

Rivista mensile - Anno X, Numero 6

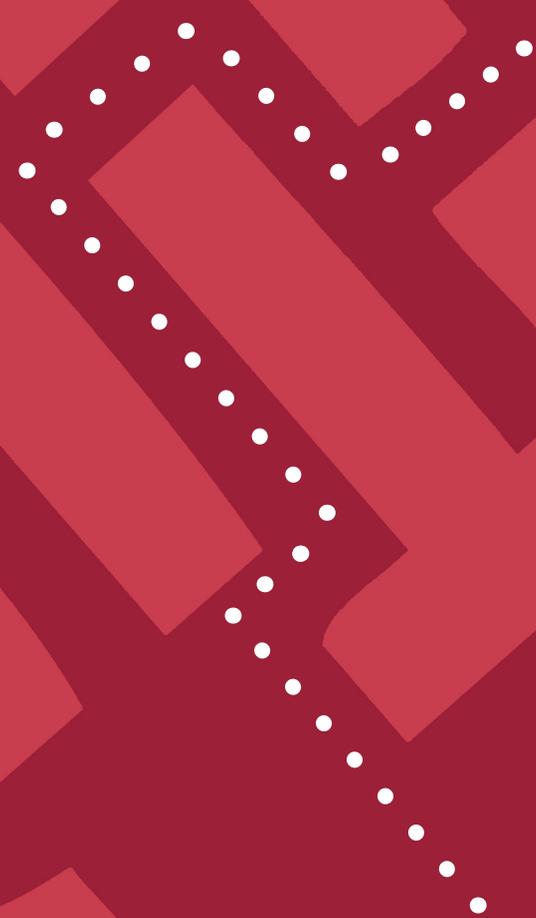
novembre
2020

MEDIA APPALTI

Il disegno di Legge europea 2020: le proposte di modifica agli artt. 105 e 80 del Codice dei contratti

Il collegio consultivo tecnico nella legge 120/2020: funzioni, composizione e la disciplina delle cause di sospensione dell'esecuzione dei lavori

Alcune riflessioni circa la corretta applicazione del comma 10-bis, dell'articolo 80, del Codice dei contratti pubblici. Nota a margine della sentenza del Tar Toscana, Sez. III, 19 ottobre 2020



**“Guida
pratica
in materia di
appalti pubblici”**

Registrazione presso il
Tribunale di Trani il 03.02.2011
al numero 3/2011 del Registro
dei giornali e periodici.

Vietato riprodurre anche parzialmente
i contenuti degli articoli pubblicati
senza essere autorizzati dall'editore.

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

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

Media
Graphic





**approfondimento
aggiornamento
giurisprudenza
informazione
consulenza
normativa**



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

**novembre
2020**

Per ora ci sono gli aiuti economici. Oltre 100 miliardi. Un susseguirsi di decreti che seguono l'andamento della pandemia. Uno stanziamento imponente per fronteggiare una crisi economica di proporzioni devastanti. Colpisce alcuni settori più di altri, ma in definitiva, non risparmia nessuno. Cosa rimarrà quando tutto questo sarà terminato? In che mondo ci ritroveremo?

Dall'altra parte del Covid, non ci saranno città da ricostruire, devastate dai bombardamenti. Questa guerra è diversa. Si dovrà intervenire per ridare fiducia alle persone e ai mercati. Perché il Covid, se ti risparmia, ti sfianca psicologicamente. Ti fa paura. Ti immobilizza. Non vorresti uscire di casa. Eviti di incrociare chi ti viene di fronte. Guardi in malo modo il vicino che nonostante tutte le raccomandazioni, le esortazioni al distanziamento e all'utilizzo dei dispositivi di

protezione, si infila con te nell'ascensore, senza mascherina. Dovremo ricominciare a fidarci l'uno dell'altro. A non sospettare che l'estemporaneo compagno di viaggio nella tratta casa-lavoro abbia avuto frequentazioni sospette, sia uno dei tanti inconsapevoli asintomatici.

Una fiducia che devono ritrovare i mercati e ancora prima i consumatori. Il Covid rallenta i consumi innescando un effetto domino che si rigenera da sé: la riduzione della domanda rallenta le produzioni, la frenata delle produzioni riduce la richiesta di lavoro, meno lavoro meno consumi.

La gente è spaventata. E così, anche chi in realtà non subisce cali di reddito preferisce essere cauto. Si elimina il superfluo davanti ad un futuro che non ha certezze. In questo momento è elevata la tendenza a risparmiare.

In questo scenario, sono proprio i mercati ad offrire spiragli di positività. Nel mese di settembre, segno positivo per le esportazioni in particolare verso paesi extraeuropei: un incremento dell'8,3% secondo i dati Istat. Un segnale che rincuora. I segnali di ripresa sono confermati dal bollettino economico del 16 ottobre della Banca d'Italia sul quale si legge che "l'incremento del prodotto nel terzo trimestre potrebbe essere stato più sostenuto di quanto prefigurato in luglio, sospinto soprattutto dal forte recupero dell'industria".

La crescita ci sarà. Ne è certo il Ministro dell'Economia Roberto Gualtieri per il quale l'Italia potrà sorprendere positivamente.

Senza rendersene conto, l'Italia ha una risorsa che per ora ha tenuto in panchina. Potrebbe scendere in campo e fare la differenza. Come quel giocatore che negli ultimissimi minuti, quando ormai non sembra esserci rimedio alla sconfitta, entra e segna. Una, due volte. Vittoria in rimonta. La pandemia, con tutto il suo carico di dolore, potrebbe rivelarsi un'opportunità unica per lo sviluppo del paese. Nelle sue pieghe potrebbe trovarsi la soluzione al secolare problema della "Questione Meridionale".

Lo scenario è prospettato dall'ex Presidente di Confindustria Antonio D'Amato. Il ragionamento è semplice: la produttività delle regioni settentrionali non può essere spinta oltre. Il tasso di occupazione è del 76%. Al sud si ferma al 43%. "È nel Mezzogiorno che c'è spazio per una crescita consistente", afferma D'Amato. L'obiettivo, per l'imprenditore, dovrà essere di aumentare la percentuale di occupazione al Sud del 15% in dieci anni. L'aumento dell'occupazione e della produttività del Meridione potrebbero generare un boom economico pari a quello del dopoguerra. Un riscatto per un territorio da sempre considerato una palla al piede per la crescita del paese. Un territorio storicamente debole, tradito dall'unità del 1861 che acuitò le differenze tra un Settentrione industrializzato ed un Mezzogiorno contadino, come analizzò Antonio Gramsci. Ma forse era già tutto scritto.

Esistono forze più grandi. Muovono fili che non possiamo vedere. L'occhio umano non è in grado di leggere se non ciò che vede. E mai avrebbe immaginato che si sarebbe sviluppata

una pandemia di queste proporzioni e che dalla pandemia ne avremmo ricavato qualcosa di buono.

Dalla grave situazione nella quale perversiamo, tra un DPCM ed un altro, bisogna cominciare ad immaginare un meridione che possa, con la sua riqualificazione produttiva, scoprirsi il motore che potrà rimorchiare il paese intero verso un nuovo livello di sviluppo. Possiamo pensare al nostro paese come ad un motore che fino a questo momento ha funzionato senza sviluppare tutta la sua potenza. Abbiamo voluto riservare la piena funzionalità per i momenti di maggior bisogno.

I lavori pubblici dovranno essere una delle carte più importanti da giocare. A sud come al nord. Il meridione necessita di infrastrutture che fino a questo momento, per varie ragioni, gli sono state negate. Assenza di un piano di investimenti lungo e lungimirante, corruzione e criminalità, hanno contribuito a fare in modo che le differenze non siano mai state rimarginate. A sud come al nord servono interventi per rendere il territorio più sicuro dai dissesti idrogeologici e dai disastri ambientali.

Come evidenzia D'Amato, i nuovi cantieri avrebbero una duplice finalità: risolverebbero gli storici problemi legati alle debolezze dello splendido paesaggio italiano, creerebbero posti di lavoro che potrebbero assorbire gli eventuali disoccupati che il Covid potrebbe ancora generare.

Invece, sarà proprio questa nuova disoccupazione ad essere lo strumento attraverso il quale potrà compiersi questo progetto più grande per il quale altrimenti non ci sarebbe mano d'opera disponibile. Come dice Matt Murdock, alias Daredevil, in una delle ultime battute della terza serie, "i progetti di Dio sono come un bel tappeto e noi lo vediamo soltanto al rovescio... la tragedia di essere umani.

Vediamo i fili tirati e i colori confusi, notiamo un briciolo della bellezza che ci potrebbe essere rivelata se vedessimo il progetto dall'altra parte, come lo vede Dio".

sommario

Editoriale

Sud

4

In evidenza

La Plenaria sulla nullità della subordinazione dell'avvalimento della SOA al possesso in proprio dell'attestazione SOA da parte della impresa concorrente c.d. ausiliata

7

Sotto la lente

Il disegno di Legge europea 2020: le proposte di modifica agli artt. 105 e 80 del Codice dei contratti

16

Hanno collaborato a questo numero:

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Direttore Responsabile dott. Enzo de Gennaro
Dott.ssa Alessandra Verde
Referendaria consiliare presso il Consiglio regionale

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

Dott. Stefano Usai
Vice segretario del Comune di Terralba (Or)
Avv. Riccardo Gai
Esperto in materia di appalti pubblici

Responsabile Web Lorenzo Antonicelli
Avv. Ilenia Paziani
Esperta in materia di appalti pubblici

Editore: Mediagraphic s.r.l.
Esperto in infrastrutture e contratti pubblici

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

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

Il Punto

Il collegio consultivo tecnico nella legge 120/2020: funzioni, composizione e la disciplina delle cause di sospensione dell'esecuzione dei lavori

24

Avvalimento dei progettisti e avvalimento a cascata: l'Adunanza Plenaria fa chiarezza (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 9 luglio 2020, n. 13)

32

Il procedimento di annotazione sul Casellario Informatico di ANAC: la segnalazione per un "grave illecito professionale" e la segnalazione per una precedente risoluzione del contratto (anche bonaria)

39

Alcune riflessioni circa la corretta applicazione del comma 10-bis, dell'articolo 80, del Codice dei contratti pubblici. Nota a margine della sentenza del Tar Toscana, Sez. III, 19 ottobre 2020

46

Legge semplificazioni: La polizza della responsabilità civile propria della Stazione appaltante. È possibile assicurare anche la responsabilità personale dei propri dipendenti?

52

Pareri & Sentenze

58

A Domanda Rispondiamo

63

In pillole

67

La Plenaria sulla nullità della subordinazione dell'avvalimento della SOA al possesso in proprio dell'attestazione SOA da parte della impresa concorrente c.d. ausiliata

di Adriana Presti

IN
EVIDENZA

1. La vicenda e la questione giuridica controversa

La questione interpretativa che ci si accinge ad esaminare trae origine da una vicenda occorsa nell'ambito di una gara per l'affidamento dell'appalto dei lavori aventi ad oggetto l'ampliamento della capacità di base del deposito carburanti di un aeroporto militare.

La *lex specialis* richiedeva ai concorrenti il possesso di un'adeguata attestazione SOA in corso di validità, ai sensi dell'art. 84 del d.lgs. 50/2016. Il disciplinare tuttavia stabiliva quale *conditio sine qua* non per poter ricorrere all'avvalimento di un'impresa ausiliaria in possesso della SOA richiesta dal bando che il concorrente ausiliato possedesse già in proprio una attestazione SOA. Nel corso della procedura, in applicazione della clausola del disciplinare "incriminata", venivano escluse una serie di imprese che avvalendosi dell'attestazione SOA di altri operatori economici, risultavano ciò nonostante sprovviste "in proprio" e "tout court" di una SOA.

Una delle predette imprese - che ove non esclusa sarebbe risultata aggiudicataria - impugnava la propria esclusione, la *lex specialis* di gara ed il provvedimento di aggiudicazione in favore del controinteressato.

Costituitasi in giudizio, la controinteressata eccepiva, tra l'altro, la tardiva impugnazione della *lex specialis*.

Il TAR Toscana (Sezione Seconda), con sentenza 13 marzo 2019, n. 356 respinta l'eccezione di inammissibilità (per tardività) del ricorso, accoglieva il ricorso, in particolare valorizzando la logica dell'istituto dell'avvalimento volto a consentire la partecipazione alle procedure di gara di medie e grandi dimensioni anche alle piccole e medie imprese (PMI) e statuendo il contrasto del disciplinare di gara con la ratio sottesa all'istituto. Sicché, ritenendo la clausola come una restrizione all'avvalimento ulteriore a quelle previste dall'art. 89 del d.lgs. 50/2016, tale da comportare un effetto escludente degli operatori economici, ne riteneva la nullità per contrasto con il divieto di cause di esclusione cd. atipiche sancito dall'art. 83 comma 8 del codice dei contratti pubblici e, quindi,

annullava l'esclusione della società ricorrente disposta in applicazione del disciplinare e tutti gli atti successivi del procedimento compresa l'aggiudicazione.

