Rivista mensile - Anno X, Numero 5

ottobre 2020

MEDIAPPALTI

Il RUP come componente della Commissione di gara. Orientamenti a confronto

Maggiori oneri esecutivi, adeguamenti contrattuali e riserve nei contratti pubblici a seguito della pandemia da Covid 19

L'Adunanza plenaria n. 16/2020 delinea il perimetro delle ipotesi di falso di cui all'art. 80, comma 5, lettere c-bis) ed f-bis), d.lgs. n. 50 del 2016

"Guida pratica in materia di appalti pubblici"

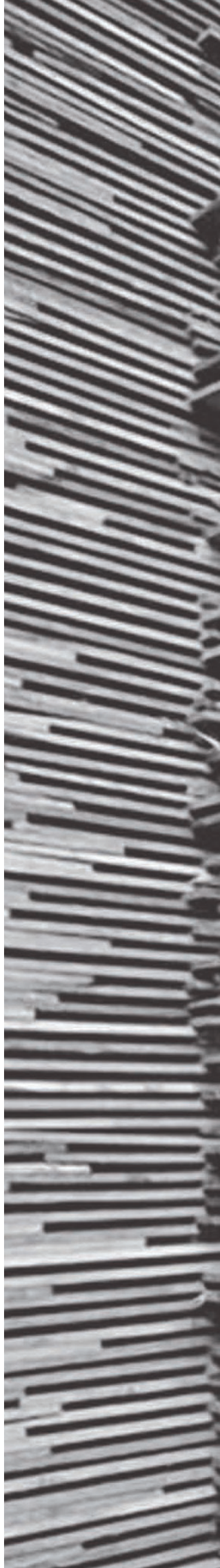
Media Graphic

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

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



approfondimento
aggiornamento
giurisprudenza
informazione
consulenza
normativa

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

ottobre
2020

EDI
TO
RIALE

La bicicletta

Ci vogliono muscoli reattivi e un fisico agile per arrivare in testa al gran premio della montagna. Siamo appassionati di ciclismo da quando ci incollavamo alle immagini raccontate da Carlo De Zan, aspettando lo scatto dello scalatore. La nostra generazione è cresciuta con le imprese di Bortolotto, Chiappucci, Pantani. Prima di loro nomi mastodontici come Binda, Bartali, Coppi. In tutti loro ritroviamo qualcosa che va oltre la prestazione fisica. Non si vincono con i muscoli lo Zoncolan, lo Stelvio, la Marmolada. Non solo. Per arrivare davanti a tutti, a volte anche solo per transitare sotto quel traguardo, ci vuole un'ostinata forza di volontà, una capacità di sopportazione del dolore, una particolare inclinazione al proiettarsi verso il futuro, verso l'impagabile gioia di scollinare. Ce la può fare chi sa padroneggiare la visione del futuro per dominare il presente, per non arrendersi alle fatali pendenze che la vita ci sottopone.

Questa visione del futuro è auspicata da Confindustria perché il paese possa affrontare, vincendo, la sfida della ripresa economica. "Da troppi anni – afferma il Presidente degli industriali Carlo Bonomi - in Italia manca una visione. Una visione di fondo capace di unire ciò che il nostro Paese sa fare con l'impatto della modernità, l'evoluzione formidabile delle tecnologie, gli effetti che tutto ciò può produrre in una società italiana che, in 25 anni, ha perso reddito e ha aumentato il tasso di diseguaglianza".

Il contesto nel quale sviluppare una visione rinnovata del paese è il Recovery Fund, un'opportunità dalla quale dipende il futuro di tutti. Fallire, secondo il Presidente degli industriali sarebbe un danno irreparabile per ogni singolo italiano. Al Governo il compito di stabilire obiettivi che soddisfino le richieste dell'Europa, il dovere di progettare il futuro con coraggio, creatività, lungimiranza.

Bisognerebbe saper immaginare un futuro che sappia innovare e rinnovare il paese, facendo perno sulle proprie risorse tradizionali. Negli anni che vengono potremmo essere protagonisti di un processo evoluzionistico del nostro sistema. Dovremo essere coraggiosi perché cambiare non è mai semplice. Dovremo superare le paure del nuovo.

"La legge dell'evoluzione ha un atteggiamento oppressivo e severo che fa paura a coloro che hanno una mente limitata e timorosa", diceva il poeta e filosofo libanese Gibran Kahlil Gibran. Non è un caso se la relazione di Bonomi all'Assemblea 2020 di Confindustria era intitolata "Il coraggio del futuro".

Per scrivere oggi il nostro futuro ci vuole uno sforzo mentale e sentimentale, intelligente ed empatico, che sappia coniugare la follia del precursore con il pragmatismo del matematico.
Il primo indicherà la meta, il secondo calcolerà il percorso per raggiungerla. Servirà empatia perché la strada che verrà tracciata sia capace di essere percorsa da tutti con entusiasmo e vigore, con un'irrefrenabile desiderio di arrivare fino in fondo, alzandosi sui pedali, spingendo forte con una rugosa smorfia di fatica sul volto ed una virile caparbietà nei muscoli e ancor prima nella propria testa. Ma la testa è nulla senza il cuore. Quanto amiamo questo paese? Quanto amiamo noi stessi? L'impegno che ci metteremo è proporzionale al nostro sapersi innamorare di una società esasperante che ci mette l'uno contro l'altro. Sapremo vedere oltre? Sapremo unirci per un fine comune?

Se non c'è unità non risolveremo alcunché. Dovrà mutare il paradigma dello stare insieme, del rapportarsi con gli altri, anche con il nostro diretto concorrente. Alla competizione dovremmo sostituire la condivisione. Sostituire il contro con il con. Una squadra che gioca con un'altra squadra, si diverte, si impegna per fare la propria gara, per vincere, ma mette sempre al centro "il giocare con". Una squadra che gioca "contro" un'altra è una squadra che scende in campo per affrontare, battagliare. Non esiterebbe a commettere qualche scorrettezza per primeggiare: una simulazione in piena area di rigore, un gomito un po' troppo alto in un corpo a corpo con l'avversario. Se non dovessimo passare dal contro al con, ad ogni livello, i risultati che raggiungeremo saranno deludenti, effimeri.

Potrebbe essere arrivato il momento che politici di diversi schieramenti, amministratori di differenti aree geografiche, imprenditori dello stesso settore, siano solidali. Ci facciano rivivere l'indimenticabile scena del passaggio della borraccia tra Bartali e Coppi.

Il Recovery Fund ci chiede questo. E, forse è proprio quello che ci fa più paura. Sapremo dimostrare unitarietà. La vera sfida è qui, perché sul piano dei progetti non è molto oneroso soddisfare le richieste dell'Europa. Perché, in fondo, non abbiamo grandi cose da inventarci, basterebbe seguire le linee guida dettate dall'Europa che punta su progetti relativi alla sostenibilità ambientale, alla produttività, all'equità e alla stabilità macroeconomiche, alla transizione digitale.

Sulla sostenibilità ambientale si gioca gran parte della credibilità del piano che il Governo dovrà presentare all'Europa per guadagnarsi i finanziamenti del Recovery Fund. La Commissione Europea chiede che almeno il 37% degli investimenti vada in questa direzione.

Un tema sul quale abbiamo molto su cui lavorare. I dati mostrati da Legambiente con il report "Mal aria" edizione speciale non sono positivi. Lo smog soffoca l'85% delle città attenzionate dai tecnici dell'associazione ambientalista. L'Italia, con la Germania, detiene il primato europeo delle nazioni con le città più spossate dallo smog. "Servono interventi infrastrutturali da mettere in campo per aumentare la quantità dell'aria, puntando sempre più su una mobilità sostenibile e dando un'alternativa al trasporto privato", sostiene il Direttore Generale di Legambiente Giorgio Zampetti.

Tra le strategie che si dovrebbero mettere in campo, gli incentivi alla diffusione delle auto elettriche. Alle Pubbliche Amministrazioni, invece, l'opportunità di investire nel rinnovo dei trasporti pubblici per arrivare a disporre di flotte interamente elettriche, e l'occasione di appaltare la realizzazione di piste ciclabili per agevolare gli spostamenti green.

I nostri campioni hanno scritto pagine di gesta leggendarie sulle loro biciclette. Noi, con le nostre, proveremo a salvare le città dall'inquinamento e la nostra economia dalla crisi. Le tecnologie avanzano. E' curioso come per raggiungere questi obiettivi, ci affideremo ad uno strumento inventato nel 1791 in Francia. Ma del resto, come diceva lo scrittore statunitense William Saroyan "la bicicletta è la più nobile invenzione dell'umanità".

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

La bicicletta **4**

In evidenza

L'incremento dei costi dopo l'aggiudicazione. I rimedi "transitori" per i servizi di pulizia e lavanderia in ambito ospedaliero previste dalla legge di conversione del DL Semplificazioni. **7**

Sotto la lente

Il RUP come componente della Commissione di gara. Orientamenti a confronto. **14**

Il Punto

I risvolti assicurativi della Legge semplificazioni: qual è l'interesse pubblico tutelato? **21**

Criteri ambientali minimi nel settore Edilizia: problematiche applicative e possibili soluzioni. L'intervento dell'ANAC. **27**

Maggiori oneri esecutivi, adeguamenti contrattuali e riserve nei contratti pubblici a seguito della pandemia da Covid 19 **36**

Il conflitto di interessi rilevante nel settore degli appalti pubblici **43**

L'Adunanza plenaria n. 16/2020 delinea il perimetro delle ipotesi di falso di cui all'art. 80, comma 5, lettere c-bis) ed f-bis), d.lgs. n. 50 del 2016 **50**

Pareri & Sentenze **58**

A Domanda Rispondiamo **63**

In pillole **66**

Osservatorio sulla Corte dei Conti

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

Hanno collaborato a questo numero:

Avv. Ilenia Paziani
Esperta in materia di appalti pubblici

Avv. Francesca Scura
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Dott.ssa Sonia Lazzini
Giurista e formatore in materia di obblighi assicurativi negli appalti e responsabilità pubbliche amministrazioni

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

Avv. Stefano de Marinis
Avvocato, già vicepresidente FIEC

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

L'incremento dei costi dopo l'aggiudicazione. I rimedi "transitori" per i servizi di pulizia e lavanderia in ambito ospedaliero previste dalla legge di conversione del DL Semplificazioni.

IN EVIDENZA

di Ilenia Paziani

Introduzione

L'emergenza sanitaria, in cui tuttora ci troviamo, ha inciso in maniera decisa sulla spesa pubblica e, conseguentemente (come è ormai più che noto ad ogni operatore del settore), sui contratti pubblici.
Uno degli aspetti maggiormente problematici della gestione dell'emergenza riguarda senz'altro la pulizia dei luoghi pubblici, in particolar modo la pulizia (tanto degli ambienti, quanto il servizio di lavanderia di camici e biancheria) degli ospedali.
Già prima dell'attuale pandemia, la pulizia negli ospedali era oggetto di periodiche discussioni, in quanto sia il personale, sia i pazienti e i visitatori devono essere protetti dal contrarre possibili infezioni. Soprattutto per i pazienti con malattie pregresse o per gli immunodepressi, una regolare ed efficace pulizia e disinfezione può rivestire un'importanza vitale.

Le operazioni di pulizia proteggono però anche il personale medico e assistenziale, sicché le operazioni di pulizia si configurano come un'importante componente della tutela della salute sul luogo di lavoro negli ospedali. È inoltre necessario che sia garantita la sicurezza anche nei confronti dello stesso personale addetto alle pulizie.

A maggior ragione, in piena pandemia risulta ancora più importante che tali esigenze di sicurezza siano garantite.
Pertanto, già lo scorso febbraio, il Ministero della salute aveva fornito indicazioni sulla sanificazione degli ambienti a fronte del nuovo coronavirus.
Secondo il Ministero, i Coronavirus possono infatti persistere sulle superfici inanimate in condizioni ottimali di umidità e temperature fino a 9 giorni. Un ruolo delle superfici contaminate nella trasmissione intraospedaliera di infezioni dovute ai suddetti virus è stato quindi ritenuto fin da subito possibile.

Di conseguenza, è stata suggerita una cadenza superiore per la sanificazione delle superfici a maggior frequenza di contatto da parte del paziente e per le aree dedicate alla vestizione/svestizione dei Dispositivi di Protezione Individuale (mascherine, camici, guanti ecc.) da parte degli operatori.

È stata inoltre prevista la predisposizione di apposite stanze di isolamento, che necessitano una sanificazione almeno una volta al giorno.
Per non parlare dell'utilizzazione di attrezzature dedicate o monouso per la decontaminazione ambientale, ovvero, per le attrezzature riutilizzabili, la loro decontaminazione dopo l'uso con specifici disinfettanti, nonché l'utilizzo di dispositivi di protezione individuale per i lavoratori e la formazione di chi è addetto alla sanificazione.
È evidente che quanto sopra evidenziato (a mero titolo esemplificativo) implica (ed ha certamente implicato nei mesi scorsi) un inevitabile **aumento dei costi in capo all'impresa** che si è aggiudicata o sta eseguendo un contratto di servizi di pulizia o in lavanderia all'interno di realtà ospedaliere.

Gli esecutori (o aggiudicatari) di tali servizi si sono infatti ritrovati a dover prevedere delle prestazioni ulteriori non previste dalla documentazione di gara, ovvero a dover aumentare il numero di ore di pulizia, o incrementare il personale disponibile, nonché a dover predisporre per ogni lavoratore idonei dispositivi di protezione individuali (quali mascherine, camici, guanti ecc.).

Ma cosa succede quando le modalità di pulizia indicate in un capitolato di gara di due/tre anni fa, non sono più idonee a garantire un'idonea sanificazione degli ambienti? L'appaltatore è comunque tenuto a garantire l'esecuzione di nuove prestazioni a fronte di esigenze sopravvenute?
È possibile modificare un contratto già aggiudicato o in corso di esecuzione integrando l'oggetto contrattuale con ulteriori prestazioni, non previste originariamente, ma che si rendono indispensabili a garantire un servizio idoneo a tutelare il diritto alla salute anche di chi lavora?

La gestione dell'emergenza sanitaria ha inciso direttamente su determinati contratti di servizi, come la pulizia e la lavanderia negli ospedali, determinando un aumento dei costi in capo all'appaltatore

Come è noto, in linea generale, nel settore degli appalti pubblici vige il principio di immodificabilità dell'offerta; pertanto, una volta giunti all'aggiudicazione, non è possibile apportare delle modifiche che possano incidere in maniera sostanziale sull'oggetto del contratto.

Lo scopo del presente contributo è quello di evidenziare i rimedi appositamente previsti dal legislatore in via transitoria (con il DL Semplificazioni) per i contratti di servizi di pulizia e lavanderia in ambito ospedaliero e di offrire al lettore una panoramica generale sui casi in cui il Codice dei Contratti pubblici consente la modifica del contratto in corso di esecuzione dal punto di vista oggettivo (il presente contributo non tratterà la modifica soggettiva dell'appaltatore).

1. L'articolo 4-*bis* DL semplificazioni (Legge 120/2020 recante "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*" pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 228 del 14 settembre 2020): ambito di applicabilità

Come anticipato, l'articolo 4-*bis* introdotto dal Senato in sede di conversione, introduce alcune norme transitorie per l'ipotesi in cui l'adeguamento alle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 abbia comportato o comporti un incremento della spesa prevista per i contratti pubblici relativi all'erogazione di servizi di pulizia o di lavanderia in ambito sanitario o ospedaliero.
Lo scopo della disposizione è quello di evitare, da un lato, che gli operatori economici si trovino costretti ad adempiere ad obblighi non previsti nel contratto stipulato, ovvero non contemplati nella legge di gara in relazione alla quale hanno presentato offerta; dall'altro lato a tutela della Stazione Appaltante che non aveva ipotizzato un impegno di spesa superiore a quello posto a base di gara.
Secondo l'articolo 4 – *bis* rubricato "Ulteriori misure in materia di contratti pubblici",

*1. In considerazione dell'**incremento dei costi derivanti dall'adeguamento alle misure di***

contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 nell'erogazione dei servizi di pulizia o di lavanderia in ambito sanitario o ospedaliero*, nel caso in cui detto adeguamento determini un* ***incremento di spesa di importo superiore al 20 per cento del prezzo*** *indicato nel bando di gara o nella lettera di invito, le stazioni appaltanti, in relazione alle procedure di affidamento* ***aggiudicate in data anteriore al 31 gennaio 2020****, possono procedere, qualora non abbiano già provveduto alla stipulazione del contratto e l'aggiudicatario non si sia già avvalso della facoltà di cui all'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, alla* ***revoca dell'aggiudicazione****, ai sensi dell'articolo 21-quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241. In tal caso, il provvedimento di revoca è comunicato all'aggiudicatario entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.*

2. In relazione ai contratti dei servizi di pulizia o di lavanderia in ambito sanitario o ospedaliero, ***in corso di esecuzione alla data del 31 gennaio 2020*** *ed* ***ancora efficaci*** *alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, le stazioni appaltanti possono procedere alla* ***risoluzione degli stessi****, ai sensi dell'articolo 108 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nel caso in cui dall'adeguamento alle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 derivi un* ***incremento di prezzo superiore al 20 per cento*** *del valore del contratto iniziale.*

La risoluzione del contratto di appalto è dichiarata dalla stazione appaltante entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

In relazione ai contratti di cui al comma 2, resta ferma la possibilità di procedere alla loro ***modifica nei limiti e secondo le modalità di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50****.*

L'incremento dei costi derivanti dall'adeguamento alle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 nell'erogazione dei servizi di pulizia o di lavanderia in ambito sanitario o ospedaliero, se superiore al 20 per cento, può dar luogo alla revoca dell'aggiudicazione o alla risoluzione del contratto

Andiamo con ordine.

L'articolo 4-*bis* prevede due tipologie di rimedi per due diverse situazioni, riferibili esclusivamente a servizi di pulizia o lavanderia in ambito sanitario o ospedaliero:

(i) Revoca dell'aggiudicazione, nel caso in cui la gara sia stata aggiudicata entro il 31 gennaio 2020 e ad oggi non sia ancora stato stipulato il contratto;

(ii) Risoluzione del contratto, nel caso in cui il contratto era già in esecuzione al 31 gennaio 2020 ed al 15 settembre 2020 (data di entrata in vigore della legge di conversione) è ancora efficace.

In entrambi i casi, il presupposto affinché la Stazione Appaltante possa procedere alla revoca dell'aggiudicazione o alla risoluzione del contratto è un incremento del prezzo indicato nel bando di gara o del valore del contratto iniziale:

- superiore al 20%
- e dovuto all'adeguamento alle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica da COVID-19.

Inoltre tali rimedi possono essere adottati dalla Stazione Appaltante entro e non oltre il **15 ottobre 2020**.

Per quanto riguarda la risoluzione del contratto, il legislatore ha quindi aggiunto, in via transitoria, una specifica causa di risoluzione oltre a quelle "ordinarie" previste dall'articolo 108 del Codice.

Tale fattispecie consente all'Amministrazione di poter procedere alla risoluzione del contratto (entro i limiti sopra chiariti) anche in casi dove non necessariamente si rientri nella modifica sostanziale del contratto (art. 108 comma 1, lett. a), ovvero allorché siano superate le soglie previste per le modifiche ex art. 106 (art. 108 comma 1, lett. b), ovvero ancora negli altri casi codificati dall'articolo 108 del Codice.

All'ultimo periodo del secondo comma dell'articolo 4-*bis* il legislatore specifica che, per quanto riguarda

i contratti in corso di esecuzione al 31 gennaio 2020 ed ancora efficaci, è comunque possibile – senza i limiti temporali previsti per le specifiche fattispecie di revoca o risoluzione- procedere alla modifica del contratto nei limiti e secondo le modalità previste dall'articolo 106 del Codice.

La disposizione fa quindi salva la possibilità delle stazioni appaltanti di valutare la possibilità di conservare comunque il contratto stipulato ed in corso di esecuzione, senza dover procedere alla risoluzione.

Resta comunque salva la facoltà delle Stazioni Appaltanti di procedere alla modifica del contratto, nei limiti previsti dall'articolo 106 del Codice

2. Le modifiche al contratto in corso di esecuzione *ex* art. 106

L'art. 106 d.lgs. 50/2016 rubricato "*Modifica di contratti durante il periodo di efficacia*" rappresenta la disposizione di riferimento allorché emerga in corso di esecuzione del contratto la necessità di apportare delle modifiche ovvero varianti, per consentire una migliore realizzazione dell'appalto.

La norma individua quindi anche i limiti e le modalità con cui la Stazione Appaltante può procedere alla modifica del contratto prevista dall'articolo 4 *bis* del DL Semplificazioni, così come convertito in legge.

L'articolo 106 indica i casi e le modalità attraverso cui è possibile incidere su un contratto già stipulato, senza che la Stazione Appaltante debba indire una nuova procedura.

La disposizione opera all'interno di un contesto che presuppone il principio di immodificabilità dell'offerta e dell'oggetto del contratto, corollario della massima tutela della concorrenza.

Per tali ragioni, l'articolo 106 circoscrive le modifiche ai contratti in corso di esecuzione -o comunque successive all'aggiudicazione del contratto- a specifiche fattispecie, sempre nell'ottica della massima tutela della *par condicio* e del confronto concorrenziale.

L'oggetto del contratto può subire modifiche (non sostanziali) se è prevista espressamente una clausola di revisione del prezzo, o se la modifica è riconducibile a necessità derivanti da circostanze impreviste e imprevedibili per l'Amministrazione

La regola generale è infatti che la modifica (sostanziale) dell'oggetto di un contratto pubblico può avvenire esclusivamente tramite l'indizione di una nuova procedura di gara.

Le modifiche disciplinate dall'articolo 106 consistono quindi in modifiche "non sostanziali", consistenti in variazioni che non alterano considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti.

Il comma 4 dell'articolo 106 offre una definizione di "modifica sostanziale" riconducibile all'introduzione di elementi o condizioni che, se fossero stati previsti nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti; ovvero se la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto in un modo non previsto originariamente. O ancora, se causa un'estensione notevole ambito di applicazione del contratto, ovvero se implica la sostituzione dell'appaltatore rispetto a quello iniziale per casi diversi dall'articolo 106, comma 1 lett. d.

In ogni caso, ogni modifica dei contratti di appalto in corso di efficacia deve essere autorizzata dal RUP.

In particolare, l'articolo 106, comma 1, prevede che i contratti in corso di efficacia possono essere modificati:

(i) Se espressamente previsto dalla legge di gara: **clausola di revisione del prezzo**;

(ii) Se la modifica è riconducibile al concetto di **variante** derivante da circostanze impreviste e imprevedibili.

Quanto al primo aspetto, l'articolo 106, comma 1, Lett. a) stabilisce che laddove le modifiche sono espressamente previste dai documenti di gara iniziali, è possibile modificare il contratto già in corso di esecuzione.

Tuttavia, tale possibilità deve essere prevista da una clausola chiara, precisa e inequivocabile che

fissi la portata, la natura e le condizioni della modifica.

Per i servizi e le forniture stipulati da soggetto aggregatore, l'articolo 106 richiama inoltre la Legge di stabilità 2016, la quale prevede che "*Per i contratti pubblici relativi a servizi e forniture ad esecuzione continuata o periodica stipulati da un soggetto aggregatore (…) qualora si sia verificata una variazione nel valore dei predetti beni, che abbia determinato un aumento o una diminuzione del prezzo complessivo in misura* ***non inferiore al 10 per cento*** *e tale da alterare significativamente l'originario equilibrio contrattuale (…) l'appaltatore o il soggetto aggregatore hanno facoltà di richiedere, con decorrenza dalla data dell'istanza presentata ai sensi del presente comma, una riconduzione ad equità o una revisione del prezzo medesimo. (…)*.

Quanto al secondo aspetto, l'articolo 106, comma 1, Lett. c) si occupa invece delle cosiddette "varianti".
In questi casi la modifica del contratto in corso di efficacia può avvenire laddove la necessità di modifica derivi da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice (sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti) e, al tempo stesso, la modifica non alteri la natura generale del contratto.

Residuano infine altri casi in cui il contratto può essere modificato in corso di efficacia, e in particolare, a mente del comma 2, articolo 106, i contratti possono parimenti essere modificati oltre a quanto previsto al comma 1, senza necessità di una nuova procedura a norma del presente codice, se il valore della modifica è al di sotto di entrambi i seguenti valori:

- le soglie fissate all'articolo 35;
- il 10% del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture sia nei settori ordinari che speciali ovvero il 15 % del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali.

I sopra menzionati limiti quantitativi valgono quindi, in via residuale, per i casi diversi dalla modifica a seguito di specifica clausola contenuta nella *lex specialis* e di modifica a seguito di circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione, in relazione ai quali vige solo il limite della "modifica non sostanziale".

Infine, il comma 5 specifica che sulle amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori che hanno modificato un contratto nelle situazioni di cui al comma 1, lettere b) e c), incombono degli oneri di pubblicità.

È infatti prevista la pubblicazione di un avviso nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Tale avviso deve contenere le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettera E (es. dati dell'amministrazione aggiudicatrice, descrizione dell'appalto, importo della modifica del prezzo ecc.) ed è pubblicato conformemente all'articolo 72 per i settori ordinari e all'articolo 130 per i settori speciali.

Per i contratti di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, la pubblicità avviene in ambito nazionale.

