sezione delle Autonomie ha espressamente valorizzato alcuni profili:

a) la circostanza che appalti e concessioni sono trattate in parti diverse dell'apparato normativo, elemento non irrilevante tenuto conto che il legislatore, quando ha voluto, ha specificatamente richiamato insieme le due tipologie, oppure ha genericamente fatto riferimento a "contratti pubblici",

sicché la lettura della disposizione di cui al secondo comma dell'art. 164 "non può indurre invero a ritenere che anche l'art. 113 sia applicabile ai contratti di concessione", posto che essa indica puntualmente gli àmbiti per i quali si deve fare rinvio alle disposizioni contenute nelle parti prima e seconda;

b) la mancanza, nel caso di concessioni, di "uno specifico stanziamento non riconducibile ai capitoli dei singoli lavori, servizi e forniture";

c) il fatto che gli incentivi sono stati individuati espressamente ed in forma tipica dal legislatore, non potendosi diversamente interpretare il tenore del comma 5-bis dell'art. 113 che, riferendosi ai capitoli di spesa per contratti di appalto, ha escluso l'assoggettabilità degli incentivi ai vincoli di spesa in materia di personale;

d) le diverse caratteristiche strutturali delle due tipologie di contratti, in quanto, essenzialmente, quelli di appalto comportano spese e quelli di concessioni entrate, il che porta a dubitare se, in ipotesi, il parametro per la determinazione del fondo per i compensi incentivanti sia da individuarsi nell'importo a base di gara o con riferimento al canone dovuto dal concessionario, concludendosi che "in realtà, si dovrebbe far ricorso ad uno stanziamento di spesa specifico, che, come si è detto, non è previsto per legge e che appare, quindi, di dubbia legittimità. Senza contare che la copertura, essendo legata alla riscossione dei canoni concessori, resta gravata da un margine di aleatorietà".

La Sezione delle Autonomie ha inquadrato la vicenda in un ambito generale che "tiene conto anche delle criticità che potrebbero emergere sotto il profilo finanziario, evidenziando inoltre, in relazione alla possibile soluzione (prospettata dalla Sezione rimettente) che individui il parametro di riferimento per la quantificazione del fondo nell'importo posto a base di gara, l'implicazione critica consistente nel fatto che, soprattutto nel caso di operazioni di notevole entità, prevedere di pagare incentivi a fronte di flussi di entrata che potrebbero essere incerti esporrebbe l'ente al rischio di insostenibilità".

#### **4. La locazione finanziaria**

Giungendo al merito della questione posta, la sezione affronta in modo diretto, e come primo argomento, il profilo sistematico (relativo all'inquadramento della locazione finanziaria).

Testualmente, in delibera si legge che la locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità è disciplinata dall'art. 187 del Codice. La norma in parola si colloca nella parte IV, dedicata ai contratti di Partenariato pubblico privato e contraente generale, ai quali, per la previsione di cui all'art. 179: "si applicano le disposizioni di cui alla parte I, III, V e VI, in quanto compatibili" (co. 1) e, sempre in quanto compatibili: "le previsioni della presente parte, le disposizioni della parte II, titolo I a seconda che l'importo dei lavori sia pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 35, ovvero inferiore, nonché le ulteriori disposizioni della parte II indicate all'articolo 164" (comma 2).

**Vengono pertanto escluse dall'ambito di applicabilità ai contratti di partenariato le norme contenute nel titolo V della Parte II, ivi compreso l'art. 113. Ragionamenti diversi, prosegue l'estensore, non troverebbero avvallo dalla sezione delle Autonomie per le stesse ragioni – semplificando – desumibili dall'intervento sopra richiamato.**

Anzi sono proprio le riflessioni della sezione delle Autonomie che possono considerarsi dirimenti rispetto alla fattispecie all'odierno esame **ed in particolare la mancanza di uno specifico stanziamento non riconducibile ai capitoli dei singoli lavori, servizi e forniture.**

Questo aspetto è stato ben evidenziato dalla Sezione rimettente, che aveva colto l'importante differenza rispetto al caso dei contratti di appalto, nei quali: "gli incentivi di che trattasi gravano sul medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture: pertanto, già nell'ambito delle risorse destinate al contratto pubblico, una parte viene accantonata, a monte, per la specifica finalità dell'erogazione del compenso incentivante quale premialità per la realizzazione della procedura competitiva e la corretta esecuzione del contratto" (Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 96/2019/PAR).