L'impresa aggiudicataria proponeva appello sostenendo la legittimità della parte del disciplinare impugnata in primo grado in quanto espressione del potere dell'amministrazione di integrare i requisiti di partecipazione alla selezione e contestando, in subordine, la qualificazione nel senso di nullità anziché in termini di annullabilità della clausola che condiziona l'accesso all'avvalimento al possesso di un'attestazione SOA in proprio. In altre parole la clausola in questione era stata erroneamente qualificata dal primo giudice in termini di nullità, con conseguente sua rilevanza d'ufficio ed ammissibilità del ricorso malgrado la mancata tempestiva impugnazione della legge di gara. Di talché, l'applicazione del diverso regime dell'annullabilità avrebbe comportato l'irricevibilità del ricorso di primo grado per mancata tempestiva impugnazione delle clausole immediatamente escludenti.

La questione giuridica controversa. La norma che viene anzitutto in rilievo è l'art. 89 del decreto legislativo n. 50 del 2016, che consente l'utilizzazione dell'avvalimento in via generale da parte delle imprese che negoziano con la pubblica amministrazione, prevedendo quali uniche eccezioni alla regola le ipotesi contemplate nei commi 4, 10 e 11 della stessa.

La seconda disposizione che viene in rilievo è l'art. 83, comma 8, del medesimo decreto legislativo, laddove, nel disciplinare i criteri di selezione e il soccorso istruttorio, stabilisce che: «Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite.

I bandi e le lettere d'invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle».

Infine, la clausola del bando (art. 20 del disciplinare) così recita: «i concorrenti possono soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale richiesti nel presente disciplinare di gara, avvalendosi dell'attestazione SOA di altro soggetto ad esclusione delle categorie di cui all'articolo 2, comma 1 del decreto ministeriale 10 novembre 2016, n. 248, ai sensi del comma 11 dell'articolo 89 del codice. Ai sensi del combinato disposto degli articoli 84 e 89, comma 1, del Codice i concorrenti che ricorrono all'Istituto dell'avvalimento devono, pena esclusione, essere in possesso di propria attestazione SOA da attestare secondo le modalità indicate nel precedente punto 17».

Volendo semplificare i temi che, senza presunzione di completezza, ci si appresta ad esporre, va evidenziato come criterio di lettura che le questioni giuridiche oggetto di querelle concernono la legittimità di una clausola della *lex specialis*, come quella in esame, ai sensi del comma 8 dell'articolo 83 del codice, nonché l'eventuale identificazione dell'illegittimità della clausola in termini di nullità o piuttosto di annullabilità.

La rilevanza della suddetta qualificazione è di non poco conto atteso che si riverbera sul regime dell'impugnazione amministrativa, poiché, in caso di ritenuta nullità ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, il regime processuale applicabile sarebbe quello dell'art. 31, comma 4, c.p.a., mentre, in caso di ritenuta annullabilità, sarebbe applicabile l'art. 120, comma 5, c.p.a.; ciò, che – essendo stato il bando pubblicato il 21 settembre 2018 e il ricorso proposto il 15 novembre 2018 – comporterebbe il rigetto dell'appello, nella prima eventualità, e l'accoglimento, nella seconda.

2. La questione oggetto di rimessione da parte della Sezione V del Consiglio di Stato

La quinta sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza non definitiva n. 1920 del 17 marzo 2020, ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione inerente alla validità della clausola del disciplinare che richiedeva a pena di esclusione l'attestazione SOA dell'impresa ausiliata.

La sentenza, nel deferire le questioni controverse all'Adunanza, ha rammentato anzitutto che:

- l'appellante ha contestato la qualificazione, in termini di radicale nullità, dell'art. 20 del disciplinare, da parte del primo giudice, deducendo che la questione posta dal ricorso involge(va) quella, da ritenersi di massima importanza, dell'interpretazione dell'articolo 83, comma 8, ultimo inciso, del codice dei contratti pubblici. Di talché la clausola del disciplinare sarebbe in linea con le disposizioni di cui agli artt. 83, 84 e 89 del codice dei contratti pubblici, non rappresentando una clausola "atipica" di esclusione della gara, ma piuttosto la rigida applicazione delle dette disposizioni e l'espressione della facoltà della stazione appaltante di integrare i requisiti di partecipazione; in secondo luogo, che l'art. 89 riguarda i casi e le modalità di ricorso all'istituto dell'avvalimento, restando in capo alla p.a. il potere di disciplinare "le modalità di utilizzazione" nella singola gara e, come precisato in memoria, la clausola in contestazione non rappresenterebbe nemmeno una limitazione della facoltà dell'avvalimento, ma un ulteriore requisito di partecipazione determinato con proporzionalità e non discriminazione, considerata la particolare tipologia di opera da realizzare.

- Mentre l'appellata sosteneva che condizionare il ricorso all'avvalimento al possesso di una SOA sarebbe una "contraddizione in termini" in quanto l'istituto è finalizzato proprio a conseguire quei requisiti di qualificazione che sono certificati dalla SOA e dei quali l'operatore economico è privo; si avrebbe perciò la nullità della clausola perché il "divieto di avvalimento" comporterebbe

il "divieto di partecipazione" al di fuori dei casi prescritti dal codice dei contratti pubblici e quindi

la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione. Quest'ultimo principio sottrarrebbe all'amministrazione il potere di fissare cause di esclusione non previste e quindi l'operato della stazione appaltante, nel caso in esame, sarebbe esercitato *praeter legem*, cioè, secondo la tradizionale impostazione dicotomica, in carenza di potere e non nel cattivo esercizio del potere, di modo che il vizio della clausola non sarebbe di annullabilità, bensì di nullità.

La necessità di rimettere la questione all'Adunanza plenaria, come precisato dalla sentenza di rimessione, discende anche dal contrasto giurisprudenziale che si registra(va) all'interno della V sezione del Consiglio di Stato, laddove da un lato la sentenza n. 1772 del 2013 e l'ordinanza cautelare n. 344 del 25 gennaio 2019 negano che la clausola oggettivamente escludente integri un'ipotesi di nullità del bando e dall'altro

la sentenza 23 agosto 2019, n. 5834 ne ribalta completamente l'orientamento.

Giova per chiarezza espositiva precisare i termini del contrasto, partendo dal sottolineare che la sentenza n. 5834/2019 del Consiglio di Stato, parametro del contrasto in esame, si è pronunciata su una clausola di un bando di gara della medesima Stazione Appaltante in tutto coincidente con la clausola del disciplinare di gara incriminata, esprimendo il convincimento che la disposizione "non tanto si limiti a disciplinare la modalità di

**I quesiti posti all'Adunanza Plenaria sono due:
a) se rientrino nel divieto di clausole cosiddette atipiche, di cui all'art. 83, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, le previsioni dei bandi o delle lettere d'invito con le quali la stazione appaltante, limitando o vietando, a pena di esclusione, il ricorso all'avvalimento al di fuori delle ipotesi consentite dall'art. 89 del medesimo decreto legislativo, escluda, di fatto, la partecipazione alla gara degli operatori economici che siano privi dei corrispondenti requisiti di carattere economico-finanziario o tecnico-professionale;
b) se, in particolare, possa reputarsi nulla la clausola con la quale, nel caso di appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, sia consentito il ricorso all'avvalimento dell'attestazione SOA soltanto da parte di soggetti che già ne posseggano una propria.**



esercizio dell'avvalimento, ma direttamente nei limiti del ricorso". Di talché ha escluso che il divieto oggetto della controversia riguardi l'avvalimento in relazione ad attività ed a compiti specifici (ai sensi dell'art. 89, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016) **e si è piuttosto ritenuto che ponga di fatto in essere "un limite generale al suo ricorso", al di fuori dei limiti all'avvalimento consentiti alle stazioni appaltanti.**

Senonché, ancor prima, l'ordinanza cautelare n. 344/2019, emessa nell'ambito dello stesso giudizio concluso con la sentenza n. 5834/2019 appena riferita, aveva, sia pure nei termini sintetici propri del provvedimento cautelare, espresso l'orientamento contrapposto sia quanto al rapporto con la previsione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i., affermando che la clausola impugnata fosse espressione di un potere amministrativo in astratto esistente, quale è quello di disciplinare le modalità dell'avvalimento in corso di gara, sia quanto al rapporto con l'art. 83, comma 8, ultimo inciso, affermando che non potesse essere qualificata come causa di esclusione 'atipica'.

Partendo da tali considerazioni la V Sezione ha considerato che lo stesso comma 8 dell'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016 assegna alle stazioni appaltanti il compito di indicare le condizioni di partecipazione richieste, con la facoltà di esprimerle come livelli minimi di capacità, tra cui parrebbe rientrare a pieno titolo il possesso di attestazione SOA. Di talché era quindi richiesto un requisito di partecipazione in astratto proporzionato e congruente con l'oggetto e il valore dell'appalto e con la tipologia dei lavori da eseguire.

Senonché, la clausola del disciplinare di gara è stata interpretata - sia dalla stazione appaltante sia dalla sentenza di primo grado - nel senso che il possesso in proprio di un'attestazione SOA fosse condizione per accedere, a pena di esclusione, all'istituto dell'avvalimento. Così interpretata, la *lex specialis*, per un verso, ha limitato il ricorso a quest'ultimo, per altro verso ha impedito che gli operatori economici, come la ricorrente principale in primo grado, sprovvisti del tutto di qualificazione SOA potessero partecipare alla gara, pur essendo in possesso di idoneità professionale.

Riguardo a tale ultima questione è stato dunque segnalato che non è chiaramente delineata la giurisprudenza del Consiglio di Stato in punto di

(il)legittimità delle clausole che impongono, per i contratti di appalto di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, ai concorrenti che vogliono stipulare un avvalimento per il possesso dell'attestazione SOA di averne almeno una in proprio (ragionevolmente, per categorie e classifiche diverse da quelle richieste per i lavori da appaltare).

Alla luce del quadro fattuale e giurisprudenziale testé descritto, la Sezione ha, pertanto, Rimesso alla Adunanza Plenaria le risposte ai quesiti che seguono:

a) se rientrino nel divieto di clausole di esclusione c.d. atipiche, di cui all'art. 83, comma 8, ultimo inciso, del d.lgs. n. 50 del 2016, le prescrizioni dei bandi o delle lettere d'invito con le quali la stazione appaltante, limitando o vietando, a pena di esclusione, il ricorso all'avvalimento al di fuori delle ipotesi consentite dall'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, precluda, di fatto, la partecipazione alla gara degli operatori economici che siano privi dei corrispondenti requisiti di carattere economico-finanziario o tecnico-professionale;

b) in particolare, se possa reputarsi nulla la clausola con la quale, nel caso di appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, sia consentito il ricorso all'avvalimento dell'attestazione SOA soltanto da parte di soggetti che posseggono una propria attestazione SOA.

3. L'Adunanza Plenaria n. 22/2020

L'Adunanza plenaria, come ci si appresta ad esporre, ha ritenuto che la clausola del disciplinare illegittima, per contrasto con l'art. 83, comma 8, attesa l'intrinseca contraddittorietà, nel consentire l'avvalimento dell'attestazione SOA di altro soggetto e poi, nel richiedere cionondimeno il possesso di propria attestazione SOA.

Siffatta clausola secondo il Supremo Consesso prevede una causa di esclusione - il mancato possesso della propria attestazione SOA - che risulta sprovvista di una idonea base normativa, ponendosi così in contrasto col divieto di porre cause di esclusione non previste per legge, a pena di nullità della clausola (art. 83, comma 8, ultimi due periodi).

La Plenaria ha così ricordato che il codice dei contratti pubblici, in linea con la giurisprudenza divenuta infine prevalente, nel vigore del d.lgs. n. 163 del 2006 (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 30 novembre 2015, n. 5396; Cons. St., sez. V, 26 maggio 2017, n. 2627), dopo un primo indirizzo che negava l'ammissibilità dell'avvalimento sul presupposto del carattere intrinsecamente e insostituibilmente soggettivo e quasi "personalistico" della certificazione di qualità, ammette ora l'avvalimento delle certificazioni di qualità e, in particolare, delle attestazioni SOA, poiché riconosce che anche la certificazione di qualità costituisce un requisito speciale di natura tecnico-organizzativa, come tale suscettibile di avvalimento, in quanto il contenuto dell'attestazione concerne il sistema gestionale dell'azienda e l'efficacia del suo processo operativo.