3. Considerazioni sull'articolo 106 e giurisprudenza di riferimento

Come anticipato, una delle modalità attraverso cui è possibile procedere alla modifica di un contratto in corso di esecuzione è la previsione all'interno del contratto di una clausola di revisione del prezzo.

Prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti pubblici, tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture dovevano recare una clausola di revisione periodica del prezzo, laddove non prevista, si riteneva infatti inserita di diritto.

Lo scopo di tale inserimento automatico era quello di evitare che l'appaltatore, a seguito dell'aumento dei prezzi al consumo non fosse più in grado di offrire una prestazione "a regola d'arte".

La *ratio* della revisione dei prezzi è quindi duplice, da un lato, salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle Pubbliche Amministrazioni non siano esposte al rischio di una diminuzione qualitativa nel corso del tempo; in particolare il rischio connesso all'eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni stesse, determinato dall'aumento dei costi gravanti sull'esecutore privato, per cui con la revisione del corrispettivo si assicura il mantenimento della

convenienza del contratto per il medesimo privato e, correlativamente della qualità delle prestazioni a favore della Pubblica Amministrazione.
Dall'altro la stessa clausola ha lo scopo di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto.

Ebbene, in ragione di queste finalità la norma era stata qualificata dalla giurisprudenza come imperativa e dunque insuscettibile di essere derogata in via pattizia e, per contro, dotata della capacità di sostituirsi a pattuizioni contrarie delle parti (cfr. Cons. Stato sez. V, 28 marzo 2018, n.1940).

Sennonché, il nuovo Codice non prevede più l'inserimento automatico della clausola di revisione del prezzo nei contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture. Tale clausola è oggi facoltativa e può essere o meno inserita nella legge di gara da parte delle stazioni appaltanti.
Inoltre, anche se prevista, la clausola non comporta un diritto automatico all'adeguamento del prezzo, ma incombe sull'appaltatore un onere di documentazione in concreto delle necessità che impongono un diverso bilanciamento degli interessi (Cons. Stato sez. V, 16 giugno 2020, n.3874).

Infine, la revisione del prezzo, laddove sia prevista apposita clausola contrattuale, può essere richiesta dall'appaltatore solo se la variazione del prezzo supera il 10% dell'importo originario; cioè se tale variazione è idonea a determinare una alterazione significativa dell'originario sinallagma contrattuale (ma senza configurarsi come una modifica sostanziale).

Quanto invece alle c.d. varianti o modifiche del contratto, sono configurabili qualora una circostanza imprevista ed imprevedibile per l'amministrazione comporti una modifica sul prezzo finale del prodotto o dell'opera offerta. Secondo la lettera c) dell'articolo 106, comma 1, la modifica del contratto in corso di efficacia può essere concessa dall'Amministrazione qualora derivi dalla sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti, a patto che la modifica non alteri la natura generale del contratto.

Sul punto la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che la modifica contrattuale deve derivare da un'esigenza della stazione appaltante ed è giustificata solo se l'Amministrazione non può reagire con uno strumento diverso dalla modifica del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 settembre 2019, n. 6326; TAR Piemonte, sez. I, 11 febbraio 2020 n. 121).
In altre occasioni è stato precisato che la modifica del prezzo di un contratto già aggiudicato è legittima laddove l'aumento sia dovuto all'introduzione di nuovi oneri a seguito dell'entrata in vigore di una nuova disposizione sovranazionale.

In particolare, è stata ritenuta legittima una richiesta di modifica del prezzo formulata dall'aggiudicatario (il contratto non era stato ancora sottoscritto), in deroga quindi al principio di immodificabilità dell'offerta,"*posto che tale modifica non è frutto di tentativo dell'aggiudicataria di rinegoziare le condizioni dell'appalto a proprio vantaggio, bensì di ottemperare a quanto disposto da una nuova normativa che vieta la vendita e l'entrata in servizio dei veicoli oggetto di gara, se non conformi al regolamento e alle relative misure di attuazione e che tanto richiede un aumento dei prezzi d'acquisto degli stessi*" (TAR Puglia Bari, sez. I, 27 febbraio 2017 n. 198).

4. Considerazioni sulla possibilità di modifica contrattuale dei contratti di servizi di pulizia o lavanderia in ambito ospedaliero *ex* art. 106

Premesso quanto sopra, pare che l'ipotesi di modifica dei contratti di servizi di pulizia o lavanderia in ambito ospedaliero prevista dal comma 2, ultimo periodo, dell'articolo 4-*bis* del DL Semplificazioni, sia riconducibile al caso contemplato dall'articolo 106, comma 1, lett. c.

La modifica contrattuale dovuta all'adeguamento a nuove esigenze dettate dall'emergenza sanitaria, e quindi derivanti per esempio dal rispetto di determinati protocolli, o dalle indicazioni del Ministero della Salute, o dell'OMS, pare infatti riconducibile alle modifiche contrattuali dovute a "*circostanze impreviste e imprevedibili*".

Il caso specifico previsto dall'articolo 4-*bis*, rientra quindi perfettamente in quello generale previsto dall'articolo 106.

Ne consegue che, laddove la stazione appaltante non intenda procedere alla risoluzione del contratto entro il 15 ottobre prossimo, l'appaltatore può chiedere la modifica del contratto, nei termini indicati dall'articolo 106, ma senza limiti temporali. Residuano tuttavia dubbi interpretativi innanzitutto sul limite quantitativo previsto per poter procedere alla modifica del contratto.

L'articolo 4-*bis* prevede che l'incremento deve superare il 20% del prezzo iniziale, ma l'articolo 106 ammette la possibilità di modifica del contratto a fronte di un incremento del prezzo superiore al 10% rispetto a quanto originariamente previsto.
Inoltre ci si domanda se si possa accedere alla modifica del contratto anche nel caso in cui il contratto non sia stato ancora sottoscritto (come nel caso esaminato dal TAR Bari) o se tale fattispecie debba ritenersi esclusa, in quanto non espressamente contemplata dall'articolo 4-*bis*.

Ebbene, a parere di chi scrive, la *ratio* dell'articolo 4-*bis* del DL Semplificazioni è quella di codificare due specifiche ipotesi di revoca dell'aggiudicazione e di risoluzione contrattuale (oltre a quelle previste dall'articolo 108 del Codice), al fine di agevolare le stazioni appaltanti nella gestione di situazioni derivanti da un incremento dei costi derivante proprio dalla gestione dell'evento pandemico.

Mentre invece sulla facoltà di modifica del contratto l'articolo 4-*bis* rinvia direttamente all'articolo 106 del Codice.

Pertanto, anche in virtù del principio di conservazione del contratto e nel pieno rispetto dei limiti previsti dall'articolo 106, si ritiene che si possa sempre procedere alla modifica del contratto, anche a seguito dell'aggiudicazione prima dell'effettiva stipula, laddove si verifichino le fattispecie previste dall'articolo 106.

Con la conseguenza che anche laddove un contratto di servizi di pulizia in ambito ospedaliero in corso di esecuzione al 31 gennaio 2020, abbia subito un incremento del 10% rispetto al prezzo originariamente previsto dal contratto, la Stazione Appaltante potrà procedere alla modifica del contratto nei modi e nei termini previsti dall'articolo 106, comma 1, lett. c.

Il RUP come componente della Commissione di gara. Orientamenti a confronto.

SOTTO LA LENTE

di Francesca Scura

Premesse

La scelta del RUP rientra tra gli adempimenti fondamentali che si impongono alle stazioni appaltanti alle prese con l'affidamento di contratti pubblici, specie nel sistema delineato dal D.Lgs. 50/2016 («Codice»), che registra un rafforzamento del ruolo e delle competenze richieste a tale soggetto.

E' affidata all'articolo 31 del Codice la disciplina del RUP negli appalti di lavori, servizi e forniture e nelle concessioni. Come richiesto dal Codice, tale disciplina è stata successivamente dettagliata dall'ANAC con le linee guida n. 3/2016, recanti *"Nomina, ruolo e compiti del Responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni"*[1].

Sebbene si tratti di una scelta rimessa alla discrezionalità delle stazioni appaltanti, l'individuazione del RUP è assoggettata dal Codice al rispetto di una serie di criteri e requisiti stringenti.

In proposito, uno degli aspetti ancora problematici riguarda la legittimità della commistione tra il ruolo di RUP e quello di componente della Commissione di gara. Due recenti sentenze, difatti, - una del TAR Lombardia - Brescia del 24/07/2020 n. 572 e l'alta del TAR Puglia – Lecce -, del 24/08/2020 n. 949, per le quali non risulta proposto appello, affrontano, in maniera diversa, la questione della possibilità per il RUP di far parte della Commissione di gara.

1. Le Linee guida ANAC sono state aggiornate nel 2017 a seguito delle modifiche apportate al testo dell'art. 31 del Codice dei contratti pubblici ad opera dell'art. 21 del D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (recante Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50).

1. Il quadro normativo

L'art. 77 del Codice, al comma 4, nella versione attuale, prevede la possibilità che il RUP sia membro della Commissione giudicatrice subordinatamente, però, ad una positiva valutazione da effettuarsi caso per caso, ad opera della stazione appaltante, con riferimento alla singola procedura:

«*I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura*.».

Nella sua versione originaria, il comma 4 cit. disponeva semplicemente:
«*I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*».

La possibilità per il RUP di far parte della Commissione – e quindi di occuparsi sostanzialmente anche della valutazione dell'offerta - è stata inserita nell'art. 77 in commento ad opera dall'art. 46, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 56/2017 (cd. decreto correttivo).

Ai sensi della nuova norma, ferma restando l'incompatibilità tra il ruolo di commissario e lo svolgimento di altre funzioni o incarichi tecnici o amministrativi relativamente al contratto da affidare (art. 77, comma 4, prima parte), la possibilità della nomina del RUP a membro delle commissioni di gara deve essere valutata con riferimento alla singola procedura.

Le valutazioni richieste sul punto alle stazioni appaltanti dovranno, pertanto, attenere alle attività effettivamente svolte dal RUP nell'ambito della specifica procedura di gara.

Il nuovo Codice prevede espressamente che il RUP possa essere nominato a membro delle commissioni di gara, previa valutazione da parte della stazione appaltante con riferimento alla singola procedura.

Conseguentemente a tale innovazione, le Linee Guida ANAC n. 3/2016 sopra cit. oggi non prevedono più l'incompatibilità del ruolo di RUP con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice. L'ANAC ha in particolar modo tenuto conto del parere del Consiglio di Stato n. 1767/2016, secondo cui «Il ruolo di RUP è, di regola, incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice), ferme restando le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza» (punto 2.2., ultimo periodo).

Le Linee Guida, tuttavia, non si addentrano nel dettaglio della individuazione dei criteri e contenuti della valutazione richiesta a tal fine alle stazioni appaltanti.

Nonostante la espressa previsione normativa di cui all'art. 77 comma 4, ancora oggi la tematica è oggetto di contrasti giurisprudenziali: il RUP è tipicamente organo di controllo, mentre la Commissione è organo di valutazione dell'offerta.
La tematica è assai rilevante in quanto involge direttamente la validità – innanzi al giudice amministrativo – degli atti compiuti dal RUP che sarebbero meritevoli di annullamento laddove la commistione dei due ruoli fosse, nel caso concreto, valutata come non conforme al quadro normativo.

Il RUP difatti ha tendenzialmente un ruolo di controllo non solo sull'operato della commissione di gara (nel caso di appalto da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) e del seggio di gara (nel caso di appalto da aggiudicarsi al minor prezzo), ma anche delle restanti operazioni e conseguenti provvedimenti da adottare (si pensi al caso delle ammissioni ed esclusioni dal procedimento, della proposta formale di aggiudicazione)[2].

2. Sul punto si veda USAI S., «Dei rapporti tra il RUP e la commissione di gara» in https://www.mediappalti.it/dei-rapporti-tra-il-rup-e-la-commissione-di-gara/».

Alla Commissione spettano compiti valutativi, sebbene, secondo l'ANAC, la stazione appaltante possa prevedere ulteriori adempimenti per la commissione, purché questi siano indicati nella documentazione di gara (ad esempio il supporto al RUP nell'esame della potenziale anomalia dell'offerta: «*Nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, il RUP verifica la congruità delle offerte con l'eventuale supporto della commissione giudicatrice*», par. 5 Linee Guida ANAC n. 3/2016).

Alla Commissione di gara – secondo l'ANAC – non possono invece essere attribuiti compiti di amministrazione attiva, che competono al RUP, tra cui l'esercizio del potere e l'adozione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione (sul provvedimento di esclusione come prerogativa esclusiva del RUP si veda la sentenza del Consiglio di Stato del 12/2/2020 n. 1104).

2. La giurisprudenza

La questione della possibile coincidenza tra il ruolo di RUP e quello di commissario di gara ha dato luogo ad un doppio orientamento giurisprudenziale:
- parte della giurisprudenza ritiene una secca incompatibilità tra le funzioni tipiche dell'ufficio di RUP (o ruoli equivalenti) e l'incarico di componente e finanche di presidente della Commissione. A supporto di questa impostazione si è evidenziato che la nuova regola dell'art. 77, comma 4, sia di immediata applicazione, non essendo condizionata dall'istituzione dell'albo dei commissari previsto dall'art. 77, comma 2 (Consiglio di Stato, sentenza n. 6082/2018);
- un secondo e opposto orientamento giurisprudenziale ha invece interpretato l'articolo in questione in continuità con l'indirizzo formatosi sul precedente Codice, che consentiva al RUP di essere nominato commissario di gara, a meno che non sussistesse la concreta dimostrazione dell'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra gli stessi[3].

L'orientamento meno restrittivo ha trovato un punto di forza a livello esegetico nell'intervento correttivo dell'art. 77 comma 4 avutosi nel 2017 ossia nella «*indicazione successivamente fornita dal legislatore, il quale, integrando il disposto dell'art. 77 comma 4, ha escluso ogni effetto di automatica incompatibilità conseguente al cumulo delle funzioni, rimettendo all'amministrazione la valutazione della sussistenza o meno dei presupposti affinché il RUP possa legittimamente far parte della commissione gara*» (Consiglio di Stato, Sezione III, 26 ottobre 2018, n. 6082).

3. I recenti interventi del Giudice amministrativo

3.1 La sentenza del TAR Lombardia

La recente sentenza del TAR Lombardia del 24/7/2020 n. 572 affronta la questione della illegittimità degli atti adottati dal RUP (nella specie, l'esclusione della ricorrente e l'aggiudicazione della fornitura a favore della controinteressata) censurati per pretesa violazione e falsa applicazione dell'art. 77 del Codice.

Secondo la ricorrente, il RUP non poteva far parte della Commissione giudicatrice, specialmente in quanto questi aveva predisposto e firmato gli atti contenenti la disciplina di gara (l'avviso di manifestazione d'interesse e i relativi allegati, la lettera d'invito e il capitolato tecnico, i chiarimenti, l'atto di aggiudicazione).

La ditta aggiudicataria sosteneva, invece, che sebbene il RUP avesse, nel caso in esame,

3. V. TAR Veneto, 7 luglio 2017, n. 660; Lecce, 12 gennaio 2018, n. 24; Bologna, 25 gennaio 2018, n. 87; TAR Umbria, 30 marzo 2018, n. 192; Consiglio di Stato, 27/02/2019, n. 1387. Il comma 4, art. 77, del Codice, nella sua versione ante correttivo del 2017, è stato interpretato dalla giurisprudenza prevalente in continuità con l'indirizzo formatosi sul vecchio codice, giungendo a concludere che, nelle procedure di evidenza pubblica, il ruolo di RUP ben può coincidere con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice, purché non sussista la concreta dimostrazione dell'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra gli stessi.

firmato gli atti di gara, lo stesso non aveva, di fatto, partecipato alla relativa formazione degli stessi, essendosi limitato ad adottare atti di contenuto analogo a quelli che avevano disciplinato la gara precedente ed erano stati predisposti dal suo predecessore.

Il TAR ritiene fondato il motivo di ricorso.
Richiamato l'articolo 77, comma 4, del Codice, secondo cui «*La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura*», il TAR ricorda dapprima che «*in linea di principio non vi è incompatibilità tra il ruolo di RUP e quello di membro della commissione, dovendosi avere riguardo piuttosto al ruolo che in concreto il RUP ha svolto nella predisposizione degli atti di gara*».
Tuttavia, con riguardo al caso di specie, il Giudice amministrativo rileva che:
- la scelta di riproporre la medesima disciplina di gara da parte del RUP non era affatto una scelta vincolata, ma l'esito del pieno esercizio della discrezionalità spettante all'Amministrazione, sicché, ancorché vi sia coincidenza con la *lex specialis* della procedura avente il medesimo oggetto, la scelta operata è interamente ascrivibile al RUP;
- la precedente gara si è svolta sotto la vigenza del D.Lgs. n. 163/2006 e quella qui in esame sotto la vigenza del D.Lgs. n. 50/2016, sicché, a tutto voler concedere, comunque le due situazioni non sono perfettamente sovrapponibili;
- nel caso in esame, secondo quanto emerge documentalmente, il RUP non si è limitato ad approvare la legge di gara, ma ha anche reso i chiarimenti sulla stessa.

Fatte queste premesse, il TAR Lombardia ritiene che nel caso de quo ricorra la diversa ipotesi di incompatibilità prevista dalla prima parte del precitato comma 4 dell'articolo 77 del Codice, a mente del quale «*I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*».

In linea di principio non vi è incompatibilità tra il ruolo di RUP e quello di membro della commissione, ma il RUP che abbia anche attivamente partecipato alla redazione degli atti di gara incorre in incompatibilità ex art. 77, comma 4, qualora assuma anche compiti anche valutativi degli stessi (TAR Lombardia 572/2020)

Il Tar Lombardia, in altri termini, sembra desumere l'incompatibilità del RUP come commissario di gara direttamente dal primo periodo del comma 4 in questione, inteso in senso ampio così da prevalere sulle altre valutazioni, anche sullo stesso secondo periodo del comma 4 che invece consente in linea di principio la duplice funzione di RUP e di commissario di gara.

La norma «*garantisce la trasparenza della gara e mira essenzialmente a evitare commistioni tra la fase di predisposizione degli atti di gara e la fase di valutazione delle offerte (in questo senso si vedano ad es. Consiglio di Stato, sez. IV, 4 febbraio 2019, n. 819, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2536); in pratica l'incompatibilità è posta a presidio dell'imparzialità di giudizio del commissario che viene posto al riparo da possibili condizionamenti che possono derivare dalla sua precedente partecipazione alla formazione degli atti di gara (in primo luogo il bando, il disciplinare e l'eventuale capitolato*)».
Si tratta dell'orientamento fatto proprio da alcune sentenze del Consiglio di Stato (tra le altre la sentenza 27/02/2019, n. 1387), secondo cui il fondamento ultimo di razionalità della disposizione dell'art. 77, comma 4, cit. è quello per cui chi ha redatto la *lex specialis* non può essere componente della Commissione giudicatrice; il principio della separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato a concretamente applicarlo – secondo il Consiglio di Stato - è una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta.

Sempre a questo filone si riconducono le sentenze che ritengono illegittima la nomina del RUP a Presidente della Commissione di gara (Consiglio di Stato sez. V, 09/01/2019, n. 193; TAR Catania, 14/10/2019 n. 2377) ravvisando una situazione di incompatibilità sostanziale nel caso in cui il presidente della Commissione è stato il RUP, ha

partecipato alla elaborazione degli atti di gara e del capitolato speciale, da lui approvato, e ha nominato la Commissione giudicatrice, indicando sé stesso quale presidente.

L'aver approvato gli atti di gara implicherebbe, necessariamente, un'analisi degli stessi, una positiva valutazione e – attraverso la formalizzazione – una piena condivisione. Da tali considerazioni si giunge a ritenere che l'approvazione degli atti di gara integra proprio una funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta il cui svolgimento è precluso ai componenti la Commissione giudicatrice.

Non esiste alcuna automatica incompatibilità tra RUP e commissario di gara, rimettendosi all'amministrazione la valutazione della sussistenza o meno dei presupposti affinché il RUP possa legittimamente far parte della commissione gara (TAR Puglia, sentenza n. 949/2020)

Una siffatta incompatibilità per motivi di interferenza e di condizionamento non è stata invece ravvisata tra chi ha predisposto l'avviso pubblico e chi ha verificato la documentazione di gara (Consiglio di Stato, sez. III, 26.10.2018 n. 6082).

Nella sentenza in esame il TAR conclude nel senso che il RUP non avrebbe potuto far parte della Commissione di gara e che, conseguentemente, sono da ritenersi meritevoli di annullamento tutti gli atti impugnati adottati dallo stesso. Tale conclusione sembra basarsi sulla mera considerazione della duplicità di funzioni svolte dal RUP, senza una reale e puntuale analisi volta ad individuare eventuali elementi a comprova dei condizionamenti subiti dal RUP nel ruolo di commissario.

Il doppio ruolo appare quindi illegittimo perché il RUP ha, di fatto, svolto attività relative agli atti della gara stessa incorrendo quindi in compatibilità ai sensi del comma 4 dell'art. 77, prima parte.

3.2 La sentenza del TAR Puglia

Un diverso e più sostanziale approccio al tema è, invece, adottato dal TAR Puglia, nella recente sentenza del 24/08/2020 n. 949.

Nel caso affrontato dal TAR la società prima classificata impugnava l'atto di esclusione dalla gara di affidamento di un appalto di servizi, nonché la relazione congiunta del RUP e della Commissione di gara con la quale è stata ritenuta anomala e non attendibile la sua offerta. Chiedeva, inoltre, di volersi dichiarare l'inefficacia del contratto, *medio tempore* stipulato, e il riconoscimento del diritto della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione, con subentro nel rapporto.

A sostegno del ricorso, la ricorrente deduceva – per quanto qui interessa – la violazione art. 77 del Codice, motivo ritenuto assorbente in quanto il relativo accoglimento sarebbe stato idoneo di per sé a determinare il travolgimento del contratto già firmato. Ciò che si contestava era la circostanza che uno stesso soggetto e, cioè, il dirigente, avesse rivestito la qualifica di RUP, di componente della commissione di gara, nonché di soggetto proponente l'indizione della gara e la nomina dei componenti della commissione di gara (e, quindi, anche di sé stesso), nonché dirigente della stazione appaltante.

Analogamente a quanto avvenuto nel caso sottoposto al TAR Lombardia, il RUP aveva provveduto concretamente alla predisposizione degli atti di gara («*…cioè, il bando, il capitolato, il disciplinare, proponendo al dirigente responsabile della Centrale Unica di Committenza e, cioè, a sé stesso, di approvare la lex specialis*»).
Il TAR Puglia inquadra, innanzitutto, la questione nell'ambito delle disposizioni dell'art. 77, comma 4, del Codice (come modificato dal D.Lgs. n. 56/2017).

Dato dapprima atto del conflitto giurisprudenziale esistente in merito, la sentenza in esame aderisce all'interpretazione meno restrittiva, affermatasi già con riferimento al testo dell'art. 77 comma 4 antecedente al Decreto correttivo del 2017, nonché, *a fortiori*, a seguito del correttivo stesso.

Il TAR esclude cioè ogni effetto di automatica incompatibilità conseguente al cumulo delle

funzioni tra RUP e commissario, rimettendo all'amministrazione la valutazione della sussistenza o meno dei presupposti affinché il RUP possa legittimamente far parte della commissione gara.

Stando alla sentenza in esame, il RUP può ben essere nominato membro della Commissione di gara, salva la prova (che nel caso di specie si ritiene non essere stata fornita) che vi siano stati concreti ed effettivi condizionamenti sul piano pratico. A differenza della sentenza del TAR Lombardia, la sentenza del TAR Puglia sembra quindi attribuire rilevanza determinante all'elemento della prova.

La nomina del RUP a membro della Commissione di gara è consentita, ad eccezione del caso in cui venga fornita la prova concreta della sussistenza di effettivi condizionamenti sul piano pratico (TAR Puglia, sentenza n. 949/2020).

Al riguardo, il Giudice amministrativo precisa che la prova di eventuali condizionamenti non può desumersi *ex se* dalla mera commistione di funzioni svolte dallo stesso soggetto nelle fasi della predisposizione della legge di gara e della sua concreta applicazione: una simile tesi poterebbe infatti ad una interpretazione sostanzialmente abrogante della seconda parte dell'art. 77, comma 4, del Codice, introdotta dal correttivo del 2017, laddove, ricordiamo, si statuisce che «*La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura*.».

La prova di eventuali condizionamenti non può desumersi ex se dalla mera commistione di funzioni e deve essere dimostrata da parte di colui che deduce la condizione di incompatibilità (TAR Puglia, sentenza n. 949/2020).

L'orientamento del TAR Puglia si fonda, da un lato, su una interpretazione letterale dell'art. 77 (il comma 4 prevede espressamente la possibilità di una commistione tra i due ruoli di RUP e di commissario, ergo non può ritenersi ammissibile una incompatibilità in via automatica tra i due); dall'altro, su una interpretazione sistematica del comma 4 cit. nelle sue due articolazioni; a detta del TAR, le due disposizioni normative non possono - evidentemente - essere interpretate in maniera atomistica, ma «*debbono essere interpretate in maniera coordinata, in favore di un lettura non seccamente preclusiva del cumulo di funzioni, ma che richiede una valutazione dell'incompatibilità sul piano concreto e di volta in volta, nonché la prova di concreti ed effettivi condizionamenti (mancante nella fattispecie) ...* ».