## **5. Gli ostacoli al riconoscimento dell'incentivo**

Proprio l'ultimo aspetto pare essere l'elemento che costituisce ostacolo al riconoscimento dell'incentivabilità delle funzioni connesse alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, posto che la sua funzione (anche) di finanziamento, **implica che manchi nel bilancio dell'Amministrazione lo specifico stanziamento di spesa cui parametrare la misura del fondo incentivante, determinando oneri non aleatori e su cui pertanto sono fondate, secondo l'insegnamento della Sezione delle Autonomie, tanto la mancata assoggettabilità alla normativa vincolistica di spesa per il personale quanto la legittima erogazione degli incentivi per funzioni tecniche.**

Lo stanziamento di spesa, nel quadro normativo vigente, costituisce sicuramente l'elemento centrale per la configurabilità della previsione incentivante, in questo senso proviene la conferma della giurisprudenza consultiva contabile "in base alla quale la propedeuticità del regolamento ai fini del perfezionamento del diritto non impedisce che quest'ultimo possa disporre la ripartizione degli incentivi anche prima dell'adozione del regolamento stesso, utilizzando le somme già accantonate allo scopo nel quadro economico riguardante la singola opera (Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 185/2017/PAR; Sezione regionale di controllo per il Veneto, deliberazione n. 353/2016/PAR; Sezione regionale di controllo per il Piemonte, deliberazione n. 177/2017/PAR)". L'ipotesi di un finanziamento successivo – secondo la prospettazione posta dal sindaco istante -, "che sembra subordinare il riconoscimento degli incentivi al successivo trasferimento" alla stazione appaltante "da parte del soggetto finanziatore, **non solo non risolve il problema della aleatorietà della copertura, ma rende evidente come non si possa affermare che in tal caso le risorse eventualmente destinabili alla copertura dell'onere troverebbero capienza in**

**uno stanziamento specificamente previsto a tal fine.**

**Sempre secondo l'insegnamento della deliberazione 15/SEZAUT/2019/PAR, gli incentivi sono stati individuati "espressamente ed in forma tipica dal legislatore", dovendosi interpretare il riferimento ai capitoli di spesa per contratti di appalto come condizione per escludere l'assoggettabilità degli incentivi ai vincoli di spesa in materia di personale; una differente copertura dei relativi oneri non potrebbe pertanto legittimamente rientrare nell'ambito di applicabilità della norma incentivante".**

In questo senso gli stessi principi contabili (e precisamente l'Allegato 4/2 al decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118) relativamente all'operazione di leasing in costruendo, prevedono che i canoni periodici debbano essere registrati distinguendo la parte interessi, da imputare in bilancio tra le spese correnti, dalla quota capitale, da iscrivere tra i rimborsi prestiti della spesa, **mentre al termine del rapporto contrattuale la spesa per l'esercizio del riscatto è registrata tra le spese di investimento**. È quindi presente uno degli elementi che, in relazione agli appalti, consentono di riconoscere l'incentivabilità delle funzioni tecniche ed al tempo stesso la non rilevanza del relativo onere per quanto riguarda la spesa per il personale, vale a dire la natura della spesa, ben individuata, che non è spesa per il personale.

Quest'ultima annotazione non pare sufficiente, secondo la sezione, **a superare l'ostacolo della mancanza di una voce di spesa dedicata, in quanto evidentemente la spesa per il riscatto del bene non coincide con l'importo posto a base di gara (ed anche qualora astrattamente i due importi coincidessero, differente sarebbe la natura della spesa, per quanto non inerente al personale).**

Del resto, lo stesso art. 113, se al secondo comma specifica, come visto, quali sono le funzioni incentivabili, **al primo determina su quali specifici oneri ne va parametrata la remunerazione, ed essi sono oneri inerenti alla realizzazione dell'appalto** ("Gli oneri inerenti alla progettazione, alla direzione dei lavori ovvero al direttore dell'esecuzione, alla vigilanza, ai collaudi tecnici e amministrativi ovvero alle verifiche di conformità, al collaudo statico, agli studi e alle ricerche connessi, alla progettazione dei piani di sicurezza e di coordinamento e al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione quando previsti ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81, alle prestazioni professionali e specialistiche necessari per la redazione di un progetto esecutivo completo in ogni dettaglio fanno carico agli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti"). Pertanto, se si parametrasse l'incentivo sulla spesa per il riscatto, si sarebbe al di fuori dell'ambito applicativo della norma incentivante, e se si parametrasse l'incentivo sulla spesa per l'appalto, si farebbe riferimento ad una spesa che non compare nel bilancio dell'amministrazione. Entrambe le due condizioni, invece, appaiono come visto indispensabili.