La conferma di tale possibilità, coerente con la ratio dell'avvalimento, quale delineata dalla Adunanza plenaria già con la sentenza n. 23 del 4 novembre 2016 in riferimento al d. lgs. n. 163 del 2006, intesa a favorire il principio della massima partecipazione alle procedure di gara, si è avuta non solo nella legge delega per l'emanazione dell'attuale codice (legge n.11 del 2016), che, nell'art. 1, comma 1, lett. zz), ha previsto che «**il contratto di avvalimento indichi nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara**», ma nella stessa formulazione dell'art. 89, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal d.lgs. n. 56 del 2017, nella parte in cui si prevede che l'operatore economico possa soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale, di cui all'art. 83, comma 1, lett. b) e c), del d.lgs. n. 50 del 2016, necessari per partecipare ad una procedura di gara – con esclusione dei requisiti di cui all'art. 80 – avvalendosi delle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi.

Per i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, il possesso di detti requisiti di qualificazione avviene esclusivamente, ai sensi dell'art. 84, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, mediante

attestazione da parte delle società organismi di attestazione (SOA) autorizzate dall'ANAC.

Tuttavia, per evitare che l'avvalimento dell'attestazione SOA divenga in concreto un mezzo per eludere il rigoroso sistema di qualificazione nel settore dei lavori pubblici, la giurisprudenza amministrativa ha in modo univoco e costante più volte ribadito che l'avvalimento dell'attestazione SOA è consentito ad una duplice e contestuale condizione:

a) che oggetto della messa a disposizione sia l'intero setting di elementi e requisiti che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell'attestazione SOA;

b) che il contratto di avvalimento dia conto, in modo puntuale, del complesso dei requisiti oggetto di avvalimento, senza impiegare formule generiche o di mero stile.

È stato, infatti, affermato che, in materia di gare pubbliche, quando oggetto dell'avvalimento sia un'attestazione SOA di cui la concorrente sia priva, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire l'attestazione da mettere a disposizione (Cons. St., sez. V, 16 maggio 2017, n. 2316, Cons. St., sez. V, 12 maggio 2017, n. 2226): sicché è onere del concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto e, nel caso di specie, l'attestazione SOA, quale mero requisito astratto e valore cartolare, ma assume la specifica obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità.

Tali condizioni, del resto, sono coerenti con la ricostruzione dogmatica dell'istituto dell'avvalimento nelle gare pubbliche, ricondotto anche di recente dalla Adunanza Plenaria (n. 13 del 2020) ai c.d. contratti d'impresa.

In effetti, è interessante sottolineare, che anche le negoziazioni private conoscono tali tipi di collaborazione tra imprese, che hanno lo stesso (o comunque simile) risultato economico a quello che

si realizza con l'avvalimento, solamente che per esse si fa ricorso ad istituti e meccanismi propri di quell'ordinamento (noleggio, affitto, consorzio, gruppo societario, subappalto, cessione di ramo d'azienda e così via).

In realtà sia gli strumenti civilistici sia l'avvalimento sono destinati ad amplificare l'effetto c. d. reale proprio del contratto di società, ossia la creazione di una struttura economica che vive oltre il contratto che l'ha generata. Pertanto, l'avvalimento serve "ad integrare una organizzazione aziendale realmente esistente ed operante nel segmento di mercato proprio dell'appalto posto a gara, ma che, di certo, non consente di creare un concorrente virtuale costituito solo da una segreteria di coordinamento delle attività altrui, né di partecipare alla competizione ad un operatore con vocazione statutaria ed aziendale completamente estranea rispetto alla tipologia di appalto da aggiudicare" (Cons. di Stato, V, n. 1772 del 20 novembre 2013; negli stessi sensi sembra andare Cons. di Stato, III, n. 3702 del 10 giugno 2020).

Con la conseguenza che è stata ben presto avvertita l'esigenza di evitare il possibile fenomeno del c. d. "avvalificio", in cui cioè potessero operare imprese che si limitassero ad utilizzare la capacità economica di altre imprese, nonché di rendere possibile il controllo su tutte quelle forme di avvalimento che si sono delineate a seguito dell'applicazione pratica dell'istituto, come quello frazionato, quello plurimo e incrociato nonché il c.d. avvalimento 'sovrabbondante', e infine per sanzionare le forme di avvalimento vietate, come quello c.d. 'a cascata' (Adunanza Plenaria n. 13 del 2020).

Nel delineato quadro normativo, l'Adunanza ha ritenuto che sussistendo il rispetto delle condizioni

cui la giurisprudenza del Consiglio di Stato subordina la legittimità del ricorso all'avvalimento dell'attestazione SOA e, per converso, non

ricorrendo alcuna delle ipotesi, anche indirette, in cui l'avvalimento risulta vietato, l'obbligo, imposto all'ausiliata dal disciplinare di gara, espressamente a pena di esclusione, di produrre la propria attestazione SOA, quando questa vorrebbe avvalersi dell'attestazione SOA dell'ausiliaria, è contraddittorio rispetto alla previsione dello stesso § 20 del disciplinare (il quale consente che «i concorrenti possono soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale richiesti nel disciplinare di gara, avvalendosi dell'attestazione SOA di altro soggetto»), **ma soprattutto si pone in contrasto con gli artt. 84 e 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, che non escludono la possibilità dell'avvalimento dell'attestazione SOA né, tantomeno, subordinano tale possibilità alla condizione di depositare in sede di gara l'attestazione SOA dell'impresa ausiliata in proprio.**

Nel caso di specie inoltre la stazione appaltante non ha mai previsto o richiesto che i lavori, per le loro specifiche caratteristiche tecniche, dovessero essere eseguiti direttamente dall'impresa concorrente ausiliata e anzi ha ammesso in linea di principio il ricorso all'avvalimento, anche dell'attestazione SOA, salvo richiedere contemporaneamente il possesso e la produzione dell'attestazione SOA in capo all'impresa ausiliata. Sicché quello delineato dalla clausola in questione **si traduce in un adempimento formale e procedurale che contrasta con le previsioni degli artt. 84 e 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 e con la ratio dell'avvalimento stesso**, applicabile alle attestazioni SOA secondo le modalità e nei limiti delineati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, e di fatto, come ricorda sia la Plenaria che la sezione rimettente, esso comporta

l'esclusione dell'impresa priva dell'attestazione SOA dalla gara, con un effetto espulsivo che non è **implicito o indiretto, ma espresso e diretto.**

È illegittima, per violazione degli artt. 84 e 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, la clausola del disciplinare di gara che, senza indicare le specifiche ragioni ai sensi dell'art. 89, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, subordina l'avvalimento dell'attestazione SOA alla produzione, in sede di gara, dell'attestazione SOA della impresa ausiliata, ed è conseguentemente di per sé illegittima, come ha statuito il TAR, l'esclusione disposta del ricorrente in primo grado.



Pertanto, in un contesto normativo ormai mutato e volto a consentire la massima espansione all'avvalimento senza, però, sminuire l'affidabilità economica e tecnica delle imprese partecipanti alla gara, non si può dare seguito all'orientamento espresso dal CdS con la sentenza n. 1772 del 27 marzo 2013, la quale ha inteso, peraltro, evitare gli effetti distorsivi del sistema, potenzialmente derivanti dall'ammissione dell'avvalimento della SOA in presenza di «mera sommatoria delle attestazioni SOA dell'impresa avvalente e dell'impresa ausiliaria, prescindendo dal fatto che ciascuna di esse sia autonomamente in possesso della qualificazione necessaria alla partecipazione alla gara»: nel ben diverso caso di specie, non è contestato che l'impresa ausiliaria sia in possesso dell'attestazione SOA richiesta per lo svolgimento dei lavori.

Sulla annullabilità o nullità della clausola escludente ritenuta illegittima, la Adunanza ha statuito che deve ritenersi che la clausola è affetta da nullità, e pertanto da considerarsi come non apposta e quindi disapplicabile, poiché essa finisce per integrare un requisito ulteriore rispetto a quelli espressamente previsti dagli artt. 80 e 83 del codice dei contratti pubblici; cosa non consentita dall'ordinamento, che anzi in tal caso prevede la sanzione massima della nullità.

Senonché, secondo la Adunanza plenaria, si tratta di una nullità parziale che non invalida l'intero bando e che non si configuri una fattispecie di nullità derivata o successiva, bensì propria, ossia di una clausola in contrasto con una norma imperativa di legge.

La Adunanza ha inoltre affermato che la nullità dell'atto amministrativo - figura generale, assieme all'annullabilità, dell'invalidità e che può essere riguardata non solo come vizio, ma anche come azione, eccezione in senso tecnico e come sanzione- opera in presenza di un provvedimento amministrativo, che viene emanato nell'ambito di un procedimento rigorosamente disciplinato e che costituisce la forma necessaria dell'azione tendenzialmente unilaterale, ancorché sempre più

spesso partecipata, del potere amministrativo. Quest'ultimo si apre, prosegue e si chiude all'insegna del principio per cui l'amministrazione deve curare l'interesse pubblico datogli in attribuzione dalla legge in maniera da raggiungere il massimo risultato possibile con il minimo mezzo.

Il profilo dell'illegittimità del provvedimento, anche quando ridondi sul procedimento che lo contiene, rileva in maniera efficace solo in sede processuale, a meno che l'amministrazione non ritenga di aprire un procedimento di secondo grado di autotutela. Pertanto la nullità emerge nel processo, che ha le sue regole. **Quindi chi intenda farla valere deve necessariamente**

proporre l'azione di annullamento dell'atto emanato in esecuzione di un provvedimento che si assume nullo, mentre l'azione di accertamento è ammissibile solo nei pochi casi in cui il soggetto abbia interesse al mero accertamento e non al suo annullamento; ipotesi difficilmente riscontrabile quando l'amministrazione, proseguendo nel suo itinerario procedimentale, emani altri atti, che il primo presuppongano, i quali producono effetti sulla situazione sostanziale o procedimentale del soggetto inciso.

L'Adunanza Plenaria ha quindi statuito che la nullità della clausola escludente *contra legem*, ora prevista dall'art. 83, comma 9, del codice n. 50/2016, vada intesa anch'essa come nullità in senso tecnico (con la conseguente improduttività dei suoi effetti). In altri termini, la clausola è nulla, ma tale nullità, se da un lato non si estende al provvedimento nel suo complesso (*vitiatur sed non vitiat*), d'altro canto impedisce all'amministrazione di porre in essere atti ulteriori che si fondino su quella clausola, rendendoli altrimenti illegittimi e quindi, attesa l'autoritatività di tali atti applicativi, annullabili secondo le regole ordinarie.

È stato così affermato che "ritenere che la nullità sancita dal comma 8, ultima parte, dell'articolo 83 vada intesa come annullabilità si porrebbe in contrasto con la scelta del legislatore di qualificare come nulla la clausola escludente *contra legem*, e dunque non solo con il tenore testuale della

L'Adunanza Plenaria ritiene che la clausola escludente - che si ponga in violazione dell'art. 83, comma 8, del codice sugli appalti pubblici - non si possa considerare annullabile (e dunque efficace) bensì nulla.



legge, cui occorre attribuire primario rilievo in sede ermeneutica, ma anche con la sua composita ratio, volta a individuare un equilibrio tra radicale invalidità della clausola per contrasto con norma imperativa, ordinaria autoritatività dei provvedimenti amministrativi e interesse del ricorrente a far valere l'invalidità, in termini di nullità, quando essa si traduca in un provvedimento applicativo (esclusione o aggiudicazione) lesivo in concreto della sua situazione soggettiva tutelata".

A questo punto, e tirando del filo delle argomentazioni svolte, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto, a integrazione di quanto già affermato dalla Plenaria n. 9 del 2014, che – al cospetto della nullità della clausola escludente *contra legem* del bando di gara – non vi sia l'onere per l'impresa di proporre alcun ricorso: tale clausola – in quanto inefficace e improduttiva di effetti – **si deve intendere come 'non apposta', a tutti gli effetti di legge.**

5. Conclusioni

La Plenaria, ad avviso di chi scrive, ha del tutto correttamente valorizzato la ratio propria dell'istituto dell'avvalimento - destinato a garantire la partecipazione alla gara di operatori economici che, per definizione, non vi potrebbero altrimenti accedere-, ed ha colto l'occasione per tracciare le coordinate sistematiche in punto di nullità del provvedimento amministrativo in rapporto al principio di tassatività delle cause di esclusione. Nel fare ciò ha correttamente ripercorso la funzione e l'operatività dell'istituto anche al fine di evitare qualsivoglia meccanismo e uso distortivo dell'istituto (i c.d. avvalifici), ricordando che l'avvalimento di una certificazione SOA comporta, pur sempre, la verifica a valle di una serie di condizioni di legittimità di ciò che costituisce il prestito materiale di risorse e mezzi che giustificano la SOA di volta in volta oggetto di avvalimento. Del resto la disposizione di cui all'art. 89 del decreto

legislativo n. 50 del 2016 si incentra sui rapporti tra l'impresa ausiliaria e l'impresa ausiliata nonché sui rapporti giuridici che ciascuna di esse instaura con la stazione appaltante, prevedendo in capo a quest'ultima penetranti poteri di controllo sull'effettivo possesso dei requisiti professionali e tecnico-finanziari, che si estendono anche alla fase esecutiva, dell'impresa ausiliaria, che, pur non diventando parte nel contratto che segue l'aggiudicazione, è obbligata in solido con l'impresa ausiliata.