Diversamente opinando, ribadisce il TAR, si finirebbe con l'azzerare - come per una specie di interpretazione abrogante - la portata normativa della seconda parte dell'art. 77, comma 4, del Codice, attesa la pluralità di funzioni e competenze, sia sotto il profilo tecnico che amministrativo, che l'art. 31 del D. Lgs. 50/2016 attribuisce al RUP in quanto Responsabile Unico *ope legis* anche della procedura di gara.

Sembra implicito qui il riferimento alla sentenza del TAR Lombardia che, sebbene non espressamente menzionata in questa sede, finiva con le proprie argomentazioni per azzerare - e comunque non considerare - la portata normativa della seconda parte dell'art. 77, comma 4, del Codice (aggiunta dal decreto del 201, come sopra ricordato) che per l'appunto consente la doppia funzione in capo ad un unico soggetto. In questo aspetto difatti sembra doversi ravvisare il limite dell'interpretazione fornita dal TAR Lombardia, che non spiega l'introduzione normativa all'interno del comma 4.

La sentenza del TAR Puglia si distanzia, per contro, da questo approccio, in quanto non desume il divieto del doppio ruolo di RUP e di commissario di gara dal mero fatto che il RUP abbia svolto funzioni in qualche modo relative alla gara; piuttosto si spinge ad indagare se, nel caso concreto, vi siano stati effettivi condizionamenti sul commissario di gara e se questi condizionamenti siano dimostrati adeguatamente in giudizio dalla parte che vi ha interesse.

In questo senso l'orientamento in commento sembra maggiormente fedele alla lettera del Codice (perché spiega la ratio della aggiunta al comma 4 e la necessità della valutazione caso per caso, con riferimento alla singola procedura); sebbene tendenzialmente controcorrente rispetto agli orientamenti del Consiglio di Stato.

4. L'onere della prova

La sentenza del TAR Puglia richiama l'attenzione sulla importanza della prova degli eventuali condizionamenti derivanti dal duplice ruolo del RUP e di commissario di gara e quindi del venir meno della imparzialità di giudizio del commissario che deve improntare la procedura di gara.

Appare utile in proposito ricordare che sull'elemento della prova varie sentenze si sono pronunciate, di volta in volta precisando che:
- l'incompatibilità non può desumersi *ex se* dall'appartenenza del funzionario alla Amministrazione di riferimento ma deve essere provata (TAR Puglia Bari 14/11/2019 n. 1496);
- la prova deve consistere nella concreta dimostrazione dell'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra gli stessi, sul piano concreto e di volta in volta, sotto il profilo dell'interferenza sulle rispettive funzioni assegnate al dirigente ed alla Commissione (Consiglio di Stato 26/10/2018 n. 6082, 11/09/2019 n. 6135);
- la causa di incompatibilità va accertata in concreto, escludendo dalle commissioni di gara soltanto coloro che abbiano svolto un'attività effettivamente idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'appalto, in grado di incidere sul processo formativo della volontà che conduce alla valutazione delle offerte e a condizionare l'esito della gara (Consiglio di Stato, 28/4/2014, n. 2191). In sostanza, costituisce un preciso onere della ricorrente fornire tutti gli elementi di prova sull'esistenza di possibili e concreti condizionamenti, del componente in questione, in relazione all'attività di RUP.

In caso contrario il solo dato astratto del coinvolgimento non può – stando a questa giurisprudenza, fatta propria dal TAR Puglia la cui sentenza si commenta - ritenersi sufficiente per annullare l'aggiudicazione (e/o gli altri atti adottati).

L'approccio, seppure non scevro da rischi di contenzioso, indubbiamente appare in linea con le esigenze di snellezza e efficienza dell'attività amministrativa, che potrebbero essere penalizzate da orientamenti rigidi come quello del TAR Lombardia sopra descritto, anche in termini di maggiori costi organizzativi e finanziari che la stazione appaltante potrebbe dover sopportare per il reperimento di figure professionali all'esterno).

L'incertezza nel panorama giurisprudenziale, tuttavia, anche stavolta penalizza e lascia poco spazio agli operatori giuridici chiamati a svolgere funzioni di amministrazione attiva, costretti a ricorrere alle soluzioni maggiormente prudenziali benché non sempre efficienti.

I risvolti assicurativi della Legge semplificazioni: qual è l'interesse pubblico tutelato?

IL PUNTO

di Sonia Lazzini

Premessa

Pur rappresentando un argomento sicuramente periferico rispetto ad altre problematiche, gli obblighi assicurativi negli appalti pubblici sono presenti, nella legislazione specifica, già dall'articolo 30 della Legge Merloni del 1994.

In quegli anni però, supportata dagli articoli dal 100 al 107 del DPR 554/99, tale disposizioni aveva un riferimento limitato ai soli appalti di lavori

E' appena con il codice dei contratti del 2006 che alcune prestazioni assicurative vengono estese anche agli appalti di servizi e forniture.

In linea di massima, tali obblighi vengono confermati anche nell'attuale legislazione del 2016, sebbene non più presenti in un unico articolo, ma suddivisi a seconda della fase dell'appalto a cui si riferiscono.

Con la Legge semplificazione, in vigore dal 14 settembre 2020, alcuni aspetti vengono "sospesi" altri invece trovano una nuova affermazione.

Scopo di questo articolo è appunto quello di farne una prima analisi complessiva, riservando ad altre occasioni gli approfondimenti specifici su ognuno dei quattro argomenti qui velocemente trattati, che sono:

1. La polizza di responsabilità civile della stazione appaltante.
2. I nuovi orizzonti della responsabilità contabile e la relativa polizza.
3. La discrezionalità, negli appalti sotto soglia, di richiedere la garanzia provvisoria.
4. L'adeguatezza della polizza assicurativa contro i rischi professionali quale requisito partecipativo.

1. La polizza di responsabilità civile della stazione appaltante

L'attuale articolo 32, al comma 8, del codice dei contratti cosi come modificato dalla Legge 11 settembre 2020. 120, recita:
(…)
Le stazioni appaltanti hanno facoltà di stipulare contratti di assicurazione della **propria** responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione.

La prima considerazione da fare è la seguente: già da parecchi decenni, le Singole stazioni appaltanti preferiscono assicurarsi contro il rischio di produrre danni a Terzi, a seguito dell'applicazione dell'articolo 2043 cc per il quale: "Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno" senza che vi sia alcuna distinzione sui gradi della colpa.

Le polizze in realtà sono due; la prima, di prassi assicurativa consolidata, è denominata Polizza di Responsabilità Civile Terzi e Operai e copre la responsabilità c.d. da comportamento; la seconda, chiamata Polizza di Responsabilità Civile Patrimoniale, è relativa ai danni da provvedimento e nel corso degli anni ha subito notevoli cambiamenti di impostazione (vent'anni fa l'assicurato poteva essere solo il singolo operatore pubblico e non il suo ente di appartenenza!).

Questi tipi di danni:

ATTIVITA' MATERIALE: LESIONE DI DIRITTI SOGGETTIVI = MORTE, LESIONI PERSONALI E DANNEGGIAMENTI A COSE/ANIMALI.

ATTIVITA' PROVVEDIMENTALE: LESIONE DI INTERESSI LEGITTIMI = PERDITE PATRIMONIALI PECUNIARIE (il pregiudizio economico che non sia conseguenza di un danno materiale).

Non vi è alcun dubbio che la polizza di cui ci stiamo occupando, sia del secondo tipo.

Detto questo, per comprendere appieno la portata della nuova disposizione, dobbiamo andare a leggere una vecchia norma ma pur sempre attuale nella sua costante applicazione - Art. 28 della Costituzione: I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti.

In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici

I nostri Padri Costituenti, negli anni 1946/1947, non hanno avuto dubbi nel considerare PROPRIA, a norma del secondo paragrafo dell'articolo in questione, la responsabilità civile della PA intesa come apparato (la definizione si trova nella mitica sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, la 500 del 1999) e non per fatto altrui, in applicazione dell'articolo 2049 cc.

A seconda del tipo di Stazione appaltante, e a seconda del contenuto dei diversi contratti collettivi, questo tipo di polizza potrà o meno coprire anche la responsabilità personale dei dipendenti.

Inoltre, come noto, la Corte di Giustizia Europea (Sez. III, 30 settembre 2010 C-314/09 Stadt Graz.) ha sancito una sorta di responsabilità oggettiva della Stazione appaltante in materia di appalti pubblici: di conseguenza si può prescindere dall'esistenza o meno del profilo soggettivo del dolo o della colpa.

Pertanto, un fondamentale accorgimento è che non ci siano clausole contrattuali che delimitino l'efficacia della polizza ad un eventuale accertamento sui gradi della colpa, in quanto, né davanti al Giudice ordinario né davanti al Giudice amministrativo, qualora appunto legittimato passivo sia un Ente pubblico (comunque denominato), tale indagine verrà effettuata.

Valga infatti la seguente affermazione (decisione numero 2650 del 24 aprile 2020 del Consiglio di Stato): (...) la correttezza di tale conclusione risulta confermata dalla considerazione dell'intrinseca differenza della valutazione che il Giudice ordinario è chiamato a compiere rispetto al Giudice amministrativo, pur nella medesima materia del risarcimento del danno da attività provvedimentale illegittima, in ragione della differenza soggettiva della parte citata in giudizio: mentre il primo, infatti, dovrà prodursi in un'analisi più approfondita, potendo affermare la responsabilità del dipendente solo nell'ipotesi in cui riscontri l'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, il secondo ben potrà ritenere colpevole

l'Amministrazione anche se nella fattispecie ricorra un'ipotesi di colpa lieve.

A conclusione di questo argomento, valga il seguente principio tratto dalla Sentenza n. 135 del 29 luglio 2016 della Corte dei Conti della Lombardia:
"Una sentenza di condanna civile di risarcimento danni, rifondibili integralmente da una polizza assicurativa (se operante), non configura né un danno erariale certo, né definitivo".

Questo significa, e tale affermazione ci sarà utile nell'approfondire il secondo argomento, che in presenza di una polizza con Contraente/ Assicurato l'Ente stesso, il danno erariale a cui potrebbe essere chiamato il singolo responsabile, si dovrebbe limitare alle eventuali franchigie oppure ad un danno extramassimale, ma non certo all'intero risarcimento, visto appunto l'intervento della Compagnia di assicurazione.

2. I nuovi orizzonti della responsabilità contabile e la relativa polizza

Per affrontare questo secondo argomento, dobbiamo mettere assieme più norme della Legge 11 settembre 2020, n. 120 e più nello specifico

Legge 11 settembre 2020 n. 120
(.)
Art. 1. Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia.
1. (…) Il mancato rispetto dei termini di cui al secondo periodo, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso **possono essere valutati ai fini della responsabilità del responsabile unico del procedimento per danno erariale** (…).
Art. 2. Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia.
1. (…)
Il mancato rispetto dei termini di cui al periodo precedente, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso possono essere valutati **ai fini della responsabilità del responsabile unico del procedimento per danno erariale.**
Art. 4. Conclusione dei contratti pubblici e ricorsi giurisdizionali.
1. All'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sono apportate le seguenti modificazioni:
(...)
b) dopo il primo periodo sono aggiunti i seguenti: «La mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e **viene valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto.**

A cui deve essere aggiunto l'art. 21. Responsabilità erariale che così recita:
1. All'articolo 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, dopo il primo periodo è inserito il seguente: «La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso.».
2. Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente.

La fonte principale della precedente normativa è la seguente:
Legge 14 gennaio 1994, n. 20
Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti
(G.U. n. 10 del 14 gennaio 1994)
Art. 1. Azione di responsabilità
1. La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali. La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso. In ogni caso è esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo. La gravità della colpa e ogni conseguente

responsabilità sono in ogni caso escluse per ogni profilo se il fatto dannoso trae origine da decreti che determinano la cessazione anticipata, per qualsiasi ragione, di rapporti di concessione autostradale, allorché detti decreti siano stati vistati e registrati dalla Corte dei conti in sede di controllo preventivo di legittimità svolto su richiesta dell'amministrazione procedente. Il relativo debito si trasmette agli eredi secondo le leggi vigenti nei casi di illecito arricchimento del dante causa e di conseguente indebito arricchimento degli eredi stessi.

La responsabilità contabile può essere di due tipi.

DIRETTA: qualora il danno venga risentito dall'amministrazione pubblica.

INDIRETTA: qualora l'amministrazione pubblica si veda costretta a risarcire un terzo per un fatto illecito di un proprio dipendente.

La responsabilità prevista nelle norme in oggetto è diretta.

Poiché la responsabilità contabile, ancorché personale, è caratterizzata da elementi sanzionatori ma anche risarcitori, è possibile assicurarsi per le sue conseguenze patrimoniali (a differenza della responsabilità penale ove questo non è possibile). Fermo restando che la polizza per la responsabilità contabile non può essere in alcun modo pagata con denaro pubblico, resta da verificare se l'oggetto dell'assicurazione comprende tutti e due le tipologie di danni (diretti ed indiretti); ovviamente saranno sempre esclusi i danni dolosi.

Ci sembra importane ribadire che non ci sarà danno erariale, in caso di responsabilità indiretta, qualora a tacitare il terzo danneggiato abbia già provveduto la Compagnia di Assicurazione dell'Ente.

E a proposito dell'elemento soggetto del dolo e della colpa grave, poniamo l'attenzione su quanto sancito dalla SEZIONE II GIURISDIZIONALE CENTRALE D'APPELLO della Corte dei Conti, nella sentenza numero 211 del 14 settembre 2020.

"Deve, quindi, essere esclusa l'antigiuridicità della condotta tenuto conto che, come evidenziato dalla giurisprudenza contabile anche richiamata dal giudice di primo grado, conducono ad esonero da responsabilità amministrativa anche prassi - come quelle qui rilevanti - invalse per ragioni di oggettivo rilievo (parere espresso dalla stessa amministrazione) che possano aver indotto l'erronea interpretazione di una norma (Corte dei conti, Sez. III app., n. 177/2006; Sez. App. Sicilia, n. 34/3017).

In alcun modo è dimostrata quella coscienza e volontà non solo del comportamento illegittimo ma, altresì, dell'evento dannoso, da valutare con giudizio ex ante, che caratterizza, com'è noto, un comportamento doloso (Sez. I App. sent. n. 547/2017).

Nel delineato e caratterizzato contesto, deve ritenersi escluso altresì l'elemento psicologico non solo del dolo ma anche quello soggettivo della colpa grave, tenuto conto che l'erronea interpretazione di una norma è stato determinato dal comportamento attivo della pubblica amministrazione, che ha indotto nel soggetto la convinzione in ordine alla legittimità della propria condotta.

In tal senso, la Corte di cassazione ha espressamente statuito che "…l'ignoranza da parte dell'agente sulla normativa di settore e sull'illiceità della propria condotta è idonea ad escludere la sussistenza della colpa, se indotta da un fattore positivo esterno ricollegabile ad un comportamento della pubblica amministrazione" (Cass., III, n. 53684 del 29 novembre 2017; Cass., III, n. 35324 del 20 maggio 2016; Cass. I, n. 47712 del 15 luglio 2015; Cass. III, n. 42021 del 18 luglio 2014).

Pur dovendosi censurare una prassi evidentemente *contra legem*, tuttavia il Collegio ritiene, alla stregua delle citate considerazioni, che l'appello debba essere accolto".

3. La discrezionalità, negli appalti sotto soglia, di richiedere la garanzia provvisoria

Il terzo argomento riguarda il contenuto del comma 4 dell'articolo 1 della Legge 11 settembre 2020, n. 120 che così recita:
"4. Per le modalità di affidamento di cui al presente articolo la stazione appaltante non richiede le garanzie provvisorie di cui all'articolo 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016, salvo che, in considerazione della tipologia e specificità della

singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta, che la stazione appaltante indica nell'avviso di indizione della gara o in altro atto equivalente. Nel caso in cui sia richiesta la garanzia provvisoria, il relativo ammontare è dimezzato rispetto a quello previsto dal medesimo articolo 93.".

Con l'articolo 93 del codice dei contratti del 2016, lo scopo della garanzia provvisoria è quello di coprire la responsabilità precontrattuale dell'aggiudicatario (reale possesso dei requisiti partecipativi e mancata sottoscrizione del contratto).
Un'adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 2014 estende la possibilità di escussione anche nei confronti dei partecipanti, ma solo se prevista della *lex specialis* di gara.

La norma non esonera la Stazione appaltante dal richiedere la garanzia definitiva (e di conseguenza, in caso di grande impresa, deve essere presentato, in sede di offerta, a pena di esclusione, l'impegno di un fideiussore ad emetterla in caso di aggiudicazione).

Per un partecipante ad una procedura ad evidenza pubblica, il costo della garanzia provvisoria è irrisorio rispetto a quello della garanzia definitiva.
Normalmente le compagnie di assicurazioni non sono propense ad emettere la sola garanzia definitiva, sarà quindi compito di ogni singola Stazione appaltante decidere se chiederla o meno.
Valga però la seguente considerazione: Negli appalti di lavori sotto i 150.000 non vi è l'obbligo di SOA; ecco che, per paradosso, la garanzia provvisoria avrebbe la sua utilità nel sensibilizzare i partecipanti verso il reale possesso dei requisiti partecipativi richiesti.

4. L'adeguatezza della polizza assicurativa contro i rischi professionali quale requisito partecipativo

Dopo la recente modifica, così si presenta l'articolo 83 del codice dei contratti:

Art. 83. (Criteri di selezione e soccorso istruttorio)

1. I criteri di selezione riguardano esclusivamente:
   a) i requisiti di idoneità professionale;
   b) la capacità economica e finanziaria;
   c) le capacità tecniche e professionali.

(…)

4. Per gli appalti di servizi e forniture, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di cui al comma 1, lettera (...)
c) un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali.

5-bis. In relazione al requisito di cui al comma 4, lettera c), l'adeguatezza della copertura assicurativa offerta viene valutata sulla base della polizza assicurativa contro i rischi professionali posseduta dall'operatore economico e in corso di validità. In relazione alle polizze assicurative di importo inferiore al valore dell'appalto, le stazioni appaltanti possono richiedere che l'offerta sia corredata, a pena di esclusione, dall'impegno da parte dell'impresa assicuratrice ad adeguare il valore della polizza assicurativa a quello dell'appalto, in caso di aggiudicazione.

Il motivo di questo riforma, viene ben spiegato nella relazione ministeriale al decreto semplificazioni, che per la sua importanza, qui di seguito riportiamo:
"Si rappresenta che l'articolo 83, comma 4, lettera c), prevede che, ai fini della partecipazione agli operatori economici a procedure per l'affidamento di servizi o fornitura, le stazioni appaltanti possano richiedere il possesso di «un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali», come (in potenziale e facoltativo concorso con il fatturato minimo e i movimenti contabili) strumento dimostrativo di capacità economica e finanziaria.

Come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, «la "adeguatezza" del "livello" di copertura (che, già sul piano testuale, evoca e sottende, con semantica scalare, la relativa dimensione quantitativa), si parametra sulla capacità di garantire in concreto i rischi professionali, non solo in relazione ai massimali risarcitori divisati con le imprese assicurative, ma anche con riguardo alle eventuali limitazioni "dal basso" della relativa responsabilità. In questo senso, il possibile "gioco" delle clausole di franchigia (che, naturalmente, incide sulla struttura interna dei costi d'impresa – essendo, come tale, indice di capacità finanziaria – non meno che sul grado di affidabilità che le imprese assicuratrici sono disposte a riconoscere all'atto di assunzione dei rischi coperti) è, obiettivamente, in grado di alterare il livello di copertura, fino al segno di legittimare potenziali apporti sicuritari talmente condizionati dal negoziato esonero di responsabilità da abbattere decisivamente l'onere

del relativo premio e da agevolare l'assunzione solo del grado di rischio connotato, di là dalla consistente soglia esonerativa, di un grado basso o addirittura irrisorio di probabilità)» (si veda Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 5828 del 23 agosto 2019).

Tanto premesso, la genericità dell'attuale previsione recata dalla lettera c) del comma 4 dell'articolo 83 ha dato luogo alla prassi delle stazioni appaltanti di richiedere nel bando di gara la produzione, in una alla domanda di partecipazione, di polizze assicurative di importo commisurato al valore dell'appalto; ciò comporta che molti operatori, i quali pure sono già in possesso di polizze assicurative contro i rischi professionali, sono tuttavia costretti a stipularne delle nuove ai soli fini della partecipazione alla gara (e pur senza sapere, come è ovvio, se risulteranno alla fine aggiudicatari), in quanto quelle possedute non sono adeguate alle prescrizioni della *lex specialis*.

L'integrazione dell'articolo 83 che qui si propone recepisce le conclusioni di condivisibile giurisprudenza (TAR di Brescia, sezione I, sentenza n. 282 del 27 febbraio 2017), la quale ha ritenuto, già nell'attuale quadro legislativo, che il requisito in questione possa essere soddisfatto gradualmente: «Poiché tra più interpretazioni possibili in base alla lettera della norma deve essere preferita quella che impone il costo minore per gli operatori economici, evitando la creazione di ostacoli impropri alla partecipazione, si ritiene che il livello adeguato di copertura assicurativa possa essere raggiunto anche per gradi, e con una pluralità di strumenti negoziali.

Pertanto, si deve escludere che la norma richieda necessariamente l'allegazione di un nuovo contratto di assicurazione, con un massimale già adeguato al valore dell'appalto. La produzione di un simile documento, onerosa per i concorrenti, sarebbe del tutto superflua nel corso della gara, mentre assume la massima importanza al termine della stessa, quando occorre tutelare l'interesse pubblico all'immediato avvio del servizio o della fornitura (...). Dal lato dei concorrenti, questo significa che l'esclusione dalla gara è una sanzione ragionevole e proporzionata solo quando la stazione appaltante sia esposta al rischio di selezionare un aggiudicatario non in grado di attivare immediatamente la copertura assicurativa.

Al contrario, se vi è la certezza che la copertura assicurativa richiesta dal bando o dal disciplinare di gara sarà presente al momento dell'aggiudicazione, e che l'attivazione della suddetta copertura dipende solo dalla volontà dell'aggiudicatario, e non dall'assenso di terzi, l'interesse pubblico può dirsi tutelato, e di conseguenza risulta indifferente lo strumento negoziale che ha reso possibile il risultato».

La norma non tiene conto della pratica assicurativa né di una precisa analisi dei rischi di ogni singolo appalto.

Per fare un esempio è come se, in ambito di assicurazione auto obbligatoria, si imponessero i massimali di polizza tenendo conto del valore del veicolo guidato; sono altri i parametri che bisognerebbe analizzare: in certe circostanze forse che richiedere una polizza pari al valore dell'appalto sia anche eccessivo, mentre in altre, assolutamente insufficiente.

Criteri ambientali minimi nel settore Edilizia: problematiche applicative e possibili soluzioni. L'intervento dell'ANAC.

di Alessandra Verde

IL PUNTO

1. Inquadramento generale. Il PAN GPP

Come è noto, i Criteri ambientali minimi, c.d. CAM, sono stati introdotti per la prima volta nella normativa sugli appalti pubblici, in vigenza del vecchio Codice, dal Collegato ambientale (L. n. 221/2015) e poi confermati, con portata applicativa generale, nel nuovo Codice dei contratti pubblici dall'art. 34[1].

L'inserimento dei CAM - definibili come quei requisiti ambientali richiesti per le varie fasi del processo di acquisto, volti a individuare la soluzione progettuale, il prodotto o il servizio migliore sotto il profilo ambientale, tenuto conto dell'intero ciclo di vita del medesimo - in una procedura di affidamento di beni, servizi o lavori comporta la qualificazione dell'appalto come "verde", ossia a ridotto impatto ambientale, e contribuisce al raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità ambientale che l'Italia, in linea con le indicazioni europee, si è posta a partire dal 2008 con l'approvazione del Piano d'azione nazionale per il *Green Public Procurement* (di seguito PAN GPP)[2].

1. Art. 34 D. Lgs. n. 50/2016: Criteri di sostenibilità energetica e ambientale.

<<1. Le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, anche a quanto specificamente previsto all' articolo 144. 2. I criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1, in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95, comma 6. Nel caso dei contratti relativi alle categorie di appalto riferite agli interventi di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione, i criteri ambientali minimi di cui al comma 1, sono tenuti in considerazione, per quanto possibile, in funzione della tipologia di intervento e della localizzazione delle opere da realizzare, sulla base di adeguati criteri definiti dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. 3. L'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione>>.

2. Il PAN GPP, ovvero il Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della Pubblica amministrazione, è stato approvato con Decreto interministeriale 11/04/2008, n. 135, in attuazione di quanto previsto dall'art. 1, comma 1126, della L. n. 296/2006, ed in applicazione di quanto stabilito dalla Commissione Europea con la Comunicazione n. 2003/302 sulla "Politica Integrata dei Prodotti – Sviluppare il concetto di 'ciclo di vita ambientale'". Il PAN GPP è stato poi aggiornato con D.M. 10 aprile 2013. Esso costituisce il documento di riferimento per l'identificazione dei criteri ambientali minimi per diverse tipologie di beni e servizi, da effettuarsi mediante l'adozione di appositi decreti ministeriali.