## **6. La conclusione (negativa)**

La risposta negativa – alla possibilità di ritenere incentivabile la struttura della locazione finanziaria – sembra avallata anche dalla recente pronuncia della Sezione regionale di controllo per la Lombardia, che, investita di questione analoga, ha rilevato che il principio di diritto enunciato dalla 15/SEZAUT/2019/PAR **trovi completa e totale applicazione non solo nell'ipotesi di concessione, ma anche nel caso in cui la questione attenga ad altre forme contrattuali rientranti nelle forme di Partenariato pubblico privato, ha ritenuto di dover adottare "un'interpretazione estensiva della suindicata prospettazione esegetica anche nei confronti dei contratti di leasing in costruendo" (deliberazione n. 311/2019/PAR, ed orientamento poi confermato dalla successiva deliberazione n. 429/2019/PAR della medesima Sezione).**

Il Collegio, conclude - pur consapevole delle ragioni di ordine sistematico evidenziate -, che, data la ratio della previsione di funzioni incentivabili, ritenendo che il quadro normativo attualmente vigente non consenta di riconoscere legittimamente detti incentivi per funzioni tecniche svolte dal personale della stazione appaltante per la realizzazione di un contratto di locazione finanziaria per opere pubbliche o di pubblica utilità.

# **Dei rapporti tra debito fuori bilancio e transazione**

---

## **1. Il quesito**

Un comune lombardo pone alla sezione il seguente quesito se “successivamente al riconoscimento del debito fuori bilancio da parte del Consiglio comunale, sia ammissibile per il comune stipulare con la controparte (...) atto transattivo che comporti un concreto vantaggio economico per l’Ente, a fronte della rinuncia di questo alla presentazione dell’appello, laddove permanga una situazione giuridica incerta per entrambe le parti, sia pur in presenza di una prima sentenza esecutiva sfavorevole al Comune”.

## **2. Parere inammissibile**

Il parere viene ritenuto inammissibile visto che le sezioni regionali di controllo "non possono pronunciarsi su quesiti che implicino valutazioni sui comportamenti amministrativi o attinenti a casi concreti o ad atti gestionali già adottati o da adottare da parte dell'Ente.

In tale prospettiva, si richiama il costante orientamento della Corte dei conti alla stregua del quale la funzione consultiva non può risolversi in una surrettizia modalità di co-amministrazione, rimettendo all'Ente ogni valutazione in ordine a scelte eminentemente discrezionali (vd. ex multis, deliberazione della Sezione regionale di controllo per le Marche n. 21/2012/PAR)".

## **3. La questione del riconoscimento del debito fuori bilancio**

Naturalmente la Corte non poteva avvallare né fornire risposta al quesito in quanto, lo stesso, implica chiara assunzione di responsabilità degli autori. Ciò che si può evidenziare, provando a cimentarsi su un possibile riscontro (considerata la frequenza delle situazioni in parola ed in specie in tema contenzioso sugli appalti) è che la transazione è questione diversa dal debito fuori bilancio.

Quest'ultimo semplificando trae origine dalla circostanza che una data prestazione non sia stata preceduta da un regolare impegno di spesa e, pertanto, la successiva fattura risulta "scoperta".

Per poter procedere con il pagamento è necessario il percorso abbastanza noto che coinvolge il Consiglio Comunale (previa proposta da parte del responsabile del procedimento di spesa), reperimento della risorsa e sulla stessa proposta dovrà essere acquisito anche il parere del revisore, a questo poi – una volta riconosciuta la legittimità del debito, farà seguito l'impegno di spesa e la liquidazione). Il procedimento è disciplinato nell'articolo 194 del decreto legislativo 267/2000.

## **4. La transazione**

La transazione è un contratto (art. 1965) con cui le parti, appunto, si fanno reciproche concessioni. La transazione - anch'essa con un percorso chiaro e precisa assunzione di responsabilità con coinvolgimento del revisore dell'ente - mira invece a comporre un potenziale conflitto che può avere effetti negativi per l'ente. In sostanza, per prevenire le conseguenze negative di un potenziale contenzioso, le parti si accordano per evitare le stesse con reciproche conseguenze.

La transazione, o meglio la proposta, dovrà essere corredata di una specifica relazione da parte del responsabile del procedimento di spesa in cui emergano chiaramente i vantaggi per l'ente sotto il profilo erariale. Una volta addivenuti alla transazione, recuperata la risorsa finanziaria, il responsabile del procedimento di spesa potrà procedere con l'assunzione dell'impegno di spesa.

La transazione di un debito fuori bilancio, evidentemente, è un ossimoro in quanto, a sommosso parere, il riconoscimento di un debito di importo inferiore (rispetto a quello risultante dalla prestazione ottenuta) rimane comunque un debito fuori bilancio che esige uno specifico procedimento di riconoscimento.