È stata dunque l'occasione per precisare, con estrema chiarezza, come la disciplina contenuta nell'art. 83 non elimina, anzi lo regola, il potere della stazione appaltante di indicare nel bando le condizioni minime di partecipazione e i mezzi di prova. Questo al fine di

consentire la verifica, in via formale e sostanziale, delle capacità realizzative dell'impresa, nonché le competenze tecnico-professionali e le risorse umane, organiche all'impresa medesima.

Il che ha consentito all'Adunanza di tracciare un limite ben preciso alla discrezionalità di cui gode ciascuna Stazione Appaltante in materia, dato che "conformemente al diritto dell'Unione europea, la stazione appaltante **incontra il limite di non poter escludere il meccanismo dell'avvalimento se non nei casi tassativamente previsti dalla legge**".

Scendendo per così dire di scala, nella declinazione dei suesposti principi nel caso di specie, si può dire che è stato decisivo l'esame dell'effetto prodotto dalla clausola nulla, che finisce per comportare l'esclusione dalla (partecipazione alla) gara di tutti coloro cui si è illegittimamente impedito il ricorso all'avvalimento. Il tutto per giungere all'affermazione **che una siffatta previsione si traduce in un vero e proprio divieto di applicare l'istituto dell'avvalimento mediante la previsione di un adempimento apparentemente formale che, in modo surrettizio ma certamente a pena di esclusione per il concorrente, ne**

Non vi era ed è dunque alcun onere, in conclusione, per le imprese partecipanti alla gara di impugnare (entro l'ordinario termine di decadenza) la clausola escludente nulla e quindi "inefficace" ex lege, ma vi è uno specifico onere di impugnare nei termini ordinari gli atti successivi che facciano applicazione (anche) della clausola nulla contenuta nell'atto precedente.



comprime l'operatività senza alcuna idonea copertura normativa. La clausola, infatti, pur non prevedendo direttamente l'esclusione dalla gara se non in possesso di un particolare requisito, finisce per avere il medesimo effetto escludente, che viene raggiunto prevedendo un requisito di partecipazione per il quale non è consentito l'avvalimento.

La Plenaria con estrema lucidità afferma inoltre che non può neppure ritenersi che la clausola in questione sia legittima (come sembrava prospettare la sezione remittente), sulla base dell'art. 83, comma 8, primo periodo, del d. lgs. n. 50 del 2016, laddove prevede che «le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità». In tal senso secondo l'Adunanza rileva il principio di tassatività delle cause di esclusione, affermato dallo stesso art. 83, comma 8, sicché la discrezionalità, comunque non illimitata né insindacabile, della pubblica amministrazione nel disporre ulteriori limitazioni alla partecipazione, integranti speciali requisiti di capacità economico-finanziaria o tecnica che siano coerenti e proporzionati all'appalto, è potere ben diverso dalla facoltà, non ammessa dalla legge, di **imporre adempimenti che in modo generalizzato ostacolano la partecipazione alla gara, come è avvenuto nel presente caso per l'avvalimento dell'attestazione SOA, senza adeguata copertura normativa e in violazione del principio della concorrenza** (v., in questo senso, anche Cons. St., sez. V, 26 maggio 2015, n. 2627).

La Adunanza Plenaria 22/2020 giunge così, del tutto correttamente, ai seguenti tre principi di diritto:

a) la clausola del disciplinare di gara che subordini l'avvalimento dell'attestazione SOA alla produzione, in sede di gara, dell'attestazione SOA anche della stessa impresa ausiliata si pone in contrasto con gli artt. 84 e 89, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016 ed è pertanto nulla ai sensi dell'articolo 83, comma 8, ultimo periodo, del medesimo decreto legislativo;

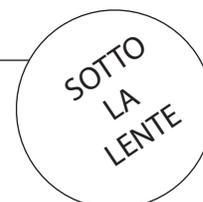
b) la nullità della clausola ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d. lgs. n. 50 del 2016 configura un'ipotesi di nullità parziale limitata alla clausola, da considerare non apposta, che non si estende

all'intero provvedimento, il quale conserva natura autoritativa;

c) i provvedimenti successivi adottati dall'amministrazione, che facciano applicazione o comunque si fondino sulla clausola nulla, ivi compresi il provvedimento di esclusione dalla gara o la sua aggiudicazione, vanno impugnati nell'ordinario termine di decadenza, anche per far valere l'illegittimità derivante dall'applicazione della clausola nulla.

Il disegno di Legge europea 2020: le proposte di modifica agli artt. 105 e 80 del Codice dei contratti

di Alessandra Verde



1. La Legge europea 2019 - 2020

In attuazione della L. n. 234/2012, recante norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione Europea, lo scorso mese di settembre è stato, come di consueto, presentato in Parlamento il disegno di legge europea 2019 - 2020, contenente "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea", volto, in particolare, per quel che qui ci riguarda, ad agevolare la chiusura di una serie di procedure di infrazione a carico del nostro Paese. Tra esse spicca la n. 2018/2273 in materia di contratti pubblici, allo stadio di messa in mora complementare ai

sensi dell'art. 258 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (fase di pre-contenzioso)¹.

E' in fase di discussione alla Camera dei Deputati il disegno di Legge europea 2019 - 2020, per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, che prevede, tra l'altro, modifiche al Codice dei contratti pubblici in materia di subappalto. Le disposizioni interessate dalle modifiche sono gli artt. 105, 80 e 174.

L'art. 8 del disegno di Legge europea, attualmente in discussione alla Camera², apporta, in particolare, una serie di modifiche al Codice dei contratti pubblici con la finalità di superare le contestazioni mosse a più riprese all'Italia dall'Unione europea, riguardanti la violazione di diverse norme delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni. L'istituto interessato dalle modifiche è il subappalto, sia con riferimento all'obbligo di indicare la terna di subappaltatori,

che viene definitivamente abrogato, sia riguardo alla sussistenza di motivi di esclusione previsti dall'articolo 80 in capo ai subappaltatori.

1. Quando la Commissione europea rileva la violazione di una norma UE, procede all'invio di una "lettera di messa in mora", concedendo allo Stato un termine di due mesi entro il quale presentare le proprie osservazioni. La violazione contestata può consistere nella mancata attuazione di una norma europea oppure in una disposizione o in una pratica amministrativa nazionali che risultano incompatibili con essa. La procedura d'infrazione è avviata nei confronti di uno Stato membro in quanto tale, senza che rilevi se l'autore della violazione sia un organo costituzionale o giurisdizionale, un ente territoriale o un soggetto di diritto privato controllato dallo Stato. Qualora lo Stato membro non risponda alla lettera di messa in mora nel termine indicato oppure fornisca alla Commissione risposte non soddisfacenti, quest'ultima può emettere un parere motivato con il quale cristallizza in fatto e in diritto l'inadempimento contestato e diffida lo Stato a porvi fine entro un dato termine. Nel caso in cui lo Stato membro non si adegui al parere motivato, la Commissione può presentare ricorso per inadempimento davanti alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee contro lo Stato in questione.

2. A.C. n. 2670 presentato il 21 settembre 2020.

Prima di esaminare nel dettaglio le modifiche agli artt. 105 e 80 previsti dal disegno di legge europea, appare opportuno riepilogare i motivi di contestazione contenuti nella procedura di infrazione n. 2018/2273, attualmente allo stato di messa di costituzione in mora complementare, ed in particolare, quelli contenuti ai paragrafi 1.3.B e 2.1. Detti rilievi sono gli unici che il Governo italiano ha ritenuto di accogliere mediante la Legge europea di quest'anno. Altri profili di incompatibilità con la normativa europea sollevati con la citata procedura di infrazione sono stati, infatti, già superati con interventi legislativi precedenti, primo fra tutti il c.d. Decreto Sblocca-Cantieri, mentre su alcuni altri rilievi il Governo ha evidentemente ritenuto la non sussistenza di una reale incompatibilità delle disposizioni codicistiche con le direttive europee.

2. La procedura di infrazione n. 2018/2273

Come accennato in premessa, nella lettera di costituzione in mora della Commissione europea del 24 gennaio 2019, afferente alla procedura di infrazione n. 2018/2273, sono stati sollevati molteplici rilievi afferenti a supposte violazioni delle direttive comunitarie da parte del nostro D. Lgs. n. 50/2016. A seguito della valutazione della risposta del Governo, la Commissione europea ha indirizzato allo stesso una lettera di costituzione in mora complementare del 27 novembre 2019, ribadendo i problemi di conformità sollevati in

precedenza e non ancora risolti ed individuando ulteriori disposizioni della normativa italiana ritenute non conformi alle direttive europee.

Fra i rilievi sollevati, uno dei più rilevanti, come si ricorderà, è quello di cui al par. 1.3, riguardante il divieto di subappaltare più del trenta per cento di un contratto pubblico. In materia, successivamente alla lettera di costituzione in mora, vi sono state anche alcune pronunce della Corte di giustizia europea, prima fra tutte la sentenza del 26 settembre 2019, ad esito della causa C-63/18 scaturita da un rinvio pregiudiziale del TAR Lombardia, che ha considerato incompatibile con il diritto comunitario qualunque limite posto alla quota subappaltabile³. In merito, lo Stato italiano è prontamente intervenuto con l'art. 1, comma 18, della legge di conversione del decreto Sblocca Cantieri (D.L. n. 32/2019) con cui ha previsto che, fino al 31 dicembre 2020, la quota subappaltabile non possa superare il quaranta per cento dell'importo complessivo del contratto. In realtà, l'innalzamento (temporaneo) della quota di affidamento subappaltabile era stata inizialmente fissata al cinquanta per cento, poi scesa al quaranta per cento in sede di conversione del decreto legge⁴.

Più precisamente, la Commissione europea prima e la Corte di Giustizia poi hanno sostenuto che il ricorso al subappalto previsto nella normativa comunitaria trova la sua ragion d'essere nel favorire la concorrenza perché consente la più

3. Resta dibattuta la questione se il limite del trenta per cento dell'importo contrattuale, fissato in termini generali dall'art. 105 del Codice per le prestazioni subappaltabili, sia da disapplicare anche con riferimento alle c.d. opere super specialistiche, di cui all'art. 89, comma 11 del D. Lgs. n. 50/2016 (le opere richiedenti lavorazioni ad alto contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica). Si sono recentemente occupate di tale problematica sia l'ANAC, con la deliberazione n. 704 del 4 agosto 2020, che il giudice amministrativo (TAR Toscana), con la sentenza n. 898 del 9 luglio 2020. Sulla base di percorsi argomentativi differenti, sia l'Autorità Anticorruzione che il TAR sono giunti a sostenere che la disapplicazione del limite al subappalto imposto dalla Corte di giustizia europea non si applichi alle lavorazioni super specialistiche: l'ANAC sulla base di una lettura sistematica e coordinata dei vari provvedimenti legislativi e delle pronunce giurisprudenziali susseguite nel tempo in materia e il TAR Toscana, invece, in forza della natura specialistica delle opere in questione.

4. L'Autorità Nazionale Anticorruzione ha adottato, ai sensi dell'art. 213, comma 3, lett. d) del D. Lgs. n. 50/2016, un Atto di segnalazione (il n. 8 del 13 novembre 2019 approvato con Delibera n. 1035) rivolto al Governo e al Parlamento al fine di proporre un'urgente modifica normativa inerente proprio alla disciplina del subappalto, che non avesse carattere temporaneo e che desse una risposta definitiva alle contestazioni provenienti dall'Europa. Per trovare un contemperamento tra la posizione espressa a più riprese dalla Commissione europea e dalla Corte di giustizia e le esigenze di ordine pubblico e trasparenza perseguite dal legislatore italiano, l'ANAC ha suggerito di prevedere quale regola generale l'ammissibilità tout court del subappalto, imponendo alla stazione appaltante l'obbligo di motivare adeguatamente eventuali limiti posti alla quota subappaltabile in relazione alle peculiarità della specifica gara.

ampia partecipazione alle commesse pubbliche, anche di rilevante entità, da parte di tutte le imprese, in special modo le piccole e medie imprese, cui il legislatore europeo ha sempre rivolto un'attenzione particolare. Va tuttavia ricordato che le direttive europee ammettono che gli Stati membri introducano disposizioni più rigorose in materia al fine di tutelare l'ordine pubblico, la moralità e la sicurezza e a condizione che dette misure siano conformi ai principi del Trattato e rispettino il principio di proporzionalità.