A seguito delle spinte provenienti dalla Commissione Europea a partire dalla fine degli anni novanta, in Italia ha cominciato infatti a farsi largo il c.d. *Green Public Procurement* (GPP), ovvero un sistema di acquisti pubblici sostenibili sotto il profilo ambientale. La Commissione Europea, prima, e i vari Governi nazionali, a seguire, hanno compreso nel tempo che, dinanzi alle importanti e crescenti emergenze ambientali, quali la crisi energetica mondiale che ha investito da anni il pianeta e il sempre più vasto e preoccupante inquinamento che sta portando ad un pericoloso innalzamento della temperatura globale, appare ormai indispensabile intervenire per scongiurare gli effetti devastanti di tali fenomeni su tutti i fronti possibili. Tra questi riveste una notevole importanza il settore della domanda pubblica di beni e servizi, che costituisce un'importante fetta di mercato e che, pertanto - se impostata su criteri virtuosi di sostenibilità ambientale – potrebbe concretamente incidere sulla riduzione delle emissioni inquinanti, dei consumi e degli sprechi nonché sul miglioramento generale della qualità dei beni e dei servizi offerti dal mercato.

I Criteri Ambientali Minimi sono indicazioni tecniche da prevedere e rispettare nell'ambito degli appalti pubblici, disciplinate in appositi Decreti ministeriali, che perseguono il fine di dare attuazione al Green Public Procurement (GPP), ovvero un sistema programmato di acquisti pubblici sostenibili sotto il profilo ambientale.

La domanda pubblica di beni e servizi può essere utilmente usata anche per perseguire l'ulteriore scopo di migliorare la qualità dei beni e dei servizi. Infatti, privilegiare l'acquisto di beni e servizi verdi costituisce uno stimolo per il mercato ad investire nella ricerca e nell'innovazione tecnologica nel settore ambientale. Lo scopo è infatti innescare un circolo virtuoso che porti ad un miglioramento della qualità dei beni e dei servizi offerti dal mercato, alla sensibilizzazione dell'opinione pubblica su tali tematiche, e, nel lungo periodo, ad una attenzione maggiore anche da parte dei consumatori privati alla qualità dei prodotti acquistati sotto il profilo della sostenibilità ambientale degli stessi. Non solo: un sistema di acquisti pubblici improntato a criteri di sostenibilità ambientale garantisce la razionalizzazione della spesa pubblica, da un lato, in quanto promuove la diffusione di una cultura attenta a contenere i consumi non necessari, innanzitutto, tra gli operatori delle stesse stazioni appaltanti, e dall'altro, perché impone a tutti gli operatori del settore di tener conto del **costo del ciclo di vita** di un bene - codificato dall'art. 96 del Codice – inteso come costo che include, oltre al prezzo di vendita dello stesso, i costi indiretti connessi all'utilizzo e allo smaltimento del bene. Tale concezione consente alla Pubblica amministrazione di compiere scelte di acquisto più consapevoli e convenienti nel medio e lungo periodo, in quanto essa tiene conto del costo complessivo che quel dato prodotto avrebbe per tutto il periodo del suo impiego da parte della stazione appaltante.

Con Decreto del Ministro dell'Ambiente del 11 ottobre 2017, sono stati adottati i CAM in materia edilizia, contenenti una serie di prescrizioni e suggerimenti utili per razionalizzare gli acquisti in tale settore, nonché ottimizzare la sostenibilità ambientale nell'esecuzione del contratto o nella futura gestione dell'edificio realizzato o ristrutturato.

Il PAN GPP fornisce un quadro generale sul *Green Public Procurement*, in quanto definisce gli obiettivi nazionali, identifica le categorie di beni, servizi e lavori di intervento prioritario per gli impatti ambientali e i volumi di spesa sui quali definire i CAM e impartisce specifiche prescrizioni agli enti pubblici, in ordine alla necessità di effettuare un'analisi dei propri fabbisogni con l'obiettivo di razionalizzare i consumi e programmare attentamente l'implementazione delle azioni da porre in essere in ambito GPP. Il PAN GPP prevede, infine, un monitoraggio annuale per verificare l'applicazione dei Criteri Ambientali Minimi, con relativa analisi dei benefici ambientali ottenuti.

2. I Criteri Ambientali Minimi nel settore Edilizia. Il decreto del Ministro dell'ambiente dell'11 ottobre 2017

Come detto, i CAM sono lo strumento fondamentale per sviluppare il *Green Public procurement* e consistono, in sostanza, in indicazioni tecniche, di natura ambientale e, se possibile, etico-sociale collegate alle diverse fasi delle procedure di gara che, se recepite dalle stazioni appaltanti, saranno utili a classificare come sostenibile l'acquisto di beni o l'affidamento di servizi pubblici. I criteri ambientali si definiscono minimi in quanto sono gli elementi di base per connotare le procedure di acquisto come preferibili sotto il profilo ambientale. Essi vengono, di volta in volta, individuati e disciplinati in appositi decreti del Ministero dell'Ambiente, distinti per categoria. Tutti i decreti attuativi finora adottati seguono un medesimo schema, ovvero individuano i CAM per le diverse fasi delle procedure di gara prendendo in considerazione cinque momenti/elementi fondamentali delle stesse: l'**oggetto dell'appalto**, la **selezione dei concorrenti**, le **specifiche tecniche di base**, le **specifiche tecniche premianti** e le **condizioni di esecuzione** o, in generale, le **clausole contrattuali**.

Il Codice dei contratti impone **l'obbligo** di inserire, nella documentazione progettuale e di gara, almeno le **specifiche tecniche** e le **clausole contrattuali** contenute nei Criteri ambientali minimi. Invece, per quanto riguarda i criteri premianti, questi sono tenuti in considerazione in caso di procedura da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e possono essere impiegati per la formulazione dei parametri di valutazione delle offerte tecniche.

Il comma 3 dell'articolo 34 del Codice dei contratti pubblici, come modificato dal D. Lgs. n. 56/2017, prevede inoltre l'obbligo di inserimento nella documentazione di gara dei Criteri ambientali minimi per tutte le categorie di lavori, servizi e forniture oggetto degli stessi, **a prescindere dall'importo dell'affidamento**.

In virtù del richiamo agli articoli da 1 a 58 del Codice, le disposizioni di cui all'articolo 34 sono da ritenersi applicabili anche agli appalti dei settori speciali, nonché agli appalti nel settore dei beni culturali, alla luce della previsione di cui all'art. 145, comma 3, del Codice. Le disposizioni in materia di CAM si applicano infine anche ai contratti di concessione, ai sensi dell'art. 164, comma 2, del Codice, ai contratti di partenariato pubblico-privato e agli affidamenti a contraente generale, ai sensi dell'articolo 179, comma 1.

L'art. 34 contiene poi un riferimento specifico al settore edile. Il secondo capoverso del comma 2 infatti specifica che, per le procedure di appalto riguardanti interventi di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione, i Criteri ambientali minimi adottati da apposito decreto ministeriale devono essere tenuti in considerazione, per quanto possibile, in funzione della **tipologia di intervento** e della **localizzazione delle opere da realizzare**.

Appunto per il settore dell'edilizia, strategico da un punto di vista economico e sociale nel nostro Paese, è stato emanato il Decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare dell'11 ottobre 2017 recante <<Criteri ambientali minimi per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici>>.

In esso sono contenute, oltre ai Criteri ambientali minimi riferiti agli appalti aventi ad oggetto la progettazione e/o la realizzazione di lavori di costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici o gruppi di edifici pubblici, anche una serie di indicazioni di carattere generale rivolte alle stazioni appaltanti in relazione all'espletamento della relativa gara d'appalto e all'esecuzione del contratto. Si tratta per lo più di suggerimenti finalizzati a razionalizzare gli acquisti per tale categoria merceologica, nonché a massimizzare la sostenibilità ambientale dell'appalto in fase esecutiva o nella futura gestione dell'edificio realizzato o ristrutturato.

I Criteri ambientali minimi corrispondono, laddove possibile, a caratteristiche e prestazioni ambientali superiori a quelle previste dalle leggi nazionali e regionali vigenti. Laddove tuttavia esistano leggi regionali che prescrivono prestazioni ancora migliori sotto il profilo della tutela ambientale rispetto ai CAM, ovviamente tali leggi prevarranno sui corrispondenti criteri definiti nel Decreto.

Il D.M. 11 ottobre 2017 raccomanda, in primo luogo, di indicare sin dalla descrizione stessa dell'oggetto dell'appalto la presenza dei requisiti

ambientali ed il fatto che si tratti di appalto "verde". Ciò in quanto, da un lato vengono facilitate le attività di monitoraggio da parte dell'ANAC e del Ministero dell'ambiente sullo stato di applicazione dei medesimi e, dall'altro, in quanto i potenziali concorrenti hanno immediata evidenza delle caratteristiche ambientali richieste dalla stazione appaltante, con conseguente maggiore facilità nel predisporre un'offerta adeguata e consapevole nei contenuti e nel prezzo.

Il Decreto precisa inoltre che, nei casi di affidamento del servizio di progettazione, i criteri dovranno costituire parte integrante del disciplinare tecnico elaborato dalla stazione appaltante in modo da indirizzare la successiva progettazione. Essi non sostituiranno i requisiti normalmente presenti in un capitolato tecnico, ma si aggiungeranno a questi ultimi, specificando i requisiti ambientali che l'opera deve avere in aggiunta alle prescrizioni e prestazioni già in uso o a norma per gli edifici pubblici.

Il D.M. 11 ottobre 2017 raccomanda ad ogni stazione appaltante di svolgere un'analisi preliminare delle proprie effettive esigenze, sulla base della pianificazione territoriale e dei CAM, al fine di valutare la reale esigenza di costruire nuovi edifici, a fronte della possibilità di adeguare quelli esistenti e della possibilità di migliorare la qualità dell'ambiente costruito.

Un altro importante suggerimento contenuto nel decreto è quello di definire chiaramente nella documentazione di gara un sistema di sanzioni, ad esempio l'irrogazione di una penale, da applicare all'aggiudicatario qualora le opere in esecuzione o eseguite non consentano di raggiungere gli obiettivi previsti oppure laddove non siano rispettati i criteri ambientali o etico-sociali richiesti nel bando.

In via preliminare, ciascuna stazione appaltante, prima di progettare una gara d'appalto per una nuova costruzione, deve svolgere un'attenta analisi delle proprie effettive esigenze, <<verificando la coerenza tra la pianificazione territoriale vigente e i criteri>> riportati nel decreto e <<valutando di conseguenza la reale esigenza di costruire nuovi edifici, a fronte della possibilità di adeguare quelli esistenti e della possibilità di migliorare la qualità dell'ambiente costruito, considerando anche l'estensione del ciclo di vita utile degli edifici, favorendo anche il recupero dei complessi architettonici di valore storico artistico>>.
Nel D.M. 11 ottobre 2017 sono descritte differenti specifiche tecniche: quelle riferite ai gruppi di edifici, quelle per singoli edifici, quelle dei componenti edilizi e infine quelle riferite al cantiere.
L'obbligo di adozione dei criteri ambientali minimi ivi contenuti vige per tutte le suddette specifiche tecniche come anche per le condizioni di esecuzione (clausole contrattuali).
I "criteri di aggiudicazione (criteri premianti)", invece, hanno natura facoltativa e sono tenuti in considerazione ai fini della definizione dei parametri di valutazione, in caso di gara d'appalto da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, cui attribuire specifici punteggi premiali qualora vengano proposte condizioni superiori a quelle minime previste dai Criteri ambientali minimi con riferimento alle specifiche di base.

Per quanto concerne invece i criteri ambientali individuati nella sezione relativa alla "Selezione dei candidati", la loro introduzione nella documentazione di gara è facoltativa per la stazione appaltante.

3. L'intervento dell'ANAC: la bozza di Linee guida in consultazione

A seguito dell'adozione del decreto ministeriale contenente i CAM in materia edilizia, sono state sollevate numerose perplessità dagli operatori economici del settore, i quali hanno segnalato all'Autorità Nazionale Anticorruzione le difficoltà applicative emerse durante la fase di prima applicazione del decreto ed hanno evidenziato come alcune prescrizioni e indicazioni in esso contenute si traducessero concretamente in potenziali ostacoli alla partecipazione delle micro e piccole imprese edili alle procedure di gara.
A seguito di dette segnalazioni, l'Autorità ha avviato un tavolo tecnico con le principali associazioni di categoria delle imprese operanti

nel settore dei lavori pubblici e con i Ministeri dell'ambiente e delle infrastrutture e dei trasporti. L'obiettivo del tavolo tecnico è stato appunto quello di far emergere le criticità rilevate dagli operatori del settore nell'applicazione dei CAM nelle gare per l'affidamento dei lavori e ipotizzare possibili soluzioni.

A seguito delle risultanze del tavolo tecnico, l'ANAC ha stipulato un protocollo d'intesa con il Ministero dell'Ambiente[3] e, in stretta collaborazione con esso, ha stabilito di adottare apposite Linee guida volte a fornire <<indicazioni di carattere operativo di supporto alle stazioni appaltanti per l'attuazione delle procedure di affidamento di contratti pubblici per le quali si ricorre ai criteri ambientali minimi>> dettati dal D.M. 11.10.2017 **<<con l'obiettivo di contemperare il principio del *favor partecipationis*, con particolare riferimento alle micro, piccole e medie imprese, con il principio della tutela ambientale>>**.

A seguito di numerose segnalazioni sulle difficoltà applicative dei CAM in materia edilizia, l'ANAC ha deciso di predisporre apposite Linee guida, sulla cui bozza ha avviato una consultazione pubblica per raccogliere osservazioni e suggerimenti da tutti gli stakeholders interessati.

Preliminarmente all'adozione di Linee guida ai sensi dell'art. 213, comma 2 del Codice, volte a promuovere l'efficienza e la qualità dell'azione delle stazioni appaltanti, l'ANAC ha avviato una consultazione pubblica di tutti gli *stakeholders* al fine di acquisire suggerimenti, proposte, considerazioni e osservazioni su una bozza di Linee guida pubblicata sul sito istituzionale dell'Autorità[4].

4. Gli aspetti salienti del documento in consultazione. L'inserimento dei CAM sin dalla fase di progettazione

Un primo importante aspetto evidenziato nella bozza di Linee guida ANAC in tema di applicazione dei CAM edilizia, è il principio secondo cui l'adozione dei criteri ambientali minimi deve essere prevista fin dalla progettazione dell'intervento. Ciò significa che non sarà possibile inserire i criteri ambientali nella documentazione di gara della procedura per l'affidamento dei lavori se il progetto esecutivo dei lavori medesimi, predisposto *ab origine*, non li abbia già previsti. Ciò significa anche che, se la stazione appaltante intende affidare la progettazione all'esterno, dovrà predisporre la gara per l'affidamento della progettazione medesima avendo cura di inserire nella *lex specialis* di questa il riferimento all'obbligo di applicare, nei documenti progettuali, i criteri ambientali minimi inerenti alle attività di progettazione. Tali criteri relativi alla fase di progettazione non potrebbero – in altri termini – essere inseriti per la prima volta nella documentazione di gara della procedura di affidamento dei lavori, a meno che non si tratti di un appalto integrato di progettazione ed esecuzione delle opere, nei casi in cui questo sia ammissibile.

L'Autorità si pone anche il problema di salvaguardare i progetti redatti prima dell'entrata in vigore dell'obbligo di inserire nella documentazione di gara i criteri ambientali minimi, ovvero prima dell'emanazione del D.M. 11.10.2017. In tal caso, l'ANAC afferma che è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante la scelta di richiedere i CAM nella documentazione della gara per l'affidamento dei lavori laddove il progetto esecutivo non li preveda, purché, beninteso, non sia possibile aggiornare il progetto esecutivo con l'introduzione dei criteri ambientali prima dell'avvio della gara medesima.

A guardar bene, il fatto che l'adozione dei criteri ambientali sia prevista sin dalla prima fase di progettazione risponde proprio alla finalità di non

3. Protocollo d'intesa tra ANAC e Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare del 19 marzo 2018.

4. Il documento posto in consultazione è stato redatto anche a seguito della consultazione dell'Associazione Legambiente, con la quale l'ANAC ha stipulato un apposito Protocollo d'intesa sottoscritto in data 27.3.2019.

generare oneri eccessivi in capo agli operatori economici in fase di esecuzione. Un progetto che tenga conto sin dall'inizio dei CAM consente al progettista di ponderare bene la tipologia di materiali da utilizzare, la maggiore o minore facilità di approvvigionamento dei medesimi ed ogni altro aspetto progettuale che abbia ricadute economiche importanti nella successiva fase di esecuzione dell'opera progettata.

Non solo. L'ANAC consiglia alle stazioni appaltanti di indicare i CAM specificando nella documentazione progettuale quelli che sono già stati adottati e quelli che sono richiesti per la successiva fase di esecuzione dei lavori. In tal modo, si offre la possibilità ai concorrenti della gara per l'esecuzione delle opere di essere resi pienamente edotti della richiesta di applicazione dei criteri ambientali minimi e di tutti gli obblighi contrattuali in capo al futuro esecutore che da tali criteri ambientali scaturiranno, sia perché inseriti nel progetto esecutivo posto a base di gara sia perché essi diverranno anche prescrizioni del capitolato speciale dell'appalto per l'esecuzione. Solo in tal modo gli operatori economici saranno in grado di valutare attentamente sia dall'inizio la loro capacità di formulare un'offerta consapevole ed adeguata.

Un primo fondamentale principio sancito dall'Autorità è che l'introduzione dei CAM debba avvenire sin dall'inizio della progettazione. Il progetto esecutivo a base di gara deve essere definito tenendo conto dei criteri ambientali minimi e deve pertanto indicare chiaramente all'aggiudicatario tutte le caratteristiche ambientali - e i relativi oneri - dell'opera da realizzare.

Nella Relazione illustrativa che accompagna il documento in consultazione, l'Autorità mette in evidenza il perché richiedere, nella procedura di affidamento dei lavori, criteri ambientali minimi inizialmente non inseriti nel progetto esecutivo posto a base di gara appaia molto problematica. <<In questi casi, infatti, - sostiene l'ANAC - è il progetto esecutivo a base di gara, che è già stato definito tenendo conto dei criteri ambientali minimi, che **indica all'aggiudicatario tutte le caratteristiche dell'opera da realizzare**. Bisogna, altresì, considerare che l'introduzione in fase di esecuzione di criteri non previsti nel progetto esecutivo potrebbe richiedere **ulteriori attività di progettazione, mascherando così forme di appalto integrato, o rendere necessarie vere e proprie varianti al progetto**, che dovrebbero essere opportunamente valutate a monte dalla stazione appaltante, prima della messa a gara del progetto>>.

Altro aspetto importante è il fatto che, anche in ossequio al dettato dell'art. 34 del Codice, la scelta – ad opera della stazione appaltante - dei criteri ambientali minimi da inserire nell'appalto deve tener conto delle diverse casistiche di intervento da porre in essere (nuove costruzioni, ristrutturazione urbanistica, demolizione, ecc.) e delle relative specifiche tecniche, delle differenti tipologie di opera, delle dimensioni di questa, del contesto in cui la stessa si colloca nonché delle eventuali difficoltà connesse all'approvvigionamento dei materiali che si intendono utilizzare.

Perché la stazione appaltante compia una scelta consapevole, è indispensabile che il progettista, interno o esterno che sia, effettui <<un'approfondita analisi di mercato con l'obiettivo di verificare la disponibilità dei materiali con le caratteristiche richieste dal decreto *de quo* e la distanza dal cantiere degli impianti di produzione dei medesimi materiali>>. Tale attenta analisi appare indispensabile proprio per scongiurare potenziali ostacoli alla libera partecipazione da parte di tutte le imprese. L'ANAC infatti, nella Relazione illustrativa che accompagna il documento in consultazione, evidenzia come <<affinché la scelta di inserimento dei criteri ambientali minimi **non risulti particolarmente gravosa per le imprese**, consentendo alle stesse di presentare un'offerta adeguata alle prestazioni da eseguire, e per **evitare contenziosi in fase esecutiva** sarebbe opportuno che i prezzi delle lavorazioni inseriti nel computo metrico siano determinati tenendo conto della specifica richiesta dei criteri medesimi>>. In altre parole, il progetto esecutivo deve prevedere criteri ambientali che siano accettabili soprattutto in termini di fattibilità economica e pratica degli stessi, pena il rischio di

escludere le micro e le piccole imprese dalla gara o di andare incontro a contenziosi in fase esecutiva laddove l'impresa aggiudicataria non abbia tenuto conto, in fase di predisposizione dell'offerta, di una serie di voci di costo legate alla sostenibilità ambientale. Per scongiurare tali pericoli, l'Autorità suggerisce di utilizzare in fase di progettazione prezzari regionali aggiornati con voci di prezzo connesse all'applicazione dei CAM o, in assenza di essi, di un prezzario adeguato a questi ultimi, mediante l'elaborazione di prezzi *ad hoc*.

5. I criteri inerenti alla <<selezione dei candidati>>. Problematiche applicative

Tra i criteri previsti dal D.M. 11.10.2017, quelli che hanno suscitato le maggiori perplessità tra gli operatori economici sono quelli inerenti alla "selezione dei candidati" per i potenziali effetti limitativi della partecipazione alle procedure di affidamento dei lavori che gli stessi possono avere, in particolare a danno delle micro e piccole imprese. Si tratta, ad esempio, del possesso di sistemi di gestione ambientale ovvero della certificazione del rispetto dei principi di responsabilità sociale quali la tutela dei diritti umani e di condizioni di lavoro rispettose degli standard sociali riconosciuti a livello internazionale.

Il potenziale rischio di ingiustificata restrizione della partecipazione ha condotto l'Autorità a suggerire di ponderare attentamente l'inserimento di tali criteri in funzione della **tipologia** dell'intervento da progettare e realizzare e della **rilevanza** dello stesso, con l'obiettivo di garantire la più ampia partecipazione alle procedure di gara.

Più nel dettaglio, i criteri di "selezione dei candidati" dovranno ragionevolmente essere inseriti <<solo nei casi in cui il possesso di requisiti aggiuntivi, quali il sistema di gestione ambientale o il rispetto dei principi di responsabilità sociale, sia da ritenersi **strettamente necessario ad assicurare** in relazione all'oggetto dell'affidamento, **la migliore tutela ambientale e sociale** e per interventi di **particolare rilevanza** in termini di importo, di natura dell'intervento, di ubicazione territoriale e di impatto nel contesto circostante>>.

Laddove la stazione appaltante abbia in programma semplici interventi di manutenzione ordinaria di ridotta rilevanza o interventi di riparazione o di ristrutturazione di piccola entità, l'inserimento nel progetto di tali ulteriori requisiti <<appare foriera di una non giustificata restrizione della partecipazione alla gara>>. Sarà quindi onere della stazione appaltante valutare attentamente l'impatto che la richiesta di particolari criteri di selezione degli offerenti possa avere in termini di partecipazione alla procedura di gara <<a fronte degli effettivi benefici che il possesso delle certificazioni richieste dal decreto può avere nell'esecuzione della prestazione>>.

In merito, un primo problema che l'ANAC ha affrontato è quello della conciliabilità dell'attestazione SOA, definita dal Codice come unico strumento per la dimostrazione del possesso dei requisiti di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro, con la richiesta di requisiti ulteriori di qualificazione quali quelli previsti dal D.M. 11.10.2017 con riferimento alla selezione dei candidati.

Se infatti la stazione appaltante decide di inserire detti criteri nella documentazione di gara, l'attestazione SOA non sarebbe più sufficiente a dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione. Ciò comporterebbe un maggiore onere per le imprese in quanto le stesse dovrebbero presentare ulteriore documentazione per dimostrare il possesso dei requisiti aggiuntivi, con conseguente possibile aumento delle spese per la predisposizione dell'offerta. L'eccessiva onerosità, sia in termini economici che amministrativi, dell'attività di predisposizione delle offerte è – come è facile immaginare – spesso causa di rinuncia alla partecipazione ad una gara da parte delle micro e piccole imprese, a volte non sufficientemente organizzate per far fronte a tali oneri amministrativi.

L'ANAC fornisce alcuni suggerimenti, valevoli più che altro *de iure condendo*.

Per quanto riguarda il possesso di sistemi di gestione ambientale, una possibile soluzione per semplificarne la dimostrazione da parte degli operatori economici potrebbe essere quella di certificare il possesso del sistema di gestione ambientale nell'ambito dell'attestazione SOA, in analogia a quanto già previsto per la certificazione del sistema di qualità. Occorrerebbe tuttavia una previsione normativa in tal senso, che stabilisse

che tra i contenuti dell'attestazione SOA vi possa essere anche il possesso di certificazioni di sistemi di gestione ambientale.

In ogni caso, una soluzione di tal genere non resterebbe senza oneri aggiuntivi per l'operatore economico, il quale si vedrebbe costretto a dover pagare per il conseguimento della certificazione del sistema ambientale, per il rilascio della certificazione da parte dei soggetti abilitati nonché per l'inserimento della certificazione nell'attestazione SOA.

Ancora più complicata appare la dimostrazione del criterio denominato <<Diritti umani e condizioni di lavoro>>, riferito al rispetto, da parte dell'impresa, dei principi di responsabilità etico-sociale. In tal caso, le diverse modalità di verifica della conformità al criterio previste dal decreto non rendono percorribile la via dell'inserimento degli esiti di tale verifica nell'attestato SOA. Si potrebbe piuttosto chiedere la presentazione in sede di gara solo di un impegno da parte dell'offerente all'osservanza dei principi di responsabilità sociale previsti dai CAM e di demandare la verifica del rispetto del criterio alla fase di esecuzione dell'intervento.

I criteri inerenti alla "selezione dei candidati", quali il possesso di sistemi di gestione ambientale ovvero della certificazione del rispetto dei principi di responsabilità etico-sociale, vanno inseriti con grande prudenza negli appalti di lavori per i potenziali effetti limitativi della partecipazione alle gare che gli stessi possono avere, in particolare a danno delle micro e piccole imprese.