Ciò non significa che gli Stati membri dispongano della facoltà di limitare il ricorso al subappalto ad una quota delle attività fissata in maniera astratta in una determinata percentuale, a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori o dell'eventuale carattere non essenziale degli incarichi di cui si tratterebbe o, ancora, a prescindere dal settore specifico dell'appalto o della natura delle prestazioni da eseguire.

In altri termini, gli organi dell'Unione hanno ritenuto che, seppure una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare fenomeni corruttivi o di infiltrazione mafiosa, una restrizione in misura fissa e astratta ecceda quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo perché, vietando in modo generale e astratto il ricorso al subappalto al di sopra di una certa soglia, non si lascia alcuno spazio ad una valutazione caso per caso da parte della stazione appaltante. Ciò comporta che una parte rilevante delle prestazioni debba essere realizzata dall'offerente stesso, pena l'esclusione automatica dalla procedura, anche nel caso in cui l'ente aggiudicatore sia in grado di verificare le identità dei subappaltatori interessati e ove ritenga, in seguito a verifica, che siffatto divieto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione. Da ciò, il giudizio espresso di norma nazionale

sproporzionatamente rigorosa rispetto a quella comunitaria e di sussistenza, pertanto, di un caso di *goldplating*.

Un altro rilievo sollevato nella lettera di costituzione in mora, in particolare al par. 1.2.A, è quello relativo alla previsione di cui all'art. 80, comma 4, del Codice, che dispone che un operatore economico venga escluso dalla partecipazione ad una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, **definitivamente accertate**, degli obblighi relativi al pagamento di imposte, tasse o contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui è stabilito, precisando che costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione.

La Commissione europea pone a confronto tale disposizione con l'art. 38 della direttiva 2014/23/UE in tema di concessioni e con l'art. 57 della direttiva 2014/24/UE in materia di appalti, nella parte in cui la stessa dispone che le amministrazioni aggiudicatrici devono escludere un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura di aggiudicazione qualora siano a conoscenza del fatto che l'operatore economico non abbia

ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali e ciò sia che tale conoscenza scaturisca da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo e vincolante secondo la legislazione del Paese in cui è stabilito o dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice, sia quando le amministrazioni **possano dimostrare con qualunque mezzo adeguato che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali**.

Ciò posto, l'articolo 80, comma 4, del decreto legislativo 50/2016 non è apparso conforme alle

La Commissione europea, nell'ambito della procedura di infrazione n. 2018/2273, ha inviato una lettera di costituzione in mora al Governo italiano evidenziando molteplici violazioni delle direttive comunitarie da parte del nostro Codice dei contratti, contestazioni ribadite con una seconda lettera di costituzione in mora complementare, in cui sono state anche individuate ulteriori disposizioni della normativa italiana ritenute non conformi alle direttive europee.



direttive comunitarie in quanto non consente di escludere un operatore economico che ha violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali qualora tale violazione – pur non essendo stata stabilita da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo – possa essere comunque adeguatamente dimostrata dalla stazione appaltante.

Il legislatore italiano ha, ancora una volta, già risolto tale incompatibilità con la normativa europea attraverso le recentissime modifiche apportate all'art. 80, comma 4 del Codice dall'art. 8, comma 5, lett. b) del D.L. n. 76/2020 (c.d. Decreto Semplificazioni), convertito con modificazioni dalla legge n. 120/2020.

Alla fine del comma 4 è stato infatti aggiunto il seguente periodo: <<Un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione ai sensi rispettivamente del secondo o del quarto periodo. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, ovvero quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande>>.

Un terzo importante rilievo è quello descritto al par. 1.3.B della lettera di costituzione in mora, e riguarda l'obbligo di indicare la terna di subappaltatori proposti. L'art. 105, comma 6 del Codice dei contratti prevede

che, in caso di appalti di valore superiore alle soglie UE, nonché per gli appalti che, pur essendo di valore inferiore alle soglie UE, riguardano specifiche attività individuate dalla normativa italiana come particolarmente esposte al rischio d'infiltrazione

mafiosa, gli operatori economici debbano indicare nelle loro offerte una terna di subappaltatori proposti. Tale obbligo, secondo la Commissione europea, si pone in violazione con quanto disposto dall'articolo 71 della direttiva 2014/24/UE nella parte in cui prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere agli operatori di indicare nelle loro offerte "i subappaltatori proposti", **senza imporre necessariamente che il numero dei subappaltatori proposti debba sempre essere uguale a tre.** Secondo la Commissione, tale imposizione appare sproporzionata in tutti i casi in cui l'appaltatore non

intenda ricorrere al subappalto o, comunque, gli occorrono meno di tre subappaltatori.

Infine, la Commissione ha formulato un'analogha contestazione (par. 2.1) in merito alla previsione dell'indicazione obbligatoria della terna di subappaltatori anche nel settore delle concessioni ai sensi dell'art. 174 del D. Lgs. n. 50/2016.

Questi ultimi due rilievi trovano soluzione proprio nel disegno di legge europea che qui si discute, in quanto le modifiche al Codice proposte mirano appunto a superare le contestazioni mosse dalla Commissione europea.

La Commissione europea ha poi individuato ulteriori contestazioni, confermate nella lettera di costituzione in mora complementare, aventi ad oggetto le disposizioni italiane concernenti, solo per citare le più rilevanti, il divieto generale per i subappaltatori di fare ricorso a loro volta ad altri subappaltatori (subappalto a cascata) e, analogamente, il divieto di sub-avvalimento (ovvero il divieto per il soggetto delle cui capacità

La Commissione europea ha rilevato l'incompatibilità con le direttive europee dell'obbligo per i concorrenti, imposto dall'art. 105 del Codice dei contratti, di indicare, nell'ambito delle procedure sopra soglia comunitaria o, a prescindere dall'importo, a rischio di infiltrazione mafiosa, una terna di subappaltatori. Il disegno di legge europea accoglie tale rilievo ed abroga la disposizione che lo contiene.



l'operatore intende avvalersi, di affidarsi a sua volta alle capacità di un altro soggetto); il divieto per diversi offerenti in una procedura di gara di avvalersi dello stesso soggetto; per il soggetto di cui un offerente intende avvalersi di presentare un'offerta nella stessa procedura di gara e per l'offerente in una procedura di gara di essere subappaltatore di un altro offerente nella stessa procedura di gara.

Tutti i suddetti rilievi, tuttavia, non sono stati presi in considerazione dal Disegno di legge europea.

3. Le proposte di modifica all'art. 105 del Codice

Il Disegno di legge europea 2019 - 2020 prevede, all'art. 8, una serie di modifiche all'art. 105 del Codice, che disciplina l'affidamento di attività in subappalto. Più precisamente, la lettera b) del comma 1 dell'articolo citato prevede in primo luogo l'abrogazione del comma 6⁵ del citato articolo, facendo venir meno l'obbligo per i concorrenti, nell'ambito delle procedure di affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture che siano di importo pari o superiore alle soglie UE o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, dell'indicazione in offerta di una terna di subappaltatori.

Viene in tal modo accolto il rilievo mosso dalla

Commissione UE per cui una disposizione nazionale che obblighi gli offerenti ad indicare sempre tre subappaltatori, anche qualora all'offerente ne occorran meno di tre o non ne occorra neppure uno, violi il principio comunitario di proporzionalità di cui all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24.

La lettera b) del comma 1 dell'art. 8 interviene, inoltre, sul comma 4 dell'art. 105 del Codice, che disciplina le condizioni generali per l'affidamento delle attività in subappalto, previa autorizzazione della stazione appaltante, in base alle quali: a) l'affidatario del subappalto non deve aver partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto; b) il subappaltatore deve essere qualificato nella relativa categoria; c) all'atto dell'offerta devono essere indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture

che si intende subappaltare; d) il concorrente deve dimostrare l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 del Codice. Quest'ultima condizione viene eliminata a seguito dell'abrogazione della lett. d) del comma 4 proposta dall'art. 8, comma 1 lett. b) del Disegno di legge europea.

Inoltre, alla lett. b) del medesimo comma è aggiunto un inciso, in seguito al quale la nuova lett. b) del comma 4 assume il seguente tenore: <<b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa

categoria e non sussistano a suo carico i motivi di esclusione di cui all'articolo 80>>.

L'abrogazione dell'obbligo di indicare la terna di subappaltatori comporta una riscrittura a cascata anche dell'art. 80 del Codice in quanto non può più essere fatto gravare sul concorrente l'onere di dimostrare l'assenza in capo al subappaltatore dei motivi di esclusione ivi previsti. Tale obbligo ricadrà direttamente sul subappaltatore.



5. Art. 105, comma 6. <<E' obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta, qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190. Nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara. Nel bando o nell'avviso di gara la stazione appaltante prevede, per gli appalti sotto le soglie di cui all'articolo 35: le modalità e le tempistiche per la verifica delle condizioni di esclusione di cui all'articolo 80 prima della stipula del contratto stesso, per l'appaltatore e i subappaltatori; l'indicazione dei mezzi di prova richiesti, per la dimostrazione delle circostanze di esclusione per gravi illeciti professionali come previsti dal comma 13 dell'articolo 80>>.

Tali modifiche discendono dalla riscrittura dell'art. 105 nel senso che, dal venir meno dell'obbligo per l'appaltatore di indicare a monte i nominativi dei potenziali subappaltatori, deriva l'eliminazione dell'obbligo in capo all'appaltatore di dimostrare l'assenza di motivi di esclusione dalla procedura riferibili ai subappaltatori. D'altro lato, la necessaria condizione di insussistenza a carico del subappaltatore di motivi di esclusione di cui all'art. 80 deve essere dimostrata direttamente dal subappaltatore e non più dall'appaltatore. Da ciò è discesa la necessità di riscrivere anche l'art. 80, per coordinarlo con la suddetta modifica.

4. Le modifiche proposte all'art. 80 del Codice

Come sopra accennato, essendo venuto meno l'obbligo di indicare la terna di subappaltatori, è stato eliminato l'onere imposto al concorrente di dimostrare l'assenza in capo al subappaltatore dei suddetti motivi di esclusione. In sostanza, spetta al subappaltatore, e non al concorrente, la dimostrazione della assenza a proprio carico dei motivi di esclusione previsti all'articolo 80 del Codice e tale verifica avverrà in fase di esecuzione del contratto, in occasione della richiesta di autorizzazione al subappalto presentata alla stazione appaltante da parte dell'appaltatore. La modifica apportata all'art. 105 impone quindi un coordinamento con le correlate norme contenute nell'art. 80.

Per tale ragione, l'art. 8 del Disegno di legge europea 2019 – 2020 prevede, alla lettera a) del comma 1 una modifica dei commi 1 e 5 dell'art. 80 del Codice, nel senso di limitare la verifica dei motivi di esclusione al solo operatore economico,

e non anche al suo subappaltatore, per i contratti di valore pari o superiore alle soglie UE, o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardanti le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa. Si è

cioè opportunamente eliso il riferimento ad una disposizione (il comma 6) di cui lo stesso disegno di legge europea propone l'abrogazione in altra parte del testo.

In sostanza, le modifiche in commento, che sopprimono, sia all'alinea del comma 1 che a quella del comma 5 dell'art. 80, l'inciso <<anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6>>, fanno venir meno la possibilità che un operatore economico possa essere escluso da una procedura di gara, quando la causa di esclusione riguardi non già l'operatore medesimo, bensì un suo subappaltatore.

5. Le modifiche proposte all'art. 174 del Codice

Le modifiche introdotte per i contratti di appalto per lavori, servizi e forniture dalla lettera b) del comma 1 dell'art. 8 vengono altresì previste per i contratti di concessioni disciplinati dal Codice.

In particolare, la lettera c) del comma 1 dell'art. 8 in esame elimina l'obbligo previsto dall'art. 174,

comma 2, terzo periodo, del Codice, posto in capo alle imprese di grandi dimensioni, di indicare, in sede di offerta, una terna di nominativi di subappaltatori. Si ricorda che il testo vigente prevede tale obbligo in capo agli operatori economici che non siano microimprese, piccole e medie imprese, nell'ambito delle concessioni di lavori, servizi e forniture di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza europea di cui all'art. 35 del Codice. Tale obbligo, secondo la disposizione, non ha portata generale ma è previsto solo nei seguenti casi: a) concessione di lavori, servizi e forniture per i quali non sia necessaria una particolare

specializzazione; b) concessione di lavori, servizi e forniture per i quali risulti possibile reperire sul mercato una terna di nominativi di subappaltatori da indicare, atteso l'elevato numero di operatori che svolgono dette prestazioni.

Le modifiche apportate dal Disegno di legge europea comportano la necessaria soppressione del secondo periodo del comma 18 dell'art. 1 del D.L. 32/2019 (Decreto Sbocca Cantieri) che prevede l'applicazione temporanea, fino al 31 dicembre 2020, di norme analoghe a quelle introdotte dall'art. 8 del Disegno di Legge europea, con conseguente sospensione contestuale dell'efficacia delle vigenti disposizioni in materia.



La Commissione europea, nella più volte citata procedura di infrazione n. 2018/2273, ha ritenuto tale previsione in contrasto con l'art. 42 della direttiva europea sulle concessioni (la n. 2014/23/UE), che prevede che l'indicazione sia, di norma, facoltativa e non obbligatoria. Si legge infatti nella disposizione citata: <<Nei documenti di gara, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore possono chiedere o possono essere obbligati da uno Stato membro a chiedere all'offerente o al candidato di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti della concessione che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti>>. Trattandosi di facoltà e non di obbligo, la norma codicistica interna che impone l'obbligo di indicare una terna di subappaltatori è stata pertanto censurata.

Analogamente a quanto visto per gli appalti, il Disegno di Legge europea 2019 – 2020 propone conseguentemente la riscrittura anche del testo del comma 3 dell'art. 174 del Codice, al fine di sopprimere il riferimento all'obbligo posto in capo ai concorrenti, che non siano piccole e medie imprese, di dimostrare l'assenza dei motivi di esclusione previsti dall'art. 80 del Codice, per i casi contemplati dal comma 2 dell'art. 174, rimanendo in piedi l'obbligo per l'affidatario di provvedere a sostituire i subappaltatori per i quali sia stata dimostrata la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 del Codice.

6. Le altre modifiche proposte dal Disegno di Legge europea 2019 – 2020

Al fine di coordinare le modifiche introdotte nel Codice dall'articolo 8 del Disegno di Legge europea, il comma 2 del medesimo dispone la soppressione di parte della disciplina transitoria relativa al subappalto, recata dall'articolo 1, comma 18 del D.L. 32/2019 che, nelle more di una complessiva revisione del Codice, aveva previsto, in sostanza, l'applicazione temporanea fino al 31 dicembre 2020 di norme analoghe a quelle introdotte dalla

norma in esame, con conseguente sospensione contestuale dell'efficacia delle vigenti disposizioni in materia.

Si rammenta infatti che il secondo periodo del comma 18 dell'art. 1 del D.L. 32/2019, soppresso dalla norma in esame, prevede, fino al 31 dicembre 2020, la sospensione della applicazione:

- del comma 6 dell'articolo 105 del Codice (di cui viene prevista l'abrogazione dalla lettera b), del comma 1 dell'art. 8 fin qui esaminato);
- del terzo periodo del comma 2 dell'articolo 174 del Codice (di cui la lettera c) del comma 1 dell'art. 8 in esame prevede la soppressione);
- delle verifiche in sede di gara previste a carico del concorrente, riferite al suo subappaltatore, dall'art. 80 del Codice (modificato dalla lettera a) del comma 1 dell'art. 8 qui esaminato).

In sostanza l'intervento normativo in esame, che sopprime una parte dell'art. 1, comma 18, del D.L. 32/2019, è solo il frutto

dell'indispensabile coordinamento dell'approvanda Legge europea con l'ordinamento vigente e non comporta di fatto alcuna differenza in termini di efficacia delle norme, considerato che le disposizioni ora soppresse con efficacia immediata già non producevano effetti a causa della sospensione disposta dal Decreto Sblocca Cantieri.

L'ultima modifica proposta dall'art. 8 del Disegno di legge europea sin qui esaminato è riferita al D.M. 192/2017 che disciplina le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero. L'art. 14 del Decreto ministeriale citato stabilisce in materia di subappalto che nell'invito o nel bando, e nel conseguente contratto, debbano essere specificati determinati obblighi a carico del contraente principale, dell'appaltatore e del subappaltatore (comma 1) e che gli eventuali subappalti non possano complessivamente superare il trenta per cento dell'importo complessivo del contratto (comma 2).

L'art. 8 comma 3 del DdL in esame, prevedendo

L'art. 8 comma 3 del Disegno di Legge europea prevede anche l'abrogazione del comma 2 del art. 14 del D.M. 192/2017, che disciplina le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero. In tal modo, si introduce la possibilità per gli eventuali subappalti in questo settore di superare complessivamente il trenta per cento dell'importo complessivo del contratto.



l'abrogazione del comma 2 del suddetto art. 14, introduce invece la possibilità per gli eventuali subappalti di superare complessivamente il trenta per cento dell'importo complessivo del contratto.

In merito, nella Relazione introduttiva al Disegno di legge si legge che la disposizione *de qua* <<comporta una mera abrogazione di una norma regolamentare incompatibile con la disciplina europea, con la conseguenza che non è né necessaria né opportuna un'ulteriore regolazione di dettaglio, rimettendo invece ai singoli documenti di gara la valutazione in concreto di eventuali limiti al subappalto.

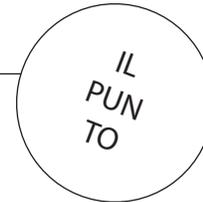
In futuro permane l'autorizzazione già conferita

al Governo a disciplinare la materia (procedure di scelta del contraente ed esecuzione del contratto da svolgersi all'estero, *ndr*) con regolamento>>.

Il comma 4 dell'art. 8, infine, disciplina l'ambito temporale di applicazione delle nuove norme, disponendo che le stesse si applichino alle procedure i cui bandi o avvisi di gara siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore della legge europea, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi.

Il collegio consultivo tecnico nella legge 120/2020: funzioni, composizione e la disciplina delle cause di sospensione dell'esecuzione dei lavori

di Stefano Usai



Premesse

La legge 120/2020, di conversione con modifiche del DL 76/2020 c.d. "Decreto Semplificazioni", entrata in vigore il 15 settembre 2020 conferma sostanzialmente le varie semplificazioni (da attuarsi con deroghe a norme diverse del codice dei contratti) l'impianto stabilito con il decreto legge anche introduce degli specifici "ausili" in passato, per la gran parte, semplicemente facoltativi.

Si allude, con l'inciso appena riportato, alla nomina obbligatoria per i contratti sopra soglia del c.d. collegio tecnico consultivo previsto dall'articolo 6 della legge 120/2020. Il collegio, per opportunità, verrà trattato – per ciò che in questa sede riguarda – con l'analisi dei compiti probabilmente di maggior rilievo ovvero in relazione alle "nuove" discipline (in deroga) di una serie di ipotesi di sospensione dei lavori (art. 5 della legge in commento).

1. Il collegio consultivo

L'articolo 6 prevede il "nuovo" organo, obbligatorio per gli appalti sopra soglia facoltativo in altri casi, costituito dal Collegio consultivo tecnico.

A tal riguardo, il comma 9, dell'articolo 6 in commento, infatti abroga quindi le disposizioni del D.L. n. 32 del 2019 (c.d. sblocca cantieri) che introduceva la disciplina concernente l'eventuale costituzione, la composizione e i poteri del collegio consultivo tecnico.

La previsione sul collegio ha subito, nella fase di conversione dal DL 76/2020, minimi adeguamenti (ad eccezione della modifica apportata al comma 2) di cui si dirà durante la disamina delle competenze, costituzione e compensi.

Il primo comma specifica che fino al 31 dicembre (e quindi per tutta la durata emergenziale presa in

considerazione, ora, dalla legge 120/2020, con il DL 76/2020 il periodo sarebbe dovuto cessare il 31 luglio 2021) il RUP deve preoccuparsi, in relazione a lavori nel sopra soglia (o per importi pari alla soglia comunitaria come chiarita nell'articolo 35 del Codice), della costituzione di un collegio tecnico. Il Collegio ha i compiti previsti all'articolo 5 del decreto - in materia di sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica - e funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso.

In relazione ai termini di costituzione, la norma prevede che il Collegio vada costituito:

- prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre dieci giorni da tale data
- entro il termine di trenta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto-legge 76/2020 avvenuta il 17 luglio 2020 per i contratti la cui esecuzione sia già iniziata alla data di entrata in vigore del presente decreto.

Si segnala quindi che l'obbligo di costituzione, anche per le opere già in fase di esecuzione (a cui è dedicato il secondo periodo del comma in commento), risulta generalizzato, non tenendo conto della fase di esecuzione dell'opera medesima.

La disposizione risulta di particolare rilievo visto che l'omesso ossequio determina violazione di legge ed eventuali "controversie" e/o spese determinate dalla mancata costituzione del collegio (e quindi da una tempestiva/semplice definizione delle varie problematiche) non possono che ricadere sul RUP che se "omette" adempimenti, ai sensi dell'articolo 21 del Codice continua a rispondere anche per colpa grave (e non solo per dolo come accade al RUP che agisce e che non rimane inerte rispetto ai propri compiti).

2. La composizione del collegio

Il collegio è composto da esperti (3/5 componenti) più in particolare la disposizione prevede che il collegio risulti formato secondo le scelte della stazione appaltante che terrà conto,

evidentemente, anche della "complessità dell'opera e di eterogeneità delle professionalità richieste". In questo caso, pertanto, il collegio può essere composto da 5 membri.

Si tratta di soggetti che devono avere particolari requisiti di professionalità/esperienza ed in particolare - secondo un periodo ritoccato in fase di conversione - si deve trattare di soggetti "dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera, tra ingegneri, architetti, giuristi ed economisti con comprovata esperienza nel settore degli appalti delle concessioni e degli investimenti pubblici, anche in relazione allo specifico oggetto del contratto e alla specifica conoscenza di metodi e strumenti elettronici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture (BIM), maturata per effetto del conseguimento di un dottorato di ricerca, oppure che siano in grado di dimostrare un'esperienza pratica e professionale di almeno dieci anni nel settore di riferimento".

Il dossier di studio delle commissioni, precisa che il Building Information Modeling (BIM) per le opere pubbliche in attuazione quanto previsto dal Decreto BIM, previsto dal D.M. n. 560 del 1 dicembre 2017, ha stabilito le modalità e i tempi di progressiva introduzione, da parte delle stazioni appaltanti, delle amministrazioni concedenti e degli operatori economici, dell'obbligatorietà dei metodi e degli strumenti elettronici

specifici, quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture, nelle fasi di progettazione, costruzione e gestione delle opere e relative verifiche.

3. Le modalità di nomina dei componenti

Il secondo ed il terzo comma dell'articolo in commento disciplinano le modalità di nomina dei componenti. Il legislatore privilegia l'accordo tra le parti mentre il presidente dovrebbe essere scelto dai membri individuati dalle parti.

Come ipotesi di chiusura, evidentemente, il legislatore ipotizza il caso del mancato accordo sulla nomina del presidente. In tal caso entro 5

L'articolo 6 della legge 120/2020, prevede il "nuovo" organo, obbligatorio per gli appalti sopra soglia facoltativo in altri casi, costituito dal Collegio consultivo tecnico.



giorni la nomina viene effettuata "dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e Bolzano o dalle città metropolitane per le opere di rispettivo interesse".

Il collegio consultivo tecnico può avviare i propri lavori/attività una volta costituito ed il legislatore puntualizza che lo stesso si intende costituito al momento della designazione del terzo o del quinto componente. All'atto della costituzione è fornita al collegio consultivo copia dell'intera documentazione inerente al contratto. Da notare che sul punto nel dossier che accompagna il decreto legge si auspica un chiarimento sul fatto che il materiale (inerente il contratto stipulato) consegnato potesse essere in pdf o cartaceo. Si ritiene che su tali modalità si possa definire, da parte dello stesso collegio, il corretto modus operandi.

4. Operatività del collegio

Il comma 3 chiarisce che il collegio può agire, secondo totale autonomia, con i normali poteri "inquirenti" sentendo le parti (anche da remoto), e procedere alle audizioni secondo le necessità ravvisate al fine di giungere nel più breve tempo possibile alla definizione della controversia (alla definizione di una soluzione).

Il comma in commento riveste una particolare rilevanza visto che si esprime sulla tipologia degli atti, sui tempi e sulla responsabilità se le decisioni del collegio non dovessero essere ossequiate dai RUP (quasi vanificando gli sforzi di velocizzazione/semplificazione dei processi di esecuzione dei contratti).

In questo senso si chiarisce che le determinazioni del collegio devono essere adottate a maggioranza

dei componenti entro 15 giorni dalla data di comunicazione, da parte del RUP, del quesito. È previsto un supplemento di istruttoria di altri 15 giorni in caso di integrazione della "succinta"

motivazione. Da notare, ossequiando gli obiettivi dei provvedimenti emergenziali che anche in questo caso il legislatore privilegia la velocità delle operazioni. Ciò appare coerente con gli obiettivi di interesse nazionale che con i provvedimenti in parola (il DL 76/2020 prima e la legge 125/2020 poi) ci si è posti ovvero: incentivare gli investimenti e favorire/velocizzare la ripresa economica del Paese nella fase post Covid-19 (rispettivamente art. 1, comma 1 e art. 2, comma 2 della legge 120/2020).