6. Ripartizione dei criteri in base alle diverse fasi della procedura. Indicazioni specifiche

La bozza di Linee guida ANAC sui CAM edilizia contiene una classificazione dei criteri ambientali in funzione della fase dell'intervento (progettazione e/o esecuzione) cui si riferiscono e della competenza delle attività di progettazione o verifica previste dal decreto. In essa sono declinati pertanto tre sottogruppi:

1) i criteri relativi alla fase di progettazione, che attengono ad attività di stretta competenza del progettista e che devono essere inseriti nella documentazione della gara per l'affidamento delle attività di progettazione;
2) i criteri relativi, congiuntamente, alla fase di progettazione e alla fase di esecuzione, ossia criteri che attengono ad attività di competenza sia del progettista che dell'appaltatore;
3) i criteri relativi alla fase di esecuzione, inerenti alle attività di competenza del solo appaltatore.

I criteri del primo sottogruppo, essendo parte integrante del progetto, assumono la veste di vere e proprie prescrizioni progettuali, diventando quindi oneri per l'appaltatore in fase di esecuzione, il cui rispetto è oggetto di verifica da parte della direzione lavori e della commissione di collaudo.

Tra essi, l'ANAC si sofferma in particolare sul criterio relativo alle "demolizioni e rimozione dei materiali" (criterio 2.5.1). Con riferimento ad esso, l'Autorità sottolinea che la verifica preventiva, finalizzata alla determinazione di ciò che può essere riutilizzato, riciclato o recuperato deve essere allegata al progetto posto a base di gara, così da consentire ai concorrenti di valutarla attentamente e di allegare all'offerta il piano di demolizione e recupero.

Del secondo sottogruppo fanno parte i criteri riguardanti sia la fase di progettazione che di esecuzione. Tra questi, il progettista valuta quali inserire nel progetto alla luce degli obiettivi che la stazione appaltante vuole conseguire e delle caratteristiche dell'intervento; in fase di esecuzione si procederà a verificarne la concreta e corretta attuazione da parte dell'esecutore.

Tra essi, spicca il criterio 2.5.3 sulle <<Prestazioni ambientali>>. Con riferimento ad esso, l'Autorità precisa che occorrerà inserire nel progetto approvato e messo a gara il piano per il controllo dell'erosione e della sedimentazione per le attività di cantiere e il piano per la gestione dei rifiuti da cantiere e per il controllo della qualità dell'aria e dell'inquinamento acustico durante le attività di cantiere, da cui dovrà anche evincersi chiaramente

quale documentazione debba essere presentata dal concorrente a dimostrazione della conformità al criterio.

Tra i criteri del terzo sottogruppo, l'ANAC si sofferma in particolare su quello relativo alla formazione specifica del personale di cantiere (2.5.4) mettendo in evidenza che, poiché il mercato non offre molto in tema di formazione specifica sui temi ambientali inerenti al settore edile, non è apparso opportuno dettare specifiche indicazioni sui tempi minimi della formazione, sui titoli dei docenti o sulla tipologia di attestato rilasciato.

Pertanto, la dimostrazione dell'avvenuta formazione del personale di cantiere potrà essere utilmente fornita mediante la produzione di attestati, diplomi o *curriculum vitae* da cui si evinca che il dipendente ha ricevuto una formazione avente ad oggetto il sistema di gestione ambientale, la gestione delle polveri, la gestione delle acque e scarichi e la gestione dei rifiuti.

Con riferimento, infine, ai criteri premianti, trattandosi per lo più di elementi migliorativi che presuppongono la valutazione di un progetto, l'ANAC si preoccupa di specificare che tali criteri potranno essere inseriti, all'interno dei parametri di valutazione dell'offerta tecnica, soltanto nelle procedure per le quali sia prevista, in sede di offerta, la presentazione di un progetto e non per le procedure inerenti alla sola esecuzione di lavori.

Maggiori oneri esecutivi, adeguamenti contrattuali e riserve nei contratti pubblici a seguito della pandemia da Covid 19

IL PUNTO

di Stefano de Marinis

Premessa

Le vicende legate alla necessità di arginare gli effetti del contagio da Covid19 che, soprattutto nel primo semestre 2020, hanno pesantemente interessato il nostro Paese, sovvertendone il quotidiano e compromettendo, anche in prospettiva, buona parte del ciclo economico, si sono inevitabilmente ripercosse sui contratti in corso, creando rilevanti problemi operativi e mettendo in luce un quadro normativo in tema di corretta allocazione dei conseguenti maggiori oneri esecutivi non scevro da interrogativi sulla sua adeguatezza, per lo meno a far fronte ad eventi tanto eccezionali.

Le restrizioni all'esercizio delle attività d'impresa, estese a tutto il territorio nazionale dal 23 marzo[1], ma attive in alcuni contesti fin dal mese precedente[2], per altro non sempre da subito chiare nella relativa portata, hanno generato difficoltà esecutive conseguenti ad esternalità di varia natura (rarefazione degli approvvigionamenti, limitazioni negli spostamenti di tecnici e maestranze, rischio di sanzioni per mancata osservanza di prescrizioni diverse ecc.), condizionando in modo importante

1. Di fatto dal giorno 25, vista la previsione recata all'articolo 1, comma 4, del dpcm 22 marzo 2020, in GU dello stesso giorno, n.76.

2. Il 23 febbraio 2020 è la data ufficialmente indicata nella legislazione emergenziale, come quella di inizio delle restrizioni legate all'esigenza di contenere la diffusione della pandemia, coincidente con l'adozione del primo provvedimento legislativo avente tale finalità (il decreto legge 26 febbraio 2020 n.6, pubblicato sulla GU dello stesso giorno, n. 45, e convertito con legge 5 marzo 2020, n.13, in GU 9 marzo 2020, n.6), inizialmente circoscritto ad alcuni Comuni della Regione Lombardia e via via progressivamente ampliate; già dal 31 gennaio 2020, peraltro, il Consiglio dei Ministri, con provvedimento ad hoc, in G.U. n. 26, del 1° febbraio 2020, aveva dichiarato lo stato di emergenza nazionale con validità 6 mesi, e dal 20 febbraio due specifiche ordinanze del Ministero della Salute erano intervenute, a livello locale, per limitare la mobilità della popolazione.

gli adempimenti contrattuali, con rallentamenti e blocchi operativi fonte di problemi sia nei casi di successiva adozione di formali provvedimenti di sospensione delle attività interessate, sia, a maggior ragione, nei casi di continuazione per esigenze di ordine pubblico (es. raccolta rifiuti, servizi di trasporto ecc.).

In tale contesto, le questioni che si pongono riguardano profili molteplici: l'imputabilità alle parti di ritardi esecutivi, mancate consegne ed altre inadempienze conseguenti al *lockdown* o, a quel che potremmo definire il *pre-lockdown*; gli oneri, prevalentemente di natura economica, legati alla necessità di sospendere attività in corso a seguito di indicazioni in tal senso rese dalla committenza (ordini di servizio); gli oneri, tanto economici che organizzativi, conseguenti alla ripresa e/o alla continuazione delle attività esecutive in presenza dei nuovi modi di operare imposti dalla sicurezza (es. minore produttività della manodopera per il rispetto del distanziamento) e/o dalle diverse modalità di svolgimento della commessa (es. riduzione dei pasti da fornire in presenza di un minor numero di presenze fisiche sui luoghi di lavoro, ecc.).

Come gestire tali elementi di criticità e, soprattutto, a quale parte contrattuale ricondurre il peso dei relativi oneri è questione delicata, sulla quale anche la Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, è intervenuta nello scorso mese di luglio, con una relazione specificamente dedicata all'impatto della normativa emergenziale da Covid 19 sui contratti[3].

L'intervento dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione che vale anche per i contratti pubblici

1. Il dato normativo

Il quadro normativo applicabile è il riferimento dal quale necessariamente partire.
In tal senso viene anzitutto in evidenza la disciplina generale di cui agli articoli 106 e 107 del d.lgs. 18 aprile 2016, n.50, in tema di modifiche contrattuali e sospensioni, nonché il dm 7 marzo 2018, n.49, recante la regolamentazione dell'esecuzione, incluso l'istituto delle riserve, qui da considerare anche nell'ottica del ripristino di un regolamento unico, come previsto dal decreto sbloccacantieri[4].

Deve aggiungersi, nel quadro dei provvedimenti emergenziali adottati dal Governo, l'articolo 3, comma 6 bis, del dl 23 febbraio 2020, n.6, introdotto dall'articolo 91 del dl 17 marzo 2020, n. 18, "Cura Italia", convertito con legge 24 aprile 2020, n. 27, e l'articolo 8, comma 4, lett. c), del dl 16 luglio 2020, n.76, "Semplificazioni", convertito con legge 11 settembre 2020, n. 120, oltre ai diversi dpcm via via adottati, contenenti in allegato i protocolli operativi da rispettare per l'esercizio delle diverse attività in sicurezza, come definiti tra committenza pubblica, imprese e sindacati[5]. Rilevano, infine, anche alcune previsioni specifiche, con applicazione

3. Trattasi della Relazione tematica n.56, dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, dell'8 luglio 2020, reperibile all'indirizzo http://www.cortedicassazione.it/cassazione resources/resources/cms/documents/Relazione_Tematica_Civile_056-2020.pdf.

4. L'attesa del ritorno ad una fonte regolamentare integrativa del Codice, tendenzialmente unitaria, generata da quanto previsto dal dl 18 aprile 2019, n.32, in GU 18 aprile 2019, n.92, cosiddetto decreto sbloccacantieri 2019, potrebbe peraltro lasciare il passo a scelte di natura diversa, volte ad incidere direttamente sulla legislazione primaria, per dare un'effettiva radicale svolta alle modalità attuative della spesa per investimenti.

5. Trattasi: del Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid 19 negli ambienti di lavoro, del 14 marzo 2020; del Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid 19 nei cantieri edili, del 20 marzo 2020; del Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid 19 negli ambienti di lavoro del settore edile – Linee guida per il settore edile del 24 marzo 2020. Tali previsioni sono riportate nell'allegato 7 al DPCM 26 aprile 2020, pubblicato in Gazz. Uff. 27 aprile 2020, n. 108, divenuto poi allegato 13 nel DPCM 17 maggio 2020, pubblicato in Gazz. Uff. 17 maggio 2020, n. 126, ad oggi operante in forza del richiamo al DPCM 7 agosto 2020, contenuto nel DPCM 7 settembre 2020, in Gazz. Uff. 7 settembre 2020, n. 222.

limitata a contesti particolari[6].

2. La non imputabilità alle parti di ritardi esecutivi, mancate consegne

Venendo al merito dei singoli problemi, va ricordato come, in via di principio, il rispetto dei tempi contrattuali costituisca obbligo fondamentale per l'affidatario di una commessa, vieppiù rilevante nel caso di rapporti pubblici dove l'interesse generale all'ottenimento della prestazione nei modi ed alle scadenze previste è ancor più rilevante. Per tali ragioni, la ritardata consegna o ultimazione e/o la sospensione operativa sono considerati a tutti gli effetti come inadempimenti, con tutte le conseguenze del caso; tra queste l'applicazione di penali da ritardo, la risoluzione del rapporto in danno laddove la relativa entità sia tale da sconfinare nell'ambito dell' inadempimento grave, l'escussione delle garanzie prestate, l'iscrizione nel Casellario dell'Anac, l'esclusione dalle gare, ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera c-ter), del Codice dei contratti.

Il rispetto delle misure di contenimento del contagio è sempre valutata ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore

Il richiamato articolo 3, comma 6 bis, del dl 6/2020, interviene espressamente sul punto disponendo che il rispetto delle misure di contenimento del contagio da Covid 19 *è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*.

Il riferimento all'articolo 1218 del codice civile - non già al 1256 che punta sull'estinzione del rapporto obbligatorio[7] - esclude (solo) la responsabilità del debitore per inadempimento laddove la prestazione convenuta sia divenuta impossibile per causa a lui non imputabile, andando incontro all'appaltatore che, per problemi conseguenti alle restrizioni legate alla pandemia, non sia stato in grado di far fronte ai propri impegni anche prima della generalizzata sospensione del 23 marzo.

Da notare peraltro che la pandemia non viene configurata come un'esimente in sé, ma la legge impone di valutare l'effettivo impatto sul contratto delle misure adottate per limitarne la diffusione, caso per caso; in quest'ottica i protocolli firmati tra le parti sociali[8] recano alcune tipizzazioni, ancorché non esaustive, delle situazioni che, a tali fini, potrebbero considerarsi rilevanti.

Da notare, ancora, che la norma non contiene richiami specifici alla figura dell'appaltatore, né al codice dei contratti pubblici, che viceversa è citato nella parte successiva dello stesso articolato, in tema di anticipazione.

6. Così, ad esempio, l'articolo 109 del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito con legge 17 luglio 2020, n. 77, in Gazz. Uff. n.180 del 18 luglio 2020, S.O. n. 25, recante "Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19", in tema di prestazioni individuali domiciliari, che possono essere convertite in altra forma, in deroga alle previsioni del d.lgs. 50 /2016, previo accordo tra le parti. Ancora l'articolo 86 - bis del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con legge 24 aprile 2020, n. 27, in Gazz. Uff. n.110 del 29 aprile 2020, recante "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi" in tema di progetti di accoglienza ... autorizzati alla prosecuzione fino al 30 giugno 2020, e di progetti in scadenza alla medesima data … che hanno presentato domanda di proroga, sono autorizzati alla prosecuzione dei progetti in essere alle attuali condizioni di attività e servizi finanziati, in deroga alle disposizioni del codice di cui al d.lgs. 50/2016.

7. Ai sensi dell'articolo 1256 cod. civ. il rapporto obbligatorio si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla

8. Trattasi dei Protocolli condivisi e delle Linee guida indicati alla nota 5.

Tale carenza non è, peraltro, d'ostacolo alla sua applicazione anche ai contratti pubblici, in quanto la soluzione data al problema dal legislatore, riferita ai rapporti regolati dal codice civile e basata sulla conservazione dei contratti in funzione del primario interesse alla loro realizzazione, vale ancor più nel caso in cui il committente sia una pubblica amministrazione; in questo senso sono anche le indicazioni dell'Ufficio del Massimario della Cassazione sopra richiamato.

Da notare, infine, come il comma 6 bis trovi applicazione su ambo i lati del rapporto, in quanto l'appalto è contratto a prestazioni corrispettive, e quindi anche nel caso in cui il ritardo o l'ipotizzato inadempimento riguardi comportamenti riconducibili al lato stazione appaltante. Unica eccezione, peraltro espressamente prevista come tale, riguarda i pagamenti, per i quali il decreto legge 18 impone, comunque, il rispetto delle relative tempistiche[9].

Il rispetto delle misure di contenimento del contagio costituisce causa di forza maggiore, ai sensi dell'articolo 107 del Codice dei contratti

3. Gli oneri da sospensione

Posta l'inimputabilità della sospensione o del ritardo, peraltro nei limiti ed alle condizioni indicate, la questione successiva che si pone è se i relativi oneri di natura economica, ad esempio la messa in sicurezza di un cantiere riguardante una galleria, possano essere legittimamente compensati all'appaltatore da parte della committenza.

Primo aspetto da considerare è se la sospensione sia l'esito di un'indicazione normativa vincolante o di un provvedimento della stazione appaltante, ancorché sollecitato dall'affidatario, o ancora da situazioni di fatto, come ad esempio l'impossibilità di approvvigionare le forniture necessarie all'adempimento della prestazione.

In tema di sospensione dell'esecuzione nei contratti pubblici occorre riferirsi all'articolo 107 del Codice dei contratti che considera tre casistiche tipizzate, più una aperta, regolate rispettivamente ai commi 1, 2, 4 e 6; le indicazioni si riferiscono in modo esplicito ai contratti di lavori, ma il comma 7 dello stesso articolo prevede che queste trovino applicazione, in quanto compatibili, anche per servizi e forniture.

Ciò posto, il primo caso riguarda la possibilità che DL/DEC sospendano l'esecuzione del contratto, laddove **circostanze speciali** impediscano in via temporanea di procedere utilmente a regola d'arte senza, peraltro, contemplare indennizzo alcuno. Il secondo prevede che sia il RUP a disporre la sospensione per ragioni di **necessità** o di **pubblico interesse** e se la sospensione, o le sospensioni, durano per più di un quarto della prevista complessiva durata contrattuale, o comunque per più di 6 mesi, l'esecutore possa chiedere la risoluzione contrattuale senza indennità; solo se la stazione appaltante si oppone nasce il diritto alla rifusione dei maggiori oneri da prolungamento della sospensione oltre i termini. Il terzo caso considera le cause **imprevedibili** o di **forza maggiore** che impediscano parzialmente il regolare svolgimento delle prestazioni, ipotesi in cui l'esecutore deve proseguire le parti eseguibili, mentre si provvede alla sospensione parziale di quanto non lo sia con verbale, dove possono esser fatte valere tutte le contestazioni, evidentemente anche di natura economica

L'ultimo attiene alle sospensioni, **totali o parziali**, disposte dalla stazione appaltante **per cause diverse** da quelle fin qui elencate, per le quali è possibile chiedere il risarcimento dei danni, da quantificarsi in base all'articolo 1382 del codice civile e secondo i criteri individuati nel dm 49, che declina in dettaglio le singole voci all'articolo 10[10].

In questo quadro è intervenuto, da ultimo, l'articolo 8, comma 4, lett. c), del decreto semplificazioni che, sul punto, prevede che il *rispetto delle*

9. Così l'articolo 103., comma 4.

10. Trattasi dei maggiori oneri per spese generali infruttifere, ritardata percezione dell'utile d'impresa, mancati ammortamenti e retribuzioni inutilmente corrisposte.

misure di contenimento previste dall'articolo 1 del decreto-legge n. 6 del 2020 e dall'articolo 1 del decreto-legge n. 19 del 2020 nonché dai relativi provvedimenti attuativi, ove impedisca, anche solo parzialmente, il regolare svolgimento dei lavori ovvero la regolare esecuzione dei servizi o delle forniture costituisce causa di forza maggiore, ai sensi dell'articolo 107, comma 4, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e, qualora impedisca di ultimare i lavori, i servizi o le forniture nel termine contrattualmente previsto, costituisce circostanza non imputabile all'esecutore ai sensi del comma 5 del citato articolo 107 ai fini della proroga di detto termine, ove richiesta.

Alla luce delle più recenti indicazioni, l'indennizzo degli oneri da fermo attività, ai sensi del comma 4 dell'articolo 107 del codice dei contratti costituisce opzione percorribile, per lo meno nei casi in cui la sospensione sia l'esito di un provvedimento assunto in tal senso dalla stazione appaltante, e a condizione che di detti oneri l'appaltatore ne abbia fatto richiesta nei modi e nei temimi previsti dalla legge e dal contratto (*vedi infra*).

4. Oneri per l'esecuzione dei contratti in sicurezza ed adeguamenti dei contenuti contrattuali

Passando a considerare l'ultimo caso, quello in cui l'esecuzione del contratto non sia mai stata sospesa, o venga ripresa al termine del *lockdown*, la questione merita specifica attenzione per il fatto di generare non solo maggiori oneri economici legati ai costi delle attrezzature e dei dispositivi volti a garantire la sicurezza, ma anche diverse modalità di esecuzione della prestazione affidata in ordine ai tempi di produzione e/o ai volumi erogati. In tal senso rilevano, ad esempio, le procedure per la misurazione delle temperature corporee di tutti i dipendenti all'ingresso dei luoghi di lavoro, l'utilizzo dei dispositivi di protezione individuali, gli obblighi di distanziamento personale ecc. adempimenti che l'appaltatore avrà comunque l'obbligo di rispettare se vorrà andare indenne da responsabilità sul piano penale, come previsto dall'articolo 29 bis del decreto legge 8 aprile 2020 n.23, "Liquidità", introdotto in sede di conversione dalla legge 5 giugno 2020, n.40.

Al riguardo spetta senz'altro alla stazione appaltante, in specie al coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione (CSE) in caso di lavori o contratti equiparati, ovvero al RUP laddove tale figura non sia prevista, di prendere l'iniziativa per l'adeguamento del singolo contratto in corso alle prescrizioni fissate dai singoli protocolli.

Il rispetto di tali misure, oltre ad incidere sui costi di esecuzione, può avere ripercussioni importanti anche sui livelli di produttività contrattualmente fissati, cosa che occorrerà considerare adeguando convenientemente tempi e modi di esecuzione delle commesse.

Nello stesso senso è compito della stazione appaltante intervenire per rimodulare la durata dei contratti per tener conto dei periodi di ridotta attività o di sospensione del servizio, che potranno essere temporalmente traslati.

D'altro canto, anche un adeguamento dello stesso oggetto dell'affidamento potrebbe venire in considerazione, in relazione, ad esempio, alla necessità di integrare un contratto di manutenzione di edifici scolastici già in essere alle esigenze di adeguamento dei plessi, richiesto con urgenza per la necessità di riavviare l'attività didattica in sicurezza.

Al riguardo valgono le disposizioni generali in tema di modifiche dei contratti durante il periodo di efficacia, ai sensi dell'articolo 106 del d.lgs. 50/2016, in particolare i casi di cui al comma 1 lettera c) e al comma 12.

Laddove la stazione appaltante non proceda di suo ad adeguare modalità e termini economici dei contratti interessati, lo strumento tipico a disposizione dell'appaltatore per rappresentare le proprie esigenze, principalmente di natura economica, quello delle cosiddette riserve.

5. Le disposizioni del DM 49

L'istituto delle riserve, espressamente esteso anche a forniture e servizi dal Codice dei contratti, che all'articolo 206 rende percorribile l'accordo bonario, che su queste si basa, anche per tali tipologie di appalto, trova la sua regolamentazione nel citato dm 49 del 2018.

Con due norme gemelle, gli articoli 9 e 21, vi si prevede, infatti, che il direttore dei lavori, ovvero

il direttore dell'esecuzione, *per la gestione delle contestazioni su aspetti tecnici e delle riserve, si attiene alla relativa disciplina prevista dalla stazione appaltante e riportata nel capitolato d'appalto*.

Dette previsioni, in realtà fin qui oggetto di limitata attenzione da parte di dottrina e giurisprudenza, in buona sostanza rinviano per intero alla sede contrattuale quella che in passato era una normativa, ancorché di natura regolamentare, strutturata in modo completo e retta da prescrizioni impegnative, il cui mancato scrupoloso rispetto, ad esempio per ciò che atteneva l'obbligo di tempestiva formulazione delle richieste ed esplicazione delle relative ragioni nonché dei termini del possibile conseguente impatto economico, implicava decadenze insuperabili.

Maggiori oneri esecutivi e riserve: la disciplina è contrattuale

La disciplina più recente implica modifiche sostanziali, anzitutto nel senso che la portata delle singole discipline contrattuali viene oggi verificata caso par caso; inoltre, che l'eventuale presenza, diretta o per rinvio ad altra fonte, di clausole riproduttive di obblighi ed adempimenti particolari, quali ad esempio quelli sopra richiamati, da osservarsi a pena di decadenza del diritto di far valere in altro modo le ragioni dell'affidatario della commessa, laddove non affette da altri vizi, potrebbero considerarsi riconducibili al novero delle clausole vessatorie, con conseguente necessità di specifica approvazione scritta per poter operare, ai sensi di quanto previsto dall'articolo 1341 del codice civile.

la strada: riequilibrio delle prestazioni contrattuali in luogo della risoluzione

Rispetto alla situazione in essere, la bozza di articolato relativa al nuovo regolamento in gestazione opera due inversioni di rotta: da un lato, infatti, viene spezzata l'unitarietà di impostazione per l'intero ambito dell'attività contrattuale della PA, fin qui perseguito dal legislatore, tornando ad ipotizzare una disciplina differenziata per comparti: lavori da una parte e forniture e servizi dal l'altra.

Per i lavori, inoltre, si intenderebbe ripristinare tout court, e per intero, la normativa già prevista dagli articoli 190 e 191 del dpr 5 ottobre 2010, n. 207; per forniture e servizi, confermare l'opzione per una disciplina su base puramente contrattuale, disponendo che spetta al direttore del l'esecuzione gestire le riserve, attenendosi a quanto stabilito dalla stazione appaltante e riportato nel capitolato d'appalto. Considerata l'unitarietà di disciplina correttamente perseguita dal codice dei contratti a livello di gestione delle riserve tramite accordo bonario, ci si domanda per quale ragione, e comunque se sia legittimo, differenziare la regolamentazione a livello di (nuova) normativa secondaria.

6. Conclusioni

Alla luce di quanto precede, appare evidente che i maggiori oneri conseguenti all'alterazione dei contenuti contrattuali ed alla necessità di applicare ai processi esecutivi tutte le prescritte cautele volte a contenere la diffusione della pandemia, sia in termini puramente economici sia sotto il profilo dell'operatività e delle tempistiche produttive, andranno opportunamente considerati.

Il peso economico di tutto ciò non potrà, infatti, risultare trasferito *tout court* alle imprese affidatarie, considerate dalla Cassazione parte fragile[11].

Specificamente sul tema dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, la Corte di Cassazione afferma, infatti, che *le misure di contenimento hanno potuto sbilanciare, in via definitiva, l'economia del negozio, vuoi impegnando ultra vires una parte nell'esecuzione delle prestazioni che la gravano, vuoi impedendole di trarre dal rapporto le utilità in considerazione delle quali il contratto è stato concluso*.