In luogo dei 30 giorni predetti, in particolari situazioni di urgenza – che dovranno essere prospettate dai RUP – il collegio si deve esprimere nei 20 giorni dalla richiesta.

Il dossier di studio delle commissioni, precisa che il Building Information Modeling (BIM) per le opere pubbliche in attuazione quanto previsto dal Decreto BIM, previsto dal D.M. n. 560 del 1 dicembre 2017, ha stabilito le modalità e i tempi di progressiva introduzione, da parte delle stazioni appaltanti, delle amministrazioni concedenti e degli operatori economici, dell'obbligatorietà dei metodi e degli strumenti elettronici specifici, quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture, nelle fasi di progettazione, costruzione e gestione delle opere e relative verifiche.



Le decisioni hanno valenza di lodo arbitrale a meno che le parti, in modo concorde, non decidano diversamente (decisione da esprimere in forma scritta).

5. La responsabilità del RUP

Di particolare rilevanza anche la disposizione sulla responsabilità che, evidentemente, coinvolge il RUP ed il dirigente/responsabile del servizio.

È noto che tra le più importanti novità dei provvedimenti emergenziali vanno sicuramente annoverate le disposizioni che fissano un potenziale danno erariale per il RUP (in caso di ritardata aggiudicazione e/o stipula/avvio del contratto con danni imputabili es. artt. 1 e 2 della legge 120/2020) e per lo stesso dirigente responsabile del servizio per ritardata stipula del contratto (art. 4 della legge 120/2020).

Anche il comma 3 puntualizza che "L'inosservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico viene valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali; l'osservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo".

Si riproduce, in sostanza, il senso della disposizione di cui all'articolo 21 della legge 120/2020 con cui è stata rimodulata la responsabilità amministrativa dei funzionari (in tema di appalto e per gli atti compiuti/o non compiuti durante il periodo emergenziale fino al 31 dicembre 2021) secondo cui il RUP (o altri dirigenti/funzionari interessati dall'appalto) che agiscono, non rimangono inerti rispondono solo per dolo, mentre chi omette di compiere (e da tale condotta, ovviamente si genera un danno, continuerà a rispondere anche per colpa grave).

6. I collegi facoltativi e per funzioni ulteriori

Il comma 4 e 5 prevedono - sempre per assicurare velocità degli adempimenti (e quindi anche la soluzione delle varie problematiche che possono sorgere non solo in fase di esecuzione del contratto) - la possibilità di costituire collegi consultivi facoltativi applicando anche solo in parte le norme predette.

Una prima possibilità - che non andrebbe sottovalutata - è quella di nominare il collegio anche nel sotto soglia. In questo senso, il comma 4 puntualizza che "Per le opere diverse da quelle di cui al comma 1 le parti possono comunque nominare un collegio consultivo tecnico con tutti o parte dei compiti descritti ai commi da 1 a 3. Le parti possono anche stabilire l'applicabilità di tutte o parte delle disposizioni di cui all'articolo 5".

Il successivo comma 5 introduce la possibilità

(facoltà) di costituire un collegio tecnico per risolvere questioni tecniche relative alla fase precedente a quella dell'esecuzione del contratto.

In questo senso, il primo comma della norma citata prevede che "Le stazioni appaltanti, tramite il loro responsabile unico del procedimento, possono costituire un collegio consultivo tecnico formato da tre componenti per risolvere problematiche tecniche o giuridiche di ogni natura suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente alla esecuzione del contratto, ivi comprese le determinazioni delle caratteristiche delle opere e le altre clausole e condizioni del bando o dell'invito, nonché la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, e dei criteri di selezione e di aggiudicazione".

Una sorta di supporto all'ufficio del RUP ed a questi competente una nuova funzione propositiva ovvero quella

di suggerire, nel caso risultasse oggettivamente necessario, la costituzione di un collegio.

Cambia, evidentemente, la modalità di nomina dei componenti - interamente rimessa alla stazione appaltante - mentre, al fine di assicurare oggettività, la nomina del presidente è rimessa al "Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e Bolzano o dalle città metropolitane per le opere di interesse locale".

Uno dei componenti può essere di nomina privata e il ruolo non è incompatibile con il collegio "obbligatorio".

7. Compensi e incompatibilità

I commi 7 e 8 (del comma 9 si è detto sopra) definiscono compensi e numero degli incarichi ricopribili.

In primo luogo, ultimo periodo del comma 7, il compenso dei componenti del collegio grava sul quadro economico dei lavori nella voce

Il comma 4 e 5 prevedono - sempre per assicurare velocità degli adempimenti (e quindi anche la soluzione delle varie problematiche che possono sorgere non solo in fase di esecuzione del contratto) - la possibilità di costituire collegi consultivi facoltativi applicando anche solo in parte le norme predette.



“imprevisti”. E ciò favorisce anche la previsione per i contratti la cui esecuzione risulti già avviata ante provvedimenti emergenziali.

Il comma 7 introduce il concetto di proporzionalità del compenso che deve tener conto, pertanto, del “valore dell’opera, al numero, alla qualità e alla tempestività delle determinazioni assunte”.

Se non vengono assunte determinazioni sul compenso – circostanza da sconsigliare – la disposizione stabilisce l’obbligo dell’erogazione di un gettone “unico onnicomprensivo”.

La norma prevede anche delle penalizzazioni nel caso in cui il collegio non svolga in proprio compiti in modo adeguato ed assicurando continuità di funzioni.

In questo senso, nella disposizione si legge che “In caso di ritardo nell’assunzione delle determinazioni è prevista una decurtazione del compenso stabilito in base al primo periodo da un decimo a un terzo, per ogni ritardo. Il compenso è liquidato dal collegio consultivo tecnico unitamente all’atto contenente le determinazioni, salva la emissione di parcelle di acconto, in applicazione delle tariffe richiamate dall’articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, aumentate fino a un quarto. Non è ammessa la nomina di consulenti tecnici d’ufficio.

Ogni membro del collegio (comma 8) non può ricoprire più di 5 incarichi contemporaneamente né più di 10 incarichi ogni due anni.

Inoltre, “in caso di ritardo nell’adozione di tre determinazioni o di ritardo superiore a sessanta giorni nell’assunzione anche di una sola determinazione, i componenti del collegio non possono essere nuovamente nominati come componenti di altri collegi per la durata di tre anni decorrenti dalla data di maturazione del ritardo”.

Infine, come clausola di chiusura si chiarisce che “Il ritardo ingiustificato nell’adozione anche di una sola determinazione è causa di decadenza del collegio e, in tal caso, la stazione appaltante può

assumere le determinazioni di propria competenza prescindendo dal parere del collegio”.

8. Lo scioglimento del Collegio

Il comma 6 chiarisce la questione dello scioglimento dei collegi. Il collegio facoltativo non crea alcun problema visto che può essere sciolto previo accordo tra le parti e quindi anche prima del termine dell’esecuzione del contratto.

Diversa, ovviamente, è la disciplina dello scioglimento del collegio obbligatorio che viene sciolto solo alla conclusione dell’esecuzione del contratto oppure, dal 31 dicembre 2021, può essere sciolto in qualunque momento ma previo accordo tra le parti.

Diversa, ovviamente, è la disciplina dello scioglimento del collegio obbligatorio che viene sciolto solo alla conclusione dell’esecuzione del contratto oppure, dal 31 dicembre 2021, può essere sciolto in qualunque momento ma previo accordo tra le parti.

9. La sospensione dei lavori e la funzione del Collegio consultivo

La sospensione (così come l’approvazione delle varie fasi progettuali – norma riferita soprattutto ai lavori) è di competenza del RUP. L’articolo 5 della legge in commento prevede una serie di casi in cui – in deroga a quanto disposto dall’articolo 107 del

Codice – è possibile utilizzare la sospensione dei lavori solamente in casi “estremi”, tipizzati dal legislatore dell’emergenza (indicando in questo modo il legislatore della legge 120/2020.

La norma risulta leggermente modificata in fase di conversione come si vedrà più avanti.

Il legislatore, con il comma 1, contingenta (fino al 31 dicembre 2021) la possibilità di sospendere l’esecuzione dell’opera pubblica – norma

che interessa solo il sopra soglia comunitario – in deroga all’articolo 107 per specifici motivi (e per

Il comma 6 dell’articolo 5 chiarisce la questione dello scioglimento dei collegi. Il collegio facoltativo non crea alcun problema visto che può essere sciolto previo accordo tra le parti e quindi anche prima del termine dell’esecuzione del contratto.



il tempo strettamente necessario a superare le problematiche).

La fattispecie delle ipotesi in deroga non riguarda solamente contratti che dovranno essere avviati durante il *range* temporale preso in considerazione ma anche lavori già iniziati.

10. Sospensione per cause previste da leggi penali o da vincoli comunitari

La prima causa disciplinata dall'articolo in commento, comma 1, lett. a) riguarda la sospensione per "cause previste da disposizioni di legge penale, dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea".

Al comma 2 della norma in commento si chiarisce che la fattispecie in parola deve essere disciplinata secondo quanto previsto dal successivo comma 4. Il comma 4 prevede che "Nel caso in cui la prosecuzione dei lavori, (...) non possa procedere con il soggetto designato, nè, in caso di esecutore plurisoggettivo, con altra impresa del raggruppamento designato, ove in possesso dei requisiti adeguati ai lavori ancora da realizzare (parte aggiunta in fase di conversione del DL 76/2020), la stazione appaltante, previo parere del collegio consultivo tecnico, salvo che per gravi motivi tecnici ed economici sia comunque, anche in base al citato parere, possibile o preferibile proseguire con il medesimo soggetto, dichiara senza indugio, in deroga alla procedura di cui all'articolo 108, commi 3 e 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, la risoluzione del contratto, che opera di diritto, e provvede secondo una delle seguenti alternative modalità:

- a) procedere all'esecuzione in via diretta dei lavori, anche avvalendosi, nei casi consentiti dalla legge, previa convenzione, di altri enti o società pubbliche nell'ambito del quadro economico dell'opera;
- b) interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara come risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori, se tecnicamente ed economicamente possibile e alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato;
- c) indire una nuova procedura per l'affidamento del completamento dell'opera;

d) proporre alle autorità governative la nomina di un commissario straordinario per lo svolgimento delle attività necessarie al completamento dell'opera ai sensi dell'articolo 4 del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55. Al fine di salvaguardare i livelli occupazionali e contrattuali originariamente previsti, l'impresa subentrante, ove possibile e compatibilmente con la sua organizzazione, prosegue i lavori anche con i lavoratori dipendenti del precedente esecutore se privi di occupazione."

Per il comma 5, le disposizioni del comma 4 si applicano anche in caso di ritardo dell'avvio o dell'esecuzione dei lavori, non giustificato dalle esigenze descritte al comma 1, nella sua compiuta realizzazione per un numero di giorni pari o superiore a un decimo del tempo previsto o stabilito per la realizzazione dell'opera e, comunque, pari ad almeno trenta giorni per ogni anno previsto o stabilito per la realizzazione dell'opera, da calcolarsi a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto.

Dette disposizioni si applicano anche "per qualsiasi motivo, ivi incluse la crisi o l'insolvenza dell'esecutore anche in caso di concordato con continuità aziendale ovvero di autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa".

La norma, quindi, pone una serie di alternative esigendo però il parere del collegio consultivo tecnico (art. 6 della legge 120/2020).

11. Le norme derogate: artt. 107 e 108, commi 3 e 4, che prevedono:

Art. 107 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50/2016, il quale riconduce la possibilità di sospensione dei lavori alle seguenti fattispecie:

- il direttore dei lavori può disporre la sospensione dell'esecuzione del contratto in tutti i casi in cui ricorrano circostanze speciali che impediscono in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte, e che non siano prevedibili al momento della stipulazione del contratto (comma 1);
- il RUP può disporre la sospensione dei lavori per ragioni di necessità o di pubblico interesse, tra cui l'interruzione di finanziamenti per esigenze sopravvenute di finanza pubblica,

disposta con atto motivato delle amministrazioni competenti (comma 2);

- si provvede alla sospensione parziale dei lavori non eseguibili, qualora, successivamente alla consegna dei lavori, insorgano, per cause imprevedibili o di forza maggiore, circostanze che impediscano parzialmente il regolare svolgimento dei lavori; l'esecutore è tenuto a proseguire le parti di lavoro eseguibili (comma 4);
- sospensioni totali o parziali dei lavori possono essere disposte dalla stazione appaltante per cause diverse da quelle di cui ai commi 1, 2 e 4 (comma 6).

Art. 108, commi 3 e 4 (disposizioni derogate).

- c. 3. Il direttore dei lavori o il responsabile dell'esecuzione del contratto, se nominato, quando accerta un grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da comprometterne la buona riuscita delle prestazioni, invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente, il cui importo può essere riconosciuto all'appaltatore. Egli formula, altresì, la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento. Acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del responsabile del procedimento dichiara risolto il contratto.