11. Così punto 3, pagina 6, in fine.

Ed ancora che *nel contesto dei contratti commerciali, che sono ancillari all'esercizio dell'impresa e ne supportano la continuità, a fronte della sopravvenienza l'obiettivo precipuo del contraente sfavorito non è lo smantellamento del rapporto, ma la sua messa in sicurezza sul crinale di un riequilibrio reciprocamente appagante delle prestazioni.*

Trattasi di indicazioni di rilievo, di cui occorrerà necessariamente tener conto nel gestire situazioni contrattuali in corso ed anche da avviare.

Il conflitto di interessi rilevante nel settore degli appalti pubblici

di Paola Cartolano

IL PUNTO

Premesse

La nozione di **"conflitto di interesse"** rilevante per il settore degli appalti pubblici trova il suo fondamento nella **norma speciale** di cui all'art. 42 del D.Lgs. 50/2016 ("**Codice Appalti**").
Nell'ambito del diritto amministrativo è tuttavia con l'art. 1, comma 41 della Legge n. 190/2012 che l'azione preventiva della corruzione ad evitare i conflitti di interessi è divenuta un principio generale: è stato infatti introdotto l'art. 6-*bis* alla Legge n. 241/1990, **norma generale**, secondo il quale il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale (in qualsiasi procedura anche diversa dalla materia che ci occupa) devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale.

È sulla portata della norma del Codice Appalti che compiremo un'approfondita disamina nel seguito del presente contributo, anche alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa, ferme restando le implicazioni sia penali che disciplinari che esulano dalla trattazione che segue.

Ai fini della predetta analisi, occorre focalizzarsi sulla finalità dell'**art. 42 del Codice Appalti** il quale prescrive uno specifico obbligo di condotta a carico delle stazioni appaltanti: al **comma 1** dispone infatti che le stazioni appaltanti sono tenute a prevedere e a porre in essere misure adeguate per:

a) contrastare frodi e corruzione, nonché
b) per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni.

Prima con l'art. 6-bis Legge n. 241/1990 e dopo con l'art. 42 D.Lgs. 50/2016 il legislatore ha introdotto per gli appalti una disciplina volta a prevenire potenziali conflitti di interesse quali potenziali rischi di corruzione

Il fine ultimo della citata disposizione è, dunque, evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.
L'art. 42 al comma 2 reca – come vedremo - una prima definizione di conflitto d'interesse ma è sulla natura, i presupposti e gli elementi indiziari di detta fattispecie che la giurisprudenza si è maggiormente concentrata al fine di meglio delineare la portata di detta definizione.

2. La disciplina codicistica

Testualmente l'art. 42 del Codice Appalti, per le citate finalità di cui al comma 1, dispone al **comma 2** che «*Si ha **conflitto d'interesse quando** il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62».*
La funzione dell'art. 42, comma 2 del Codice Appalti è dunque quella di prevenire ogni situazione in cui *«lo svolgimento di una determinata attività sia affidato ad un funzionario che ha (sic) contestualmente titolare di interessi personali o di terzi, la cui eventuale soddisfazione implichi necessariamente una riduzione del soddisfacimento dell'interesse funzionalizzato»* (così si esprime il Consiglio di Stato nel parere del 5 marzo 2019, n. 667 sullo schema di Linee guida ANAC relative all' "*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*", v. infra); situazione che nel settore dei contratti pubblici si traduce nel pericolo di una «*distorsione della concorrenza*» e che non sia *«garanti(ta) la parità di trattamento di tutti gli operatori economici».*

Prosegue l'art. 42 stabilendo al **comma 3** che «*Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2 è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni. Fatte salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale, la mancata astensione nei casi di cui al primo periodo costituisce comunque fonte di responsabilità disciplinare a carico del dipendente pubblico»* e al **comma 5** che *«La stazione appaltante vigila affinché gli adempimenti di cui ai commi 3 e 4 siano rispettati*».
Il **comma 4** del medesimo art. 42 specifica poi che «*Le disposizioni dei commi da 1, 2 e 3 valgono anche per la fase di esecuzione dei contratti pubblici».*

L'art. 42 del Codice Appalti si compone, dunque, di tre diversi obblighi per il personale della stazione appaltante:
1. obbligo di adozione di «*misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione, nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni*»;
2. obbligo di segnalazione e di (eventuale) astensione nei casi previsti in particolare dall'art. 7, d.P.R. n. 62/2013;
3. generico dovere di vigilanza circa il rispetto del primo e del secondo obbligo sopra indicati.

Dette disposizioni del Codice Appalti **attuano l'art. 24 della direttiva 2014/24/UE, l'art. 42 della direttiva 2014/25/UE e l'art. 35 della direttiva 2014/23/UE** (ai sensi dei quali «*Gli Stati membri provvedono affinché le Amministrazioni aggiudicatrici adottino misure adeguate per prevenire, individuare e porre rimedio in modo efficace a conflitti di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici. Il concetto di conflitti di interesse copre almeno i casi in cui il personale di un'Amministrazione aggiudicatrice o di un prestatore di servizi che per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti o può influenzare il risultato di tale procedura ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto*»).

Il Consiglio di Stato nel parere sullo schema di codice appalti (Consiglio di Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855) a riguardo ha osservato che le citate norme delle direttive appalti *«… prevedono una "regolazione minima" per contrastare la presenza di conflitti di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni: essi contengono tutti la seguente locuzione: "Il concetto di conflitti di interesse copre almeno i casi". Nel sistema (pre)vigente, l'art. 84 d.lgs. n. 163/2006 contiene disposizioni sul conflitto di interessi, con riferimento alle ipotesi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'art. 42*

prevede dunque disposizioni che vanno valutate con favore: esso mira a una applicazione più estesa delle regole di incompatibilità, perché si riferisce in generale al "personale" della stazione appaltante, e quindi, non solo ai membri della commissione giudicatrice».

Sullo stesso piano opera anche l'**art. 77 del Codice Appalti** secondo il quale la presenza in commissione di **commissari** che hanno avuto rapporti – direttamente o indirettamente – con uno dei concorrenti integra l'ipotesi di conflitto di interessi di cui all'art. 42 del Codice Appalti[1], costituendo, il principio della separazione tra chi predispone il regolamento di gara e chi è chiamato concretamente ad applicarlo, una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura.

La funzione dell'art. 42 del D.lgs. 50/2016 è prevenire ogni situazione di conflitto di interessi che nel settore dei contratti pubblici si traduce nel pericolo di una distorsione della concorrenza

In particolare, l'art. 77 dispone che «*4. I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura. 5. Coloro che, nel biennio antecedente all'indizione della procedura di aggiudicazione, hanno ricoperto cariche di pubblico amministratore, non possono essere nominati commissari giudicatori relativamente ai contratti affidati dalle Amministrazioni presso le quali hanno esercitato le proprie funzioni d'istituto. 6. Si applicano ai commissari e ai segretari delle commissioni l'articolo 35-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, l'articolo 51 del codice di procedura civile, nonché l'articolo 42 del presente codice. Sono altresì esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di membri delle commissioni giudicatrici, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi*».

Quanto alle **conseguenze della sussistenza del conflitto di interessi**, l'art. 80 comma 5 del Codice Appalti prevede che «*Le stazioni appaltanti **escludono** dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: … d) la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile; …*».

Il ragionamento in termini di rischio di conflitto di interessi impone a carico della stazione appaltante una valutazione concreta dell'offerta e della situazione dell'offerente interessato: l'esclusione di tale offerente è, dunque, un **rimedio volto a garantire il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento tra gli offerenti**.

È, dunque, di estrema rilevanza che l'operatore economico intenzionato a partecipare a una procedura di gara abbia evidenza di tutte le circostanze che possano rappresentare un potenziale conflitto di interessi ai sensi dell'art. 42 del Codice Appalti onde non incorrere nell'esclusione dalla procedura.

3. Il Giudice Amministrativo sulla nozione di conflitto di interessi

La nozione di "conflitto di interesse" rilevante per il settore degli appalti pubblici risulta attualmente ricostruita grazie anche al contributo della giurisprudenza amministrativa, ferme restando le indicazioni fornite in ambito di prassi dall'**ANAC** con le **Linee Guida n. 15**[2] recanti «*Individuazione*

1. Sul punto si la recente Delibera ANAC n. 25 del 15 gennaio 2020 (recante "Indicazioni per la gestione di situazioni di conflitto di interessi a carico dei componenti delle commissioni giudicatrici di concorsi pubblici e dei componenti delle commissioni di gara per l'affidamento di contratti pubblici").

2. Le Linee Guida n. 15 dell'ANAC, a cui si rimanda per un'approfondita disamina, sono suddivise in quattro parti che riguardano (i) le definizioni e l'ambito di applicazione del conflitto di interesse nelle procedure di gara (ii) gli obblighi dichiarativi e di comunicazione, l'obbligo di astensione ed esclusione dalla gara del concorrente (iii) la prevenzione del rischio (iv) l'esemplificazione di alcuni comportamenti.

e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici» (approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 494 del 5 giugno 2019), a cui si rimanda per una compiuta disamina.

La giurisprudenza si è più volte espressa al fine di meglio specificare l'**ambito soggettivo** della nozione di conflitto di interessi contenuta nell'art. 42, comma 2 del Codice Appalti che, come visto, richiama "in particolare" l'**art. 7[3] D.P.R. 16 aprile 2013 n. 62 recante il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici.**

A riguardo il giudice amministrativo ha osservato che «*l'art. 24 della direttiva 2014/24/UE (cui il predetto art. 42, comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016 dà attuazione), non sembra dettare una disciplina univoca del "conflitto di interesse", ma indica solamente una soglia minima di contenuto e tutela … La fattispecie descritta dall'art. 42, comma 2 del d.lgs. 50 del 2016 ha portata generale, come emerge dall'uso della locuzione "in particolare", riferita alla casistica di cui al richiamato art. 7 d.P.R. n. 62 del 2013, avente dunque mero carattere esemplificativo. Ritiene il Collegio – considerate anche le finalità generali di presidio della trasparenza e dell'imparzialità dell'azione amministrativa – che bene il primo giudice abbia ritenuto che l'espressione "personale" di cui alla norma in questione vada* ***riferita non solo ai dipendenti in senso stretto*** *(ossia, i lavoratori subordinati) dei soggetti giuridici ivi richiamati, ma anche a quanti, in base ad un valido titolo giuridico (legislativo o contrattuale), siano in grado di validamente impegnare, nei confronti dei terzi, i propri danti causa o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna. Diversamente, si entrerebbe nella contraddizione di escludere dalla portata della norma – dalla manifesta funzione preventiva – proprio quei soggetti che più di altri sono in grado di condizionare l'operato dei vari operatori del settore (pubblici e privati) e dunque si darebbe vita a situazioni di conflitto che la norma vuol prevenire, ossia i componenti degli organi di amministrazione e controllo. Invero, se la norma sul conflitto di interessi si applica sicuramente ai dipendenti "operativi", a maggior ragione andrà applicata anche agli organi ed uffici direttivi e di vertice (nonché ai dirigenti e amministratori pubblici), come si evince proprio dal richiamo all'art 7 del d.P.R. n. 62 del 2013, per indicare le ampie categorie di soggetti cui fare riferimento …*» (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 11 luglio 2017 n. 3415).

Nel medesimo solco si registra anche una successiva pronuncia del Consiglio di Stato secondo cui «*l'art. 42, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (cui rimanda l'art. 80, comma 5, lett. d) che ne fa una causa di esclusione dell'operatore economico) presume la sussistenza di una situazione di conflitto di interessi quando: "il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interessi quelle che determinano l'obbligo di astensione previsto dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62"; la norma è interpretata in senso ampio dalla giurisprudenza come riferita pur riferita, oltre che al "personale della stazione appaltante", a* ***qualsiasi soggetto che, in forza di un valido titolo contrattuale o legislativo, ovvero per la sua posizione di rilievo abbia la capacità di impegnare la stazione appaltante nei confronti di terzi*** *(cfr. Cons. Stato, sez. V, 11*

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

luglio 2017, n. 3415)» (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 17 aprile 2019, n. 2511).

Diverse sono le ipotesi sottoposte al vaglio del Giudice Amministrativo, esaminando le quali sono stati delineati i contorni del conflitto di interessi nell'ambito procedure di gara.

È stata, ad esempio, esaminata la posizione potenzialmente conflittuale in cui si sarebbe trovato un soggetto dipendente della società mandante dell'RTI aggiudicatario in ragione della consulenza contestualmente prestata ad altra impresa, quest'ultima incaricata di supportare l'Amministrazione nella predisposizione della documentazione di gara. Il Consiglio di Stato si è sul punto pronunciato sia con riferimento alla configurabilità del conflitto nel caso in esame sia valutando le eventuali ricadute sulla procedura di gara. In particolare, Palazzo Spada ha ritenuto sussistente il conflitto di interessi ex art. 42 Codice Appalti in quanto «*L'esistenza di un rapporto di lavoro non può che essere considerato espressione di un interesse personale, enucleando la disciplina del conflitto di interessi una fattispecie di pericolo (Cons. Stato, III, 14 gennaio 2019, n. 355). Il conflitto di interessi non presuppone la realizzazione di un vantaggio competitivo, ma il potenziale rischio di minaccia alla imparzialità amministrativa*», rilevando ancora che «*se il conflitto di interessi è evidenziato in una fase più avanzata del procedimento di gara, od addirittura successivamente all'aggiudicazione, non può che trovare applicazione la misura demolitoria, che, secondo la regola generale, colpisce il provvedimento viziato dal conflitto di interessi*» (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 28 ottobre 2019 n. 7389).

Ad avviso del Consiglio di Stato, pertanto, il potenziale rischio di compromettere l'imparzialità amministrativa è di per sé idoneo a configurare il conflitto di interessi, senza necessità che questo si traduca in un concreto beneficio nell'ambito della procedura. La misura demolitoria nel caso di specie ha interessato la *lex specialis* di gara, poiché elaborata con il contributo, anche solo potenzialmente interessato, di un soggetto dipendente di una società concorrente il quale aveva prestato consulenza ad altra società incaricata di supportare l'Amministrazione nella stesura dei documenti di gara, con l'effetto che risultano incisi dalla situazione di conflitto anche tutti gli atti di gara conseguenti.

Sul punto, ancora di recente è stato osservato da Palazzo Spada che «*… b) l'ampia portata della disposizione consente di ricomprendere nel suo ambito di applicazione tutti coloro che con qualsiasi modalità e anche senza intervenire nella procedura (predisponendone gli atti o facendo parte della commissione giudicatrice) siano in grado di influenzarne il risultato; ed il rischio di un'alterazione della par condicio si verifica anche quando il concorrente si è potuto avvalere dell'**apporto di conoscenze e di informazioni pervenutegli dal progettista (anche se esterno alla stazione appaltante e dalla stessa incaricato della redazione del progetto posto a base di gara)** "al fine di predisporre un'offerta tecnica meglio rispondente alle esigenze ed agli obiettivi della stazione appaltante"*» (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 20 agosto 2020 n. 5151). Sempre con riferimento al profilo soggettivo della fattispecie in esame, si segnala una recente pronuncia del Giudice Amministrativo (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 6 maggio 2020 n. 2864) che ha ritenuto legittimo l'affidamento a società partecipate o controllate dalla stessa stazione appaltante, senza che ciò possa configurare una situazione di conflitto di interesse ex art. 42 Codice Appalti, in linea con taluni precedenti della V sezione del Consiglio di Stato e con il parere n. 667 del 5 marzo 2019 sulle Linee Guida ANAC.

L'appello in questione viene proposto avverso la sentenza di primo grado che ha rigettato il ricorso per l'annullamento di un provvedimento di revoca in autotutela dell'affidamento adottato sulla base della «*violazione del Codice Etico Aziendale, al cui rispetto sono tenuti tutti i soggetti che entrano in contatto*» con la stazione appaltante, emerso all'esito delle verifiche sui requisiti del soggetto affidatario (società controllata).

Nello specifico l'amministratore delegato dell'affidatario risultava dipendente dell'Amministrazione appaltante «*con posizione apicale all'interno della Direzione Generale*».

Viene accertato che il dipendente della stazione appaltante e allo stesso tempo amministratore delegato dell'affidatario non ha preso alcuna parte nell'affidamento del servizio, per cui difettano in radice i presupposti per applicare il Codice Etico.

Con riferimento all'ipotesi di esclusione di cui all'art. 80, comma 5 lett. d), del Codice Appalti, il conflitto di interessi del dipendente pubblico può avere un riflesso esterno all'Amministrazione e comportare l'esclusione da procedure di affidamento dell'operatore economico o l'annullamento in autotutela di un affidamento disposto).

Sul punto il Consiglio di Stato rileva tuttavia che il conflitto di interessi deve essere dimostrato concretamente e non in via astratta o meccanicamente, ma caso per caso e con idonea motivazione: dimostrazione del conflitto di interesse e del pregiudizio arrecato alla stazione appaltante (tale da attivare l'annullamento d'ufficio) che manca nel caso di specie.

L'espressione "personale" di cui al comma 2 dell'art. 42 del D.Lgs. 50/2016 fa riferimento non solo ai dipendenti in senso stretto della stazione appaltante

Il Consiglio di Stato giunge a ritenere legittimo che un'Amministrazione affidi all'esito di procedure di gara contratti a proprie società partecipate o controllate senza che in ciò possa automaticamente ravvisarsi un conflitto di interesse in quanto l'art. 42, comma 2 del Codice Appalti si riferisce testualmente all'ipotesi di situazioni conflittuali in cui versa il solo "personale" della stazione appaltante ma non estende tale previsione anche alle società partecipate o controllate dalla stazione appaltante. In tal senso, il comma 3 dell'art. 42 «*da un lato, pone a carico del dipendente che versa in tale situazione l'obbligo di darne comunicazione alla stazione appaltante e di astenersi dal partecipare alla procedura di affidamento; e dall'altro lato prevede che salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale eventualmente configurabili, la mancata astensione è «comunque fonte di responsabilità disciplinare a carico del dipendente pubblico». La violazione dei doveri che sorgono a carico del dipendente in situazione di conflitto di interessi è quindi fonte di sanzioni solo per quest'ultimo*».

Il conflitto di interessi di cui all'art. 42 comma 2 del D.Lgs. 50/2016 non è solo quello realmente accertato ma anche quello potenzialmente esistente

Con riferimento poi agli **elementi indiziari del conflitto di interessi**, necessari a verificarne l'insorgenza o meno, sempre Palazzo Spada ha in più occasioni osservato che «*Il conflitto di interessi di cui all'art. 42, comma 2, del codice dei contratti pubblici non è solo quello realmente accertato, ma anche quello* ***potenzialmente esistente****, come reso evidente dal riferimento normativo all'interesse personale del funzionario che possa essere "percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione"; la disposizione, insomma, è lato sensu una "norma di pericolo", nel senso che essa e le misure che contempla (astensione dei dipendenti) o comporta (esclusione dell'impresa concorrente) operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare (così Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2019, n. 355).* ***Il conflitto di interessi si ricava, allora, in via presuntiva da due elementi indiziari*** *quali a) l'esistenza di un interesse personale del funzionario; b) il ruolo che questi riveste nella procedura di gara tale da consentire di "intervenire" o di "influenzare" il risultato, per le informazioni privilegiate che ha a disposizione e può trasferire all'impresa concorrente così ponendola in condizione di vantaggio sugli altri concorrenti (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 settembre 2019, n. 6150, nonché Cons. Stato, parere 5 marzo 2019, n. 667). (…) Per gli elementi indiziari posti dal legislatore a base del ragionamento presuntivo – l'interesse personale e il ruolo rivestito dal funzionario – come non deve essere provato dalla stazione appaltante il reale possesso dell'informazioni privilegiate da parte del funzionario, allo stesso modo è fuori dal perimetro probatorio la dimostrazione che le informazioni siano, poi, state effettivamente trasferite alla consociata in affari. E', invece, a carico dell'impresa, una volta che l'amministrazione abbia dato conto dell'uno e dell'altro elemento indiziario, dimostrare che non vi è stata violazione del principio delle pari opportunità nella formulazione dei termini delle offerte per tutti gli offerenti né si è determinato alcun rischio reale di pratiche atte a falsare la concorrenza tra gli offerenti*» (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 14 maggio 2020 n. 3048).

E ancora, sempre di recente, il Giudice Amministrativo ha rilevato che ai fini dell'individuazione di una situazione di conflitto di interesse *«è sufficiente il carattere anche solo potenziale dell'asimmetria informativa di cui abbia potuto godere un concorrente grazie all'acquisizione di elementi ignoti agli altri partecipanti per il tramite di un soggetto in rapporto diretto con la stazione appaltante, così come anche solo potenziale può configurarsi il conseguente, indebito vantaggio competitivo conseguito, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e par condicio competitorum»* (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 20 agosto 2020 n. 5151).

4. Conclusioni

È di stretta evidenza che non tutte le situazioni di "contatto" con il personale della stazione appaltante siano da sanzionare benchè sia sempre necessario monitorare le eventuali relazioni sensibili: è infatti sulle modalità di regolamentazione di detta attività di controllo lungo l'intero ciclo del processo di affidamento di lavori, servizi e forniture su cui le Amministrazioni dovrebbero concentrare gli sforzi, così da prevenire l'assenza di conflitti di interesse quali potenziali rischi di corruzione, pur non frustrando la regolare attività amministrativa da una parte e imprenditoriale dall'altra.

L'Adunanza plenaria n. 16/2020 delinea il perimetro delle ipotesi di falso di cui all'art. 80, comma 5, lettere c-bis) ed f-bis), d.lgs. n. 50 del 2016

IL PUNTO

di Adriana Presti

1. I fatti oggetto del giudizio

Con l'ordinanza del 9 aprile 2020, n. 2332 della V Sezione del Consiglio di Stato ha deferito, ai sensi e per gli effetti dell'art. 99, comma 1, cod. proc. amm., all'Adunanza plenaria la questione relativa «*alla portata, alla consistenza, alla perimetrazione ed agli effetti degli obblighi dichiarativi gravanti sugli operatori economici in sede di partecipazione alla procedura evidenziale, con particolare riguardo ai presupposti per l'imputazione della falsità dichiarativa, ai sensi di cui alle lettere c) e f-bis del comma 5 dell'art. 80 del d. lgs. n. 50/2016*».

Le questioni deferite riguardavano, in particolare, l'esclusione disposta nei confronti dell'originaria aggiudicataria di un appalto di lavori, per falsità dichiarativa ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-*bis*), del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (d'ora in poi "*Codice")* in relazione alla propria cifra d'affari, per la quale aveva fatto ricorso all'avvalimento di un consorzio stabile. Secondo il provvedimento impugnato tale dichiarazione era inficiata da falsità nella parte in cui era stato cumulato il fatturato di una consorziata in precedenza sospesa dai benefici consortili con apposita deliberazione dell'ausiliario Consorzio stabile. Tale impostazione era stata confermata dal giudice di prime cure (T.a.r Lecce, sez. I, sent. n. 846 del 2019). La falsità, in particolare, si sostanziava nell'impossibilità di imputare all'ausiliario Consorzio la cifra di affari in lavori realizzati dall'impresa consorziata **sospesa** dal Consorzio di appartenenza a causa dell'intervenuta scadenza dell'attestazione SOA. Secondo il primo giudice tale sospensione avrebbe impedito di cumulare il corrispondente fatturato in capo al Consorzio, sicché l'erronea imputazione dello stesso nella cifra d'affari complessiva dichiarata dal Consorzio in gara avrebbe imposto l'automatica esclusione dell'originaria aggiudicataria, sebbene la parte erroneamente imputata non fosse determinante per il superamento del fatturato richiesto nel bando, avendo l'aggiudicataria comunque superato la cifra d'affari richiesta anche senza computare la cifra in lavori del consorziato sospeso.

In relazione a tale ipotesi di mendacio, la rimettente, dubitando dell'applicabilità della disposizione di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-*bis*) del Codice, ha ipotizzato la riconducibilità alla diversa ipotesi dell'omissione dichiarativa di cui alla lettera c) [ora c-bis)]dell'art. 80, comma 5, del Codice, *ratione temporis* applicabile, fattispecie per la quale non si applica l'automatismo espulsivo proprio della medesima lett. f-*bis*), con conseguente obbligo per la stazione appaltante di svolgere la valutazione di incidenza sull'integrità ed affidabilità del concorrente.

2. L'ordinanza di rimessione e il contrasto giurisprudenziale.

Nel merito la questione sottoposta all'Adunanza plenaria concerne in estrema sintesi i rapporti tra le lettere c) [ora c bis)] ed f-*bis* dell'art. 80, comma 5 del Codice.

La versione dell'art. 80, comma 5, del Codice applicabile alla fattispecie controversa è quella antecedente alle modifiche introdotte dal decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135 (*Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione*; convertito dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12). In base alla versione applicabile, costituisce causa di esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici l'ipotesi, prevista dalla lettera c), in cui la stazione appaltante «*dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*», tra cui «*il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*». Per la successiva lettera f-*bis*), del medesimo art. 80, comma 5, del Codice, pure introdotta in epoca successiva alla pubblicazione del bando di gara - ma in relazione alla quale circostanza non è stata formulata alcuna censura - è invece causa di esclusione quella dell'operatore economico «*che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere*».

Prima di esaminare *funditus* la complessa questione deve, anzitutto, evidenziarsi che gli obblighi dichiarativi posti a carico degli operatori economici partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici hanno carattere strumentale rispetto alla valutazione di competenza della stazione appaltante sull'integrità ed affidabilità degli stessi ed in ragione di ciò essi si estendono ad «*ogni dato o informazione comunque rilevante*» rispetto alla valutazione stessa. Pertanto, la violazione degli obblighi dichiarativi ha «*attitudine a concretare, in sé, una forma di grave illecito professionale*», a dispetto del loro carattere strumentale.

Più nello specifico giova evidenziare che le irregolarità di carattere dichiarativo sono normativamente definite nel quadro delle "*situazioni*" concretanti "*gravi illeciti professionali*", idonei, come tali, a "*rendere dubbia*" l'"*integrità*" e l'"*affidabilità*" del concorrente. Tale obbligo (manifestazione del "*principio di correttezza*": cfr. art. 30, comma 1 del *Codice*) è vieppiù qualificato dalla professionalità che si impone agli operatori economici che intendano accedere, in guisa concorrenziale, al mercato delle commesse pubbliche: la quale vale a conferire speciale ed autonomo rilievo, presidiato dalla sanzione espulsiva, alla omissione delle "*informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*", di cui fa espressa parola la lettera *c-bis* del comma 5, *ad finem*, sintetizzandone la complessiva *ratio*.

Si tratta, quindi, di obbligo essenzialmente servente, finalizzato a porre la stazione appaltante in condizione di conoscere tutte le circostanze rilevanti per l'apprezzamento dei requisiti di moralità e meritevolezza soggettiva.

Nondimeno, la sua (distinta) previsione come (specifico, legittimo ed autonomo) motivo di esclusione testimonia la sua attitudine a concretare, in sé, una forma di grave illecito professionale: nel qual caso, il necessario nesso di strumentalità rispetto alle valutazioni rimesse alla stazione appaltante finisce per dislocarsi dal piano del concreto apprezzamento delle circostanze di fatto, rimesso alla mediazione valutativa della stazione appaltante, al piano astratto di una illiceità meramente formale e presunta, operante *de jure*. Ne discende, quindi, secondo la Sezione remittente la necessità di una puntuale delimitazione della portata e dei limiti degli obblighi informativi.

Il problema si pone, in modo particolare, per le omissioni dichiarative (ossia per le dichiarazioni reticenti): per le quali occorre distinguere il mero (e non rilevante) *nihil dicere* (che, al più, legittima la stazione appaltante a dimostrare, con mezzi adeguati, "*che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali*", diversi dalla carenza dichiarativa, idonei "*a rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*") dal *non dicere quod debetur* (che, postulando la violazione di un dovere giuridico di parlare, giustifica di per sé – cioè in quanto illecito professionale in sé considerato – l'operatività, in

chiave sanzionatoria, della misura espulsiva).
Ciò posto, la V sezione ha anzitutto dato atto della sussistenza di un non sopito contrasto giurisprudenziale.

Come è noto, la giurisprudenza ha ritenuto che l'individuazione tipologica dei gravi illeciti professionali ha carattere meramente esemplificativo, potendo, per tal via, la stazione appaltante desumere il compimento di gravi illeciti professionali da ogni vicenda pregressa, anche non tipizzata, dell'attività professionale dell'operatore economico di cui fosse accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019), se stimata idonea a metterne in dubbio l'integrità e l'affidabilità.

Tale conclusione è rimasta anche dopo la modifica dell'art. 80, comma 5, realizzata con il già citato art. 5 d.l. n. 135 del 2018, che ha sdoppiato nelle successive lettere *c-bis*) e *c-ter*) la preesistente elencazione, mantenendo peraltro nella lett. *c*), ma espungendo il richiamato inciso, la richiamata previsione di portata generale (cfr. Cons. Stato, V, 22 luglio 2019, n. 5171).

Siffatta opzione esegetica ruota attorno alla dimensione di lealtà, affidabilità e credibilità dell'operatore economico: cui si assume plausibilmente imposto, a pena di esclusione automatica, un dovere generale di *clare loqui*, al fine di mettere la stazione appaltante in condizione di elaborare – nella prospettiva del "*corretto svolgimento della procedura di selezione*" – le proprie "*decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*" (cfr. ancora la lettera *c*).

È evidente che, in siffatta prospettiva, gli obblighi informativi, transitano dalla logica della mera strumentalità, diventando obblighi finali, dotati di autonoma rilevanza: di talché l'omissione, la reticenza, l'incompletezza divengono – insieme alle più gravi decettività e falsità – forme in certo senso sintomatiche di grave illecito professionale in sé e per sé.

- l'art. 80, comma 5, lett. c), distingue «tra dichiarazioni omesse (rilevanti in quanto abbiano inciso, in concreto, sulla correttezza del procedimento decisionale), fuorvianti (rilevanti nella loro attitudine decettiva, di "influenza indebita") e propriamente false (rilevanti, per contro, in quanto tali)»;
- solo la falsità dichiarativa, oltre a dare luogo alla segnalazione all'ANAC ai sensi del comma 12 della medesima disposizione del codice dei contratti pubblici «ha attitudine espulsiva automatica» e potenzialmente ultrattiva, secondo quanto previsto dalla lettera f-bis);
- la falsità «costituisce frutto del mero apprezzamento di un dato di realtà, cioè di una situazione fattuale per la quale possa alternativamente porsi l'alternativa logica vero/falso, accertabile automaticamente»;
- per contro «la dichiarazione mancante non potrebbe essere apprezzata in quanto tale» ma solo con valutazione nel caso concreto, in relazione alle «circostanze taciute, nella prospettiva della loro idoneità a dimostrare l'inaffidabilità del concorrente».

In senso parzialmente diverso si registrano pronunce, espressione di un orientamento minoritario, che tendono a limitare la portata generalizzata degli obblighi dichiarativi a carico degli operatori economici, anche dal punto di vista temporale (si richiamano le sentenze della V Sezione del 3 settembre 2018, n. 5142; 22 luglio 2019, n. 5171; 5 marzo 2020, n. 1605), in cui si è posta in risalto l'esigenza di distinguere tra falsità ed omissione, con automatismo espulsivo limitato alla prima ipotesi (Cons. Stato, V, 3 settembre 2018, n. 5142; 12 aprile 2019, n. 2407). Si è, infatti, osservato che siffatto generalizzato obbligo dichiarativo, senza la individuazione di un generale limite di operatività, "*potrebbe rilevarsi eccessivamente oneroso per gli operatori economici, imponendo loro di ripercorrere a beneficio della stazione appaltante vicende professionali ampiamente*

datate o, comunque, del tutto insignificanti nel contesto della vita professionale di una impresa" (Cons. Stato, V, 22 luglio 2019, n. 5171; Id., V, 3 settembre 2018, n. 5142). Per tal via, la più recente giurisprudenza si è orientata alla individuazione "*di un limite temporale"* all'obbligo dichiarativo, ancorato alla postulata irrilevanza di illeciti commessi dopo il triennio anteriore alla adozione degli atti indittivi (Cons. Stato, V, 5 marzo 2020, n. 1605).

In termini più significativi, è maturata una prospettiva diversa, che muove dalla distinzione tipologica, risultante dalla previsione normativa, di due fattispecie distinte:

a) **l'omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione**, che comprende anche la reticenza, cioè l'incompletezza, con conseguente facoltà della stazione appaltante di valutare la stessa ai fini dell'attendibilità e dell'integrità dell'operatore economico (cfr. Cons. Stato, V, 3 settembre 2018, n. 5142);

b) **la falsità delle dichiarazioni,** ovvero la presentazione nella procedura di gara in corso di dichiarazioni non veritiere, rappresentative di una circostanza in fatto diversa dal vero, cui conseguirebbe, per contro, l'automatica esclusione dalla procedura di gara, deponendo in maniera inequivocabile nel senso dell'inaffidabilità e della non integrità dell'operatore economico (laddove, per l'appunto, ogni altra condotta, omissiva o reticente che sia, comporterebbe l'esclusione dalla procedura solo per via di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che sia prognosi sfavorevole sull'affidabilità dello stesso) (cfr. Cons. Stato, V, 12 aprile 2019, n. 2407).

Il quadro normativo fa variamente riferimento:

a) alla falsità di "*informazioni*" fornite (lettera *c-bis*), di "*dichiarazioni*" rese e di "*documentazione*" presentata (lettere *f-bis*, *f- ter* e *g*, nonché il comma 12), talora, peraltro, dando rilevanza alla mera (ed obiettiva) "*non veridicità*", talaltra ai profili di concreta "*rilevanza o gravità*" ovvero ai profili *soggettivi* di imputabilità (evocati dal riferimento alla negligenza, alla colpa, anche grave, o addirittura al dolo);

b) alla attitudine "*fuorviante*" delle informazioni (intesa quale suscettibilità di influenzare il processo decisionale in ordine all'esito della fase di ammissione);

c) alla mera "*omissione*" (di informazioni dovute).
In altri termini, è un dato positivo la distinzione tra dichiarazioni *omesse* (rilevanti "*in quanto abbiano inciso, in concreto, sulla correttezza del procedimento decisionale"*), "*fuorvianti"* (rilevanti nella loro *attitudine decettiva*, di "*influenza indebita*") e propriamente *false* (rilevanti, per contro, *in quanto tali*).

E se si considera che la reticenza corrisponde, in definitiva, alla **c.d. mezza verità** (la cui attitudine decettiva opera, quindi, in negativo, in relazione a ciò che viene taciuto, costituendo, quindi, una forma di omissione parziale), le informazioni fuorvianti son quelle che manifestano attitudine decettiva in positivo, per il contenuto manipolatorio di dati reali: una sorta di mezza falsità.

La distinzione comporta diverse conseguenze:
- mentre le prime tre ipotesi (dichiarazioni omesse, reticenti e fuorvianti) hanno rilievo solo in quanto si manifestino nel corso della procedura,
- la falsità è più gravemente sanzionata dall'obbligo di segnalazione all'ANAC gravante sulla stazione appaltante in forza del comma 12 e della possibile iscrizione - in presenza di comportamento doloso o gravemente colposo e subordinatamente ad un apprezzamento di rilevanza- destinata ad operare anche nelle successive procedure, nei limiti del biennio (lettere f-ter e g, quest'ultima riferita, peraltro, alla falsità commessa ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione).

Pertanto **la falsità** (*informativa*, *dichiarativa* ovvero *documentale*) **ha attitudine espulsiva automatica** oltreché ***ultrattiva***; laddove le informazioni semplicemente fuorvianti giustificano solo – trattandosi di modalità atta ad influenzare indebitamente il concreto processo decisionale *in atto* – l'estromissione dalla procedura nella quale si collocano.

Appare evidente che **l'omissione (e la reticenza) dichiarativa si appalesano per definizione insuscettibili** (a differenza della falsità e della manipolazione fuorviante, di per

sé dimostrative di *pregiudiziale inaffidabilità*) **di legittimare l'automatica esclusione dalla gara**: dovendo *sempre e comunque* rimettersi all'apprezzamento di rilevanza della stazione appaltante, a fini della formulazione di prognosi *in concreto* sfavorevole sull'affidabilità del concorrente.

3. L'Adunanza plenaria

La complessità delle questioni trattate hanno imposto sia alla Sezione remittente che all'Adunanza plenaria una analisi capillare e puntuale delle norme.

L'Adunanza Plenaria ha anzitutto chiarito che la dichiarazione oggetto del giudizio, vertente sulla cifra d'affari dell'ausiliario, non può essere considerata falsa, non essendo contestato che la consorziata del Consorzio Stabile ausiliario abbia conseguito la cifra d'affari esposta: ciò che viene in rilievo è invece la questione se tale cifra d'affari possa cumularsi a quella delle altre sette consorziate indicate nella medesima dichiarazione e sulla base del quale il Consorzio, ausiliario dell'originaria aggiudicataria, si è qualificato nella procedura di gara in contestazione nel giudizio.

Ebbene, secondo il Collegio, si tratta di valutazioni riferite ad elementi di carattere giuridico, irriducibili all'antitesi vero/falso, e relativi alla persistente validità del rapporto consortile in presenza di una delibera di sospensione; e alla possibilità di cumulare la cifra d'affari comunque realizzata nel triennio in considerazione dalla consorziata, ancorché priva di un'attestazione SOA.

Su tale premessa sono stati ritenuti condivisibili i rilievi secondo cui la falsità di una dichiarazione è invece predicabile rispetto ad un «*dato di realtà*», ovvero ad una «*situazione fattuale per la quale possa alternativamente porsi l'alternativa logica vero/falso*», rispetto alla quale valutare la dichiarazione resa dall'operatore economico.

Di conseguenza le questioni relative al possesso dei requisiti del Consorzio stabile indicato dalla originaria aggiudicataria come proprio ausiliario ai fini della qualificazione economico-finanziaria nella procedura di gara non hanno il loro sostrato nella realtà materiale ma vertono sull'interpretazione - opinabile - di norme giuridiche.

Se pertanto la dichiarazione dell'ausiliario Consorzio stabile non può essere considerata falsa - e in quanto obiettivamente tale rientrante nell'ipotesi prevista dalla lett. f-*bis*) -, un'ulteriore ragione per escludere l'applicazione di quest'ultima disposizione si trae dall'esame dei suoi rapporti con la lettera c).

Come testé evidenziato, quest'ultima prevede tre fattispecie di «*gravi illeciti professionali*» [oggi invece collocate nella lettera c-*bis*), introdotta dal citato decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135] una delle quali concernente un'ipotesi di falso così espressa: «*il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*»; in contrapposizione, desumibile dalla disgiuntiva «*ovvero*», all'ulteriore fattispecie consistente nel «*l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*».

Rispetto all'ipotesi prevista dalla falsità dichiarativa (o documentale) di cui alla lettera f-*bis*) quella relativa alle «*informazioni false o fuorvianti*» ha un elemento specializzante, **dato dalla loro idoneità a «*influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*»** della stazione appaltante.

Ai fini dell'esclusione non è dunque sufficiente che l'informazione sia falsa ma anche che la stessa sia diretta ed in grado di sviare l'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti concernenti la procedura di gara. Coerentemente, la fattispecie equipara inoltre all'informazione falsa quella fuorviante, ovvero rilevante nella sua «*attitudine decettiva, di "influenza indebita"*» sulle decisioni della stazione appaltante, e che rispetto all'ipotesi della falsità può essere distinta per il maggior grado di aderenza al vero.

Le informazioni sono strumentali rispetto ai provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativamente alla procedura di gara, i quali sono a loro volta emessi non solo sulla base dell'accertamento di presupposti di fatto ma anche di valutazioni di carattere giuridico, opinabili tanto per quest'ultima quanto per l'operatore economico che le abbia fornite.

Ne discende che, in presenza di un margine di apprezzamento discrezionale, la demarcazione

tra informazione contraria al vero e informazione ad essa non rispondente ma comunque in grado di sviare la valutazione della stazione appaltante diviene da un lato difficile, con rischi di aggravio della procedura di gara e di proliferazione del contenzioso ad essa relativo, e dall'altro lato irrilevante rispetto al disvalore della fattispecie, **consistente nella comune attitudine di entrambe le informazioni a sviare l'operato della medesima amministrazione**.

Sennonché in tanto una ricostruzione *a posteriori* degli obblighi dichiarativi può essere ammessa, in quanto si tratti di casi evidentemente incidenti sulla moralità ed affidabilità dell'operatore economico, di cui quest'ultimo doveva ritenersi consapevole e rispetto al quale non sono configurabili esclusioni "a sorpresa" a carico dello stesso.

In ogni caso, l'elemento comune alle fattispecie dell'omissione dichiarativa con quella relativa alle informazioni false o fuorvianti suscettibili di incidere sulle decisioni dell'amministrazione concernenti l'ammissione, la selezione o l'aggiudicazione, è dato dal fatto che **in nessuna di queste fattispecie si ha l'automatismo espulsivo proprio del falso dichiarativo di cui alla lettera f-*bis*)**.

Infatti, tanto «*il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*», quanto «*l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*» sono considerati dalla lettera c) quali «*gravi illeciti professionali*» in grado di incidere sull'«*integrità o affidabilità*» dell'operatore economico.

E' pertanto indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante, come per tutte le altre ipotesi previste dalla medesima lettera c) [ed ora articolate nelle lettere c-*bis*), c-*ter*) e c-*quater*), per effetto delle modifiche da ultimo introdotte dalla legge decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55].

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 28/8/2020, n.16 si è pronunciata sugli obblighi dichiarativi e sulle false dichiarazioni, affermando che la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lett. c) [ora c-bis)] dell'art. 80, comma 5, del Codice; in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo; alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico; la lett. f-bis) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lett. c) [ora c-bis)] della medesima disposizione.

Da ciò se ne ritrae che la dichiarazione sulla cifra d'affari del Consorzio ausiliario è da riqualificarsi come fuorviante «nella misura in cui è stata taciuta la sospensione dal rapporto consortile» dell'impresa interessata.

Sicché la stazione appaltante avrebbe dovuto conseguentemente verificare se la stessa avesse attitudine a sviare le proprie decisioni sull'ammissione alla gara dell'impresa concorrente e sull'aggiudicazione già disposta a favore di quest'ultima, valorizzando, per esempio, il raggiungimento del requisito di capacità economico-finanziaria previsto dal bando di gara a prescindere dal fatturato della consorziata "sospesa".

4. Conclusioni

La sentenza è di notevole importanza nella misura in cui delinea il perimetro applicativo e gli effetti sanzionatori delle disposizioni in questione, imponendo all'amministrazione una nuova valutazione sulla base di inediti principi di diritto testé evidenziati.

Volendo sintetizzare la complessa ed articolata analisi di cui si è cercato di dare conto, l'Adunanza Plenaria ha quindi stabilito ed enunciato i seguenti

principi di diritto:

- la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-*bis*)] dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

- in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo;

- alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico;

- la lettera f-*bis*) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-*bis*)] della medesima disposizione.

Pertanto, non può che essere rimesso alla Amministrazione lo stabilire se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante; se inoltre la stessa era in grado di sviare le proprie valutazioni; ed infine se il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità. Del pari dovrà stabilire se quest'ultimo ha omesso di fornire informazioni rilevanti, sia perché previste dalla legge o dalla normativa di gara, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità.

Ebbene, la Plenaria si spinge fino a formulare considerazioni di carattere processuale che hanno certo rilievo, affermando che si tratta di valutazione di competenza esclusiva della stazione appaltante. Qualora sia mancata, una simile valutazione non può essere rimessa al giudice amministrativo in considerazione del principio di separazione dei poteri, che in sede processuale trova emersione nel divieto sancito dall'art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo (secondo cui il giudice non può pronunciare «*con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*»). Laddove invece una valutazione vi è, operano per essa i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare «*il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente*» [Cassazione, sezioni unite civili, nella sentenza del 17 febbraio 2012, n. 2312]; limiti che non escludono in radice, ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma che impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai princìpi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione.

Il sistema così descritto, secondo il Collegio, ha carattere completo e coerente con la causa di esclusione "facoltativa" prevista a livello sovranazionale ai sensi dell'art. 57, par. 4, lett. c), della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, poi attuata con il Codice dei contratti pubblici attualmente vigente.

Nondimeno, su di esso è intervenuto il sopra menzionato "correttivo", di cui al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, con l'aggiunta all'art. 80, comma 5, del codice della lettera f-*bis*), e dunque della causa di esclusione relativa all'operatore economico che presenti nella procedura di gara (o negli affidamenti di subappalti; ipotesi che qui non rileva) «*documentazione o dichiarazioni non veritiere*». Non «*informazioni*» dunque, come invece previsto dalla lettera c), ma documenti o dichiarazioni.

Al riguardo, però, è stato chiarito che è innanzitutto da escludere che i diversi termini impiegati rivestano una rilevanza pratica, poiché documenti e dichiarazioni sono comunque veicolo di informazioni che l'operatore economico è tenuto a dare alla stazione appaltante e che quest'ultima a sua volta deve discrezionalmente valutare per assumere le proprie determinazioni nella procedura di gara. Affermata dunque un'identità di oggetto tra le lettere c) e f-*bis*) in esame, dall'esame dei rispettivi elementi strutturali si ricava anche una parziale sovrapposizione di ambiti di applicazione, derivante dal fatto che entrambe fanno riferimento

a ipotesi di falso.

Per dirimere il conflitto di norme potenzialmente concorrenti si deve fare necessariamente ricorso al criterio di specialità (art. 15 delle preleggi), in applicazione del quale deve attribuirsi prevalenza alla lettera c), sulla base dell'elemento specializzante consistente nel fatto che le informazioni false, al pari di quelle fuorvianti, sono finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante «*sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*» e concretamente idonee ad influenzarle.

Per l'effetto, diversamente da quanto finora affermato dalla prevalente giurisprudenza, l'ambito di applicazione della lettera f-*bis*) viene giocoforza a restringersi alle ipotesi ***- di non agevole verificazione*** - in cui le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità, e non siano finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'amministrazione relativi all'ammissione, la valutazione delle offerte o l'aggiudicazione dei partecipanti alla gara o comunque relativa al corretto svolgimento di quest'ultima, secondo quanto previsto dalla lettera c).

La plenaria 16/2020 è quindi sicuramente apprezzabile poiché chiarisce i confini di quelle situazioni in cui la non corretta dichiarazione e/o l'omissione dichiarativa non siano connotate da dolo, ma piuttosto costituiscano il frutto di una errata valutazione giuridica su questioni obiettivamente opinabili.

Tuttavia non risulta sempre agevole stabilire ciò che può essere ritenuto obiettivamente connotato da falsità.

Non può sottacersi che si è poi persa l'occasione, fortemente auspicata dalla sezione remittente, di chiarire la portata, la consistenza, la perimetrazione e gli effetti degli obblighi dichiarativi gravanti sugli operatori economici in sede di partecipazione alla procedura evidenziale, la cui delimitazione continua ad essere affidata all'attività interpretativa.

Pareri & Sentenze

PARERI E SEN TENZE

Consiglio di Stato, Sez. V, 02/10/2020, n. 5782

Il concetto di "grave illecito professionale" può essere desunto anche da un rinvio a giudizio

"... va ribadito che la stazione appaltante ben può attribuire rilevanza ad ogni tipologia di illecito che per la sua gravità, sia in grado di minare l'integrità morale e professionale del concorrente: il concetto di "grave illecito professionale" ricomprende, infatti, ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa (cfr. già Cons. Stato, III, 5 settembre 2017, n. 4192 e la giurisprudenza successiva). Esso perciò può, in concreto, essere desunto anche da un rinvio a giudizio, ove sussistano dati di fatto o elementi a disposizione della stazione appaltante, che consentano a quest'ultima di adeguatamente motivare sulla carenza dei presupposti di affidabilità o integrità del concorrente, nei cui confronti ritenga di applicare la sanzione espulsiva ..."

Consiglio di Stato, Sez. III, 30/09/2020, n. 5746

L'autovincolo quale limite al successivo esercizio della discrezionalità amministrativa

"... va qui ribadita, come rilevato più volte dalla Sezione (cfr. da ultimo cfr. Cons. St., sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595), la pacifica vigenza del principio per il quale quando l'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni (Cons. St., sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502). L'autovincolo, com'è noto, costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l'amministrazione pone a se medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire in executivis l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali ..."

Consiglio di Stato, Sez. III, 28/9/2020, n. 5634

Sulla corretta modalità di determinazione dell'importo della base d'asta

"… come affermato dalla giurisprudenza, è necessario che la determinazione della base d'asta sia effettuata dalla stazione appaltante facendo riferimento a criteri verificabili ed acquisendo attendibili elementi di conoscenza, al fine di scongiurare il rischio di una base d'asta arbitraria perché manifestamente sproporzionata, con conseguente alterazione della concorrenza (cfr. C.d.S., Sez. III, 24 settembre 2019, n. 6355, e 10 maggio 2017, n. 2168; Sez. V, 28 agosto 2017, n. 4081) ... questa Sezione ha già avuto modo di richiamare l'indirizzo della prevalente giurisprudenza amministrativa, al quale si ritiene anche in questa sede di aderire, secondo cui la determinazione del prezzo posto a base d'asta non può prescindere da una verifica della reale congruità in relazione alle prestazioni e ai costi per l'esecuzione del servizio, comprese le condizioni di lavoro che consentano ai concorrenti la presentazione di una proposta concreta e realistica, a rischio, in caso contrario, sia di carenze di effettività delle offerte e di efficacia dell'azione della Pubblica Amministrazione, sia di alterazioni della concorrenza tra imprese: profili tutti giudizialmente scrutinabili (C.d.S., Sez. III, n. 6355/2019, cit.) ... Sono state richiamate in argomento anche le linee guida espresse dall'A.N.A.C. con deliberazione n. 32 del 20 gennaio 2016, le quali, sebbene attinenti all'affidamento di servizi ad Enti del terzo settore ed alle cooperative sociali, contengono al parag. 11 un'indicazione di principio, lì dove affermano che "le stazioni appaltanti, nella determinazione dell'importo a base di gara per l'affidamento dei servizi, non possono limitarsi ad una generica e sintetica indicazione del corrispettivo, ma devono indicare con accuratezza e analiticità i singoli elementi che compongono la prestazione e il loro valore. Le stesse devono procedere già in fase di programmazione alla stima del fabbisogno effettivo in termini di numero di ore di lavoro/interventi/prestazioni e alla predeterminazione del costo complessivo di ciascuna prestazione"."

Consiglio di Stato, Sez. III, 28/09/2020, n. 5711

La riconvocazione della commissione giudicatrice e il potere di riesame delle offerte

"… Quanto alla nuova riunione della Commissione, ritiene il Collegio di condividere l'interpretazione seguita dal primo giudice e riproposta dalla parti appellate. Si tratta, nella specie, evidentemente dell'esercizio dello specifico potere di riesame che spetta alla Commissione giudicatrice, organo di natura prettamente tecnica, di esame e valutazione delle offerte formulate dai concorrenti nell'ambito di una specifica gara.
La sua attività si si esaurisce soltanto con l'approvazione del suo operato da parte dei competenti organi dell'Amministrazione appaltante, mediante l'adozione del provvedimento di aggiudicazione.
Fino a questo momento la Commissione conserva il potere di riesaminare l'operato al fine di emendarlo da eventuali errori…"

Consiglio di Stato, Sez. V, 09/09/2020, n. 5420

Lo stand still non preclude anche le altre attività prodromiche

"Lo stand still comporta, allora, un impedimento procedimentale, ma, proprio per la necessità di bilanciare gli opposti interessi in precedenza descritti, delimitato alla stipulazione del contratto e non, invece, alle altre attività prodromiche alla stipulazione stessa quali la verifica dei requisiti ed ogni altro obbligo previsto dalla legge di gara a carico dell'aggiudicatario.
Sarebbe, infatti, eccessivamente pregiudicato l'interesse dell'amministrazione, e quello dello stesso

aggiudicatario, se, nel tempo di durata dello stand still, non fosse consentito, oltre alla stipulazione del contratto, alcun'altra attività procedurale, considerato che ne verrebbe l'inevitabile allungamento dei tempi per la stipulazione quando, terminato il periodo di stand still per reiezione dell'istanza cautelare o per le altre ragioni previste dal legislatore, detta stipulazione divenisse subito possibile."

Consiglio di Stato, Sez. V, 07/09/2020, n. 5370

In tema di avvalimento, l'onere di specificità nella determinazione dei mezzi aziendali messi a disposizione per l'esecuzione del contratto pubblico eccede i limiti della ragionevolezza, oltre che i criteri di ordine civilistico per ritenere validamente assunta un'obbligazione contrattuale

"L'opposta tesi affermata nella sentenza di primo grado, fondata sul fatto che sia per le risorse umane che per quelle materiali messe a disposizione dalla capogruppo non erano stati indicati il «numero degli operatori preposti a tale attività in relazione alla concessione di cui è causa», e non era stata fornita «alcuna specifica indicazione di quantità», postula una onere di specificità nella determinazione dei mezzi aziendali messi a disposizione per l'esecuzione del contratto pubblico che eccede i limiti della ragionevolezza, oltre che i criteri di ordine civilistico per ritenere validamente assunta un'obbligazione contrattuale. Ciò nella misura in cui, da un lato, essa pretende che in una fase antecedente alla concreta esecuzione del contratto siano indicati in misura puntuale gli addetti e i mezzi da impiegare nelle singole fasi di lavorazione; e dall'altro lato trascura che la determinabilità dell'obbligazione contrattuale ai sensi dell'art. 1346 Cod. civ. presuppone che di questa siano fissati nel regolamento pattizio i suoi contenuti essenziali e non ogni aspetto di dettaglio, anche il più marginale e definibile in sede esecutiva sulla base della concreta situazione in atto."

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA NUMERO 567 del 01/07/2020
PREC 57/2020/S

Commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e requisiti oggettivi di valutazione dell'offerta

"… con l'elenco dei criteri di aggiudicazione dettato all'art. 95 del Codice dei contratti pubblici è stata superata la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione poiché nella valutazione delle offerte tecniche «possono essere valutati profili di carattere soggettivo introdotti qualorconsentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli» costituisce un approdo giurisprudenziale consolidato la possibilità di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo al ricorrere di determinate condizioni, come nel caso in cui aspetti dell'attività dell'impresa possano effettivamente illuminare la qualità dell'offerta (v. Cons. Stato, sez. V, sentenza 17 gennaio 2018, n. 279);
Non esiste ai sensi dell'art. 95 del Codice dei contratti pubblici una rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione. Nella valutazione delle offerte tecniche possono essere valutati profili di carattere soggettivo qualora siano particolarmente meritevoli sotto il profilo della loro idoneità ad incidere sulla migliore esecuzione delle prestazione. La valutazione deve sempre avvenire secondo criteri di proporzionalità, ragionevolezza ed adeguatezza."

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 490 DEL 10 GIUGNO 2020
PREC 95/2020/S

"il limite temporale triennale dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016 trova applicazione con riferimento a tutti i fatti idonei ad integrare un grave illecito professionale"

"... ragioni di carattere sistematico e di compatibilità della disciplina nazionale con quella europea inducono a preferire tale secondo indirizzo: l'art. 80, comma 10, del d.lgs. 50/2016 non persegue lo scopo di introdurre un'ipotesi di interdizione automatica dalla partecipazione alle gare, bensì svolge la funzione di contenere, sotto il profilo temporale, l'efficacia escludente di circostanze pregresse, potenzialmente incidenti sull'affidabilità dell'operatore economico, la cui conoscenza è in nuce non utile per la stazione appaltante, giammai potendo rientrare nel processo decisionale prodromico alla esclusione ex art. 80, comma 5, lett. c); solo così interpretata, la norma si pone in linea con il divieto del gold plating e con il correlato favore per la semplificazione delle procedure ad evidenza pubblica mostrato dal legislatore eurounitario; e il limite temporale triennale dei motivi di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016 trova applicazione con riferimento a tutti i fatti idonei ad integrare un grave illecito professionale, siano essi di natura civile, amministrativa o penale, con la conseguenza che la rilevanza escludente delle sentenze penali di condanna per fattispecie di reato diverse da quelle di cui all'art. 80, comma 1, del d.lgs. 50/2016 resta confinata nel limite del triennio dal giudicato ..."

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 484 DEL 10 GIUGNO 2020
PREC 80/20/L

I requisiti di esecuzione non sono criteri selezione

"I requisiti di esecuzione di cui all'art. 100 del d.lgs. n. 50/2016 si traducono in impegni che gli operatori economici assumono con riferimento alle modalità di esecuzione del contratto oggetto dell'affidamento - la cui eventuale inosservanza si riverbera, tra le parti, nell'ambito del rapporto contrattuale - e non consistono nella dimostrazione dell'esperienza acquisita in forza di pregressi contratti ai fini della selezione dei partecipanti."

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 465 DEL 27 MAGGIO 2020
PREC 77/2020/S PB

"è legittima l'esclusione disposta dalla S.A. nei confronti dell'operatore economico istante privo di iscrizione alla white list della Prefettura, tanto più che, a seguito del termine concesso dalla S.A. per presentare la domanda di iscrizione alla Prefettura, l'istante si limitava ad inoltrare una semplice richiesta di informazioni"

"VISTA la giurisprudenza (T.A.R. Piemonte, 4 gennaio 2019, n. 19), a tenore della quale «la mancata iscrizione alla white list per le attività oggetto di appalto, anche solo parzialmente riconducibili a quelle indicate dall'art. 1, co. 53 l. 190/2012, specialmente laddove parte delle prestazioni possono essere svolte

da subappaltatori, determina "a monte" l'inammissibilità dell'impresa a partecipare alla gara e, quindi, la sua necessaria esclusione»; … l'esclusione disposta dalla S.A. appare legittima, tanto più che, a seguito del termine concesso dalla S.A. per presentare la domanda di iscrizione alla Prefettura, l'istante si limitava ad inoltrare una semplice richiesta di informazioni;"

A Domanda Rispondiamo

A. D. R.

1 È ammissibile la partecipazione ad una gara da parte di un raggruppamento di tipo verticale, allorquando la Stazione Appaltante non operi nella lex specialis alcuna distinzione tra le prestazioni principali e quelle secondarie?

L'art. 3, comma 1 lett. u) del d.lgs. n. 50/2016 definisce raggruppamento temporaneo "un insieme di imprenditori, o fornitori, o prestatori di servizi, costituito, anche mediante scrittura privata, allo scopo di partecipare alla procedura di affidamento di uno specifico contratto pubblico, mediante presentazione di una unica offerta".

L'art. 48 distingue poi, anche relativamente all'appalto di servizi e forniture, tra "raggruppamento di tipo verticale" e "raggruppamento di tipo orizzontale": a) nel primo caso, "il mandatario esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie" b) nel secondo caso, "gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione".

L'alternativa postula la distinzione tra "prestazioni principali" e "prestazioni secondarie", che è preciso compito della stazione appaltante indicare "nel bando di gara": ne discende che "la possibilità di dar vita a raggruppamenti di tipo verticale sussiste solo laddove la stazione appaltante abbia preventivamente individuato negli atti di gara le prestazioni principali e quelle secondarie, non potendo il concorrente provvedere di sua iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione, distinguendo tra quelle principali e quelle secondarie" (Cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 settembre 2019 n.6459). **Il Consiglio di Stato con la sentenza n. 2183 del 31 marzo 2020** pur riconoscendo il consolidato orientamento secondo cui, in assenza di una suddivisione netta tra prestazione principale e prestazioni secondarie, non sia ammissibile la partecipazione di RTI verticali, stabilisce che la mera indicazione delle parti della prestazione che ogni operatore si incarica di eseguire all'interno della compagine imprenditoriale associativa non implica, come tale, la prefigurazione di un raggruppamento verticale (ostandovi la pregiudiziale distinzione programmatica tra prestazioni principali ed accessorie), ma evoca esclusivamente la ripartizione interna, tra i concorrenti raggruppati, della esecuzione della prestazione unitariamente considerata.

Se la prestazione è "unitaria" rimarrà tale anche se venga "suddivisa verticalmente" tra le varie imprese del RTI. L'indicazione separata e la specificazione delle parti di servizio che verranno eseguite dai singoli operatori economici non può ritenersi equivalente ad una ripartizione di tipo verticale ed ad una arbitraria scomposizione della prestazione da parte della associazione concorrente".

"Se ne trae conferma dal rilievo che – nella ribadita assenza della distinzione formale tra prestazioni principali e prestazioni secondarie – la responsabilità degli operatori associati per la corretta esecuzione dell'appalto gravava solidalmente su tutti i componenti, non essendo "limitata all'esecuzione delle prestazioni di relativa competenza" (Cfr. art. 48, comma 5 d. lgs. n. 50/2016).

2 Cosa deve intendersi per fatturato relativo ai precedenti servizi svolti ed inerenti l'oggetto dell'appalto?

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che per fatturato specifico relativo ai precedenti servizi svolti ed inerenti all'oggetto dell'appalto deve intendersi il fatturato maturato nell'espletamento di servizi che seppur non identici a quelli a base di gara siano comunque collegati secondo un criterio di analogia o inerenza *(Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 28.09.2020 n. 5640).*

3 La pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione"?

I termini per impugnare cominciano a decorrere quando l'interesse diventa concreto ed attuale pertanto, se dalla conoscenza del verbale e dei relativi allegati emergono i vizi inficianti la procedura, la pubblicazione di tali atti con i relativi allegati è idonea a far decorrere il termine di impugnazione *(Cfr. Tar Liguria, Sez. I, 05/09/2020, n. 605).*

4 Se l'operatore economico non può direttamente garantire l'integrale esecuzione del contratto alle condizioni previste dal capitolato speciale trattandosi di attività non comprese nell'oggetto sociale è obbligato ad affidarle in subappalto?

Le prestazioni accessorie possono essere svolte dall'affidatario mediante contratti continuativi di cooperazione e servizi. L'art. 105, comma 3, lett. c-bis) del codice prevede la possibilità per l'operatore economico, di avvalersi della collaborazione di terzi per lo svolgimento delle attività in relazione alle quali non sia stato dichiarato subappalto, ferma restando la responsabilità dell'affidatario nei confronti della stazione appaltante per eventuali inadempimenti che si verifichino nella fase di esecuzione del contratto. I contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto devono però essere depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.

5 In seguito all'entrata in vigore del D.L. 76/2020 semplificazioni, convertito in legge 120/2020, non è più possibile utilizzare le procedure ordinarie per gli affidamenti sotto soglia?

Le deroghe introdotte dal Decreto Semplificazioni, poi convertito in legge ordinaria, sono finalizzate a rilanciare gli investimenti e ad affrontare con urgenza l'emergenza sanitaria. Per le procedure indette entro il 31 dicembre 2021 si applica la disciplina sostitutiva di cui all'art. 1 della legge n. 120 del 2020 la quale prevede un maggiore diffuso uso dell'affidamento diretto e delle procedure negoziate.

Ebbene, sulla base dell'interpretazione letterale della norma in questione, parrebbe che negli appalti "sottosoglia" le uniche procedure consentite e utilizzabili siano l'affidamento diretto e la procedura negoziata senza bando a seconda dell'importo. Tuttavia, secondo parte della dottrina l'utilizzo nei sottosoglia di procedure maggiormente formalizzate di quelle disciplinate dal decreto semplificazioni sarebbe possibile ma deve essere congruamente motivata dalla stazione appaltante anche in relazione al rispetto del principio di non aggravamento del procedimento nonchè al rispetto dei termini di conclusione del procedimento espressamente previste con norma perentoria dal D.L. 76/2020.

6 Il coinvolgimento in gravi vicende di carattere penale, può essere valutato dalla stazione appaltante di gravità tale da incidere sulla moralità professionale del concorrente?

Nel caso in cui un operatore economico sia coinvolto in gravi vicende di carattere penale e quindi abbia in corso delle indagini preliminari non solo opera la presunzione di innocenza del soggetto interessato, ma, soprattutto, opera rispetto ai terzi il segreto istruttorio. Pertanto, l'amministrazione non è nella condizione di conoscere e valutare le vicende oggetto di indagine per esprimere, appunto, quel concreto giudizio di inaffidabilità per supportare il quale è onerata di esplicitare congrue giustificazioni *(Cfr. Tar Piemonte, Torino, I, 6 ottobre 2020, n. 590).*

7 La clausola sociale è obbligatoria nei soli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria?

La legge di conversione del Decreto Semplificazione ha modificato il comma 1 dell'art. 36 del codice dei contratti pubblici prevedendo anche per i sotto soglia l'obbligo delle clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, con l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81.

8 Nelle procedure negoziate senza bando quando deve essere rispettato il criterio della diversa dislocazione territoriale?

Il D.L 76/2020 convertito con la Legge n. 120/2020 prevede che le procedure negoziate avvengano nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, "che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate". Il criterio della dislocazione territoriale collegato al principio di rotazione, non rileva in tutti i casi in cui la stazione appaltante non pone limiti alla partecipazione e svolga procedure aperte al mercato.

Il criterio della diversa dislocazione territoriale invece deve essere rispettato ogni volta che la stazione appaltante opera una restrizione della platea dei concorrenti.

L'incidenza di un errore ed il limite alla possibilità di rimediare ad esso

IN PIL LOLE

di Giuseppe Croce

Nell'espletamento delle funzioni di commissario, di Rup, di concorrente o partecipante all'atto della predisposizione di un'offerta, ma più in generale nel segmento procedimentale della gara d'appalto, come per ogni ambito della vita comune, la possibilità dell'errore procedurale e/o valutativo è dietro l'angolo. Talvolta l'incidenza dell'errore sulla risultanza finale è di modesta incidenza e pertanto trascurabile, talaltra il suo peso specifico rileva a tal punto da rendere indeterminata un'offerta, incomprensibile una valutazione, o più in generale, ingiustificata una decisione.

Alcune pronunce dell'ultimo periodo, ci portano a riflettere proprio sul concetto di errore e sui limiti entro cui muoversi per rimediare ad esso, senza cadere nell'illegittimità o peggio ancora nell'illegalità penalmente rilevante di una condotta. **Il Consiglio di Stato, sez. III, con la sentenza n. 5711 del 28.09.2020**, trattando di riesame dell'offerta e di riunione della commissione per la valutazione della stessa, ha chiarito che: "*Quanto alla nuova riunione della Commissione, ritiene il Collegio di condividere l'interpretazione seguita dal primo giudice e riproposta dalla parti appellate. Si tratta, nella specie, evidentemente dell'esercizio dello specifico potere di riesame che spetta alla Commissione giudicatrice, organo di natura prettamente tecnica, di esame e valutazione delle offerte formulate dai concorrenti nell'ambito di una specifica gara. La sua attività si esaurisce soltanto con l'approvazione del suo operato da parte dei competenti organi dell'Amministrazione appaltante, mediante l'adozione del provvedimento di aggiudicazione. Fino a questo momento la Commissione conserva il potere di riesaminare l'operato al fine di emendarlo da eventuali errori*."

Concetto ben chiaro, che evidentemente non imbriglia o limita l'operato della commissione, ed in linea con quanto le stesse Linee guida n. 5 dell'ANAC dedicata proprio a "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici", ove si ribadisce che nella valutazione dell'offerta tecnica la commissione di gara opera in piena autonomia rispetto alla stazione appaltante e deve valutare il contenuto dell'offerta secondo i criteri motivazionali presenti nei documenti di gara. Le stazioni appaltanti assicurano gli strumenti di ausilio ai commissari di gara per risolvere questioni di tipo amministrativo al fine di non determinare interferenze nel processo di valutazione delle offerte.

Restando ancora in tema di operato della Commissione e di errori nei giudizi, al limite del concetto di erroneo utilizzo della metodologia valutativa del metodo del confronto a coppie, si richiama la sentenza **TAR Genova, 28.09.2020 n. 661**, in essa si legge: "Orbene, nel caso di specie, l'assoluta e totale uniformità di ogni valutazione quanto alla preferenza ed al suo grado, che si ripete indefettibilmente per tutti i parametri di valutazione, appare, in relazione alle numerose variabili potenziali costituite dal numero dei commissari (5), dei coefficienti (6), dei criteri di valutazione (4) e delle offerte (5), il frutto di un previo concerto tra i commissari circa il *modus procedendi*, contrario a quello chiaramente predicato dal disciplinare di gara. Ciò che integra sicura spia dell'eccesso di potere, sotto il profilo del cattivo uso della discrezionalità amministrativa e della falsa applicazione delle disposizioni del disciplinare di gara sui criteri di valutazione dell'offerta tecnica, che in un primo tempo doveva essere effettuata autonomamente da ciascun commissario, e, soltanto dopo, essere trasformata in una media e riparametrata sulla base della media massima. L'assoluta identità di tutte le valutazioni effettuate dai singoli commissari per tutti i criteri di valutazione – identità che è pacifica e non contestata – non può certo definirsi una contingente coincidenza, ma denota piuttosto il perseguimento dell'unanimità su ogni singola valutazione, laddove la commissione non doveva invece operare – quantomeno in prima battuta – quale organo collegiale, richiedendo la legge di gara che i coefficienti fossero attribuiti dai singoli commissari secondo il loro personale giudizio, per essere – soltanto successivamente – trasformati in una "media". E' noto che, per costante giurisprudenza, nell'ambito del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le valutazioni della commissione giudicatrice circa l'attribuzione dei punteggi ai diversi elementi dell'offerta tecnica sono espressione di discrezionalità tecnica.

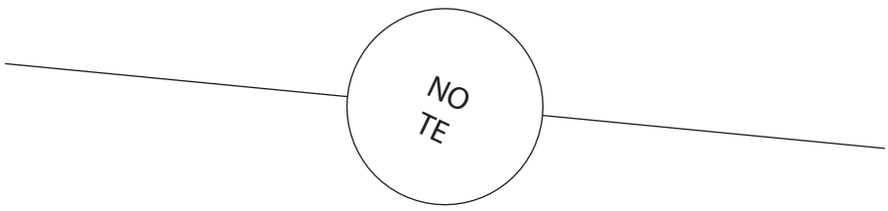
Tale discrezionalità non è peraltro completamente insensibile al sindacato (estrinseco) del giudice amministrativo, quante volte non risulti esercitata in linea con i criteri predefiniti dalla *lex specialis* di gara, o presenti inattendibilità o macroscopiche irrazionalità ed incongruenze.

Nel caso di specie, l'operato della commissione concreta – a parere del collegio – una palese incongruenza rispetto al corretto *modus procedendi* prescritto dalla *lex specialis* di gara, ciò che colora le valutazioni effettuate dell'eccesso di potere, che costituisce il tipico vizio della discrezionalità amministrativa (cfr., in fattispecie analoga, T.A.R Liguria, II, 4.3.2019, n. 171; nello stesso senso cfr. Cons. di St., III, 15.11.2018, n. 6439, in una fattispecie in cui l'identità delle valutazioni non era neppure totale). Né rileva che, nel verbale n. 13, sia stato indicato che ognuno dei componenti della commissione abbia "autonomamente esaminato la documentazione delle offerte tecniche presentate", non potendo l'autonomia dell'esame della documentazione essere equiparata all'autonoma espressione di una valutazione, che è ciò che richiedeva il disciplinare di gara.

Mentre, uscendo un attimo dal momento valutativo dell'offerta e volgendo lo sguardo al momento preliminare dell'affidamento, interessante risulta anche la pronuncia resa dal **Consiglio di Stato, sez. III, 28.09.2020 n. 5634**, la quale trattando dell'errore connesso alla correttezza nella determinazione del valore del servizio da porre a base di gara ha rammentato che: *Come affermato dalla giurisprudenza, è necessario che la determinazione della base d'asta sia effettuata dalla stazione appaltante facendo riferimento a criteri verificabili ed acquisendo attendibili elementi di conoscenza, al fine di scongiurare il rischio di una base d'asta arbitraria perché manifestamente sproporzionata, con conseguente alterazione della concorrenza (cfr. C.d.S., Sez. III, 24 settembre 2019, n. 6355, e 10 maggio 2017, n. 2168; Sez. V, 28 agosto 2017, n. 4081). Va rimarcato, sul punto, come nel nuovo Codice degli appalti le stazioni appaltanti debbano garantire la qualità delle prestazioni, non solo nella fase di scelta del contraente (v. art. 97 del d.lgs. 50/2016 in tema di esclusione delle offerte anormalmente basse), ma anche nella fase di predisposizione dei parametri della gara (v. art. 30, comma 1). Orbene, questa Sezione ha già avuto modo di richiamare l'indirizzo della prevalente giurisprudenza amministrativa, al quale si ritiene anche in questa sede di aderire, secondo cui la determinazione del prezzo posto a base d'asta non può prescindere da una verifica della reale congruità in relazione alle prestazioni e ai costi per l'esecuzione del servizio, comprese le condizioni di lavoro che consentano ai concorrenti la presentazione di una proposta concreta e realistica, a rischio, in caso contrario, sia di carenze di effettività delle offerte e di efficacia*

dell'azione della Pubblica Amministrazione, sia di alterazioni della concorrenza tra imprese: profili tutti giudizialmente scrutinabili (C.d.S., Sez. III, n. 6355/2019, cit.). Si è affermato, al riguardo, che in un giudizio avverso il bando di gara "la misura del prezzo a base d'asta non implica una mera scelta di convenienza e opportunità, ma una valutazione alla stregua di cognizioni tecniche (…..) sulla quale è possibile il sindacato del giudice amministrativo, con la precisazione che tale sindacato è limitato ai casi di complessiva inattendibilità delle operazioni e valutazioni tecniche operate dall'amministrazione, alla illogicità manifesta, alla disparità di trattamento", non essendo consentito al giudice di giungere egli stesso alla determinazione del prezzo congruo (T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 18 ottobre 2011, n. 992). Sono state richiamate in argomento anche le linee guida espresse dall'A.N.A.C. con deliberazione n. 32 del 20 gennaio 2016, le quali, sebbene attinenti all'affidamento di servizi ad Enti del terzo settore ed alle cooperative sociali, contengono al parag. 11 un'indicazione di principio, lì dove affermano che "le stazioni appaltanti, nella determinazione dell'importo a base di gara per l'affidamento dei servizi, non possono limitarsi ad una generica e sintetica indicazione del corrispettivo, ma devono indicare con accuratezza e analiticità i singoli elementi che compongono la prestazione e il loro valore. Le stesse devono procedere già in fase di programmazione alla stima del fabbisogno effettivo in termini di numero di ore di lavoro/interventi/prestazioni e alla predeterminazione del costo complessivo di ciascuna prestazione". Da ultimo, si è sottolineato che "la correttezza della determinazione della base d'asta con attinenza alla situazione di mercato rileva ai fini dell'utilizzazione di tutto il potenziale differenziale previsto per il prezzo nell'ambito delle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di evitare uno svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell'offerta (cfr. Cons. Stato, V, 7 giugno 2017, n. 2739, 22 marzo 2016, n. 1186, 15 luglio 2013, n. 3802, 31 marzo 2012, n. 1899)" (C.d.S., Sez. III, n. 6533/2019, cit.).

L'analisi rapidissima delle pronunce innanzi indicate, certamente non esaurisce la disamina del tema che si pone nel panorama giurisprudenziale, come certamente ampio e complesso, ma mutuando una frase celebre dello scrittore statunitense Kurt Vonnegut: "Un passo indietro, dopo aver fatto una strada sbagliata, è un passo nella giusta direzione."


NO
TE

NOTE

MEDIAPPALTI

Guida pratica in materia di appalti pubblici

Mediappalti ora è disponibile on line

Abbonati su www.mediappalti.it

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

---

MEDIAPPALTI

Pubblicità: pubblicita@mediappalti.it
Servizio Abbonamenti: abbonamenti@mediappalti.it

Media Graphic

Redazione: Mediagraphic s.r.l.
Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)
Tel. 0883.527171 - Mail: 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

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!