- c. 4. Qualora, al di fuori di quanto previsto al comma 3, l'esecuzione delle prestazioni ritardi per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del contratto, il direttore dei lavori o il responsabile unico dell'esecuzione del contratto, se nominato gli assegna un termine, che, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni, entro i quali l'appaltatore deve eseguire le prestazioni. Scaduto il termine assegnato, e redatto processo verbale

in contraddittorio con l'appaltatore, qualora l'inadempimento permanga, la stazione appaltante risolve il contratto, fermo restando il pagamento delle penali.

12. Ragioni di ordine pubblico/salute pubblica incluse le problematiche covid-19

Ai sensi del comma in commento, lett. b), ulteriore causa di sospensione – per cui si opera in deroga alle norme predette - può essere determinata da "gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da COVID-19".

Ai sensi del comma in commento, lett. b), ulteriore causa di sospensione – per cui si opera in deroga alle norme predette - può essere determinata da "gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da COVID-19".



Ai sensi del comma 2, per quanto concerne la disciplina di questa ipotesi, (ed anche la successiva di cui alla lett. d)), si prevede che su determinazione del collegio consultivo tecnico, il RUP, previa proposta della stazione appaltante, da adottarsi entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione allo stesso collegio della sospensione dei lavori, autorizza nei successivi dieci giorni la prosecuzione dei lavori nel rispetto delle esigenze sottese ai provvedimenti di sospensione adottati, salvi i casi di assoluta e motivata incompatibilità tra causa della sospensione e

prosecuzione dei lavori.

In sostanza, solo in caso di assoluta impossibilità i lavori non potranno continuare.

13. I motivi di ordine tecnico senza una precisa volontà delle parti di superare le problematiche

La terza fattispecie, prende in considerazione la sospensione per "gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di

superamento delle quali non vi è accordo tra le parti”.

Sul caso di cui alla lettera c) (aspetti e questioni di ordine tecnico), si introduce la disciplina, per la gestione della causa di sospensione prevista al comma 3 secondo cui nelle ipotesi previste dal comma 1, lettera c), il collegio consultivo tecnico, entro quindici giorni dalla comunicazione della sospensione dei lavori ovvero della causa che potrebbe determinarla, adotta una determinazione con cui accerta l’esistenza di una causa tecnica di legittima sospensione dei lavori e indica le modalità, tra quelle di cui al comma 4, con cui proseguire i lavori e le eventuali modifiche necessarie da apportare per la realizzazione dell’opera a regola d’arte. La stazione appaltante provvede nei successivi cinque giorni.

Il soggetto, in questo caso, messo al centro del procedimento è quindi il collegio tecnico che ha a disposizione le stesse possibilità già viste con il comma 4 ovvero:

La stazione appaltante, previo parere del collegio consultivo tecnico, dichiara senza indugio, in deroga alla procedura di cui all’articolo 108, commi 3 e 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, la risoluzione del contratto, che opera di diritto, e provvede secondo una delle seguenti alternative modalità (che dovranno essere indicate dal collegio tecnico) ovvero:

- a) procedere all’esecuzione in via diretta dei lavori, anche avvalendosi, nei casi consentiti dalla legge, previa convenzione, di altri enti o società pubbliche nell’ambito del quadro economico dell’opera;
- b) interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara come risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l’affidamento del completamento dei lavori, se tecnicamente ed economicamente possibile e alle condizioni proposte dall’operatore economico interpellato;
- c) indire una nuova procedura per l’affidamento del completamento dell’opera;
- d) proporre alle autorità governative la nomina di un commissario straordinario per lo svolgimento delle attività necessarie al completamento dell’opera

ai sensi dell’articolo 4 del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55.

Al fine di salvaguardare i livelli occupazionali e contrattuali originariamente previsti, l’impresa subentrante, ove possibile e compatibilmente con la sua organizzazione, prosegue i lavori anche con i lavoratori dipendenti del precedente esecutore se privi di occupazione.

14. I gravi motivi di ordine pubblico

Per i gravi motivi di ordine pubblico, la relativa disciplina della causa di sospensione viene prevista nel comma 2 già richiamato che nell’ipotesi in parola

prevede che su determinazione del collegio consultivo tecnico di cui all’articolo 6, i RUP, previa proposta della stazione appaltante, da adottarsi entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione allo stesso collegio della sospensione dei lavori, autorizzano nei successivi dieci giorni la prosecuzione dei lavori nel rispetto delle esigenze sottese ai provvedimenti di sospensione adottati, salvi i casi di assoluta e motivata incompatibilità tra causa della sospensione e prosecuzione dei lavori.

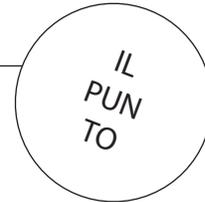
La terza fattispecie, prende in considerazione la sospensione per “gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d’arte dell’opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti”.



Occorre, quindi, eliminare la causa e solo in caso di correlata impossibilità mantenere la sospensione dei lavori.

Avvalimento dei progettisti e avvalimento a cascata: l'Adunanza Plenaria fa chiarezza (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 9 luglio 2020, n. 13)

di Riccardo Gai



1. L'introduzione dell'avvalimento nel nostro ordinamento

L'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nel nostro ordinamento con il d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, in sede di recepimento delle direttive dell'Unione Europea nn. 2004/18 e 2004/17, ed ora disciplinato dall'art. 89 del D. Lgs. n. 50/2016 (Nuovo Codice dei contratti pubblici).

L'avvalimento è un istituto di derivazione comunitaria che permette all'operatore economico che intende partecipare ad una gara ma che non abbia taluni requisiti richiesti dal bando di avvalersi di risorse, mezzi e strumenti di altro operatore economico.

La ratio dell'istituto è quella di ampliare la platea dei possibili contraenti della pubblica amministrazione. Tale obiettivo deve tuttavia essere bilanciato con l'esigenza di garantire alla stazione appaltante un aggiudicatario affidabile, pertanto il prestito di mezzi e risorse da parte dell'ausiliaria a favore

dell'ausiliata deve essere concreto ed effettivo e non soltanto cartolare ed astratto.

Oggi l'articolo 89, comma 1, del Codice dei contratti prevede che: *"l'operatore economico, singolo o raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 84, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche di partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi*

La ratio dell'istituto dell'avvalimento è quella di ampliare la platea dei possibili contraenti della pubblica amministrazione. Tale obiettivo deve tuttavia essere bilanciato con l'esigenza di garantire alla stazione appaltante un aggiudicatario affidabile, pertanto il prestito di mezzi e risorse da parte dell'ausiliaria a favore dell'ausiliata deve essere concreto ed effettivo e non soltanto cartolare ed astratto.



delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste”.

Nel caso di avvalimento “operativo”, cioè di messa a disposizione concreta delle risorse per la partecipazione alla gara da parte dell’impresa ausiliaria, l’Adunanza Plenaria n. 23/2016 ha chiarito che, per determinare l’ambito della nullità del contratto di avvalimento occorre fare riferimento alle regole generali dell’ermeneutica contrattuale, relative alla determinatezza o determinabilità dell’oggetto del contratto di avvalimento.

Dal momento che l’attuale formulazione dell’istituto dell’avvalimento, di cui all’articolo 89 del Codice, riproduce sostanzialmente la formulazione contenuta nella precedente disposizione, occorre sempre compiere l’indagine secondo i canoni enunciati dal codice civile sull’interpretazione complessiva del contratto.

2. Natura e caratteristiche dell’istituto dell’avvalimento nella prassi giurisprudenziale

L’orientamento giurisprudenziale ha fatto prevalere un approccio sostanzialistico e concreto all’istituto dell’avvalimento.

Vi sono infatti numerose sentenze in cui il tema contenzioso riguardava le risorse e i mezzi che l’impresa ausiliaria avrebbe conferito all’impresa ausiliata attraverso il contratto di avvalimento per la durata dell’appalto. Nel caso affrontato dal TRGA Trento, ad esempio, con la sentenza n. 121 del 1/10/2019, non erano stati indicati esaustivamente, attraverso contratto di avvalimento, i mezzi e le risorse messi a disposizione dell’impresa ausiliata.

Ha chiarito la sentenza che “*Il possesso da parte dell’impresa ausiliaria dell’attestazione SOA*

non accompagnato da un contratto che indichi espressamente quali mezzi e risorse vengono messi a disposizione dell’ausiliata non consente che la stazione appaltante possa confidare su un impegno contrattuale certo e vincolante per le proprie aspettative di buona riuscita del servizio.”

Pertanto, tale sentenza ha confermato l’orientamento per il quale l’avvalimento di attestazione non può risolversi in un prestito meramente cartolare del requisito di partecipazione, ma il possesso dei requisiti deve essere soddisfatto concretamente e la pubblica amministrazione deve poter fare affidamento su un impegno contrattuale certo e vincolante per cui, in tal senso, l’avvalimento è ammissibile nei limiti dell’effettiva disponibilità dei mezzi necessari.

Il TAR Campania (sentenza n.51 del 7 gennaio 2020) ha invece affrontato la questione da un punto di vista più “privatistico – contrattuale”, chiarendo taluni aspetti inerenti all’oggetto e alla causa del

contratto ed affrontando la teoria della causa in concreto nel contratto di avvalimento.

Ad avviso del TAR campano, il contratto di avvalimento, trovando compiuta definizione nell’art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, si ritiene un contratto tipico, per cui l’autonomia contrattuale nel caso di specie è inevitabilmente condizionata dagli obiettivi fissati dalla norma e che le parti contrattuali devono perseguire all’atto della stipula del contratto di avvalimento. Pertanto, si tratta di valutare la legittimità della causa nella sua dimensione in concreto, riferita alla specifica procedura di affidamento per cui il contratto viene stipulato.

La causa in concreto del contratto di avvalimento presenta dunque una funzione peculiare, non solamente diretta a colmare il divario del concorrente rispetto ai requisiti di partecipazione,

La causa in concreto del contratto di avvalimento presenta dunque una funzione peculiare, non solamente diretta a colmare il divario del concorrente rispetto ai requisiti di partecipazione, procurandosi risorse finanziarie ed operative di cui lo stesso è carente, ma anche e soprattutto a garantire la stazione appaltante sulla serietà ed affidabilità dell’impresa concorrente e dunque sulla sua idoneità ad eseguire correttamente le prestazioni richieste dalla gara.



procurandosi risorse finanziarie ed operative di cui lo stesso è carente, ma anche e soprattutto a garantire la stazione appaltante sulla serietà ed affidabilità dell'impresa concorrente e dunque sulla sua idoneità ad eseguire correttamente le prestazioni richieste dalla gara. Di qui la necessità di un controllo più penetrante confronti della causa, ed tenere conto della compresenza di più interessi, verificando in concreto se l'operazione negoziale arrechi effettivamente il possesso di quei requisiti tali da garantire l'affidabilità del concorrente in ordine alla corretta esecuzione dell'appalto.

3. L'avvalimento dei progettisti nel d.lgs. 163/2006: l'orientamento della giurisprudenza

L'approdo giurisprudenziale dell'interpretazione del contratto di avvalimento dei progettisti, nel vecchio codice, ha escluso la possibilità che il progettista "indicato" ai sensi dell'art. 53, co. 3, del d.lgs. 163/2006, potesse ricorrere all'avvalimento. L'art. 49, comma 2, D. Lgs. 163/2006, utilizza in proposito l'espressione "concorrente", con la quale si riferisce inequivocabilmente al solo operatore economico che presenta domanda di partecipazione alla gara. Questi, ove voglia ricorrere all'avvalimento, è tenuto a dichiarare ed allegare, unitamente alla domanda di partecipazione, il possesso da parte del soggetto avvalso dei requisiti che, sommati ai propri, integrano la prescrizione del bando.

L'avvalimento, in altri termini, è istituto di soccorso al (solo) concorrente in sede di gara, al quale non può fare legittimamente ricorso altro soggetto che, pur a vario titolo "cooperando" con il concorrente, come è nel caso del progettista da quest'ultimo indicato, non assume però la posizione giuridica dell'offerente, con le responsabilità nei confronti della stazione appaltante che tale posizione comporta ai fini della partecipazione alla gara. Di conseguenza, "va escluso dalla gara il concorrente che si avvale di impresa ausiliaria a sua volta priva del requisito richiesto dal bando nella misura sufficiente ad integrare il proprio requisito di qualificazione mancante" (cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 2.5.2012, n. 2508).

Vero è, infatti, che l'istituto dell'avvalimento risponde all'esigenza della massima partecipazione alle gare, consentendo ai concorrenti che siano

privi dei requisiti richiesti dal bando di concorrere ricorrendo ai requisiti di altri soggetti; tuttavia, l'istituto va letto in coerenza con la normativa comunitaria che è volta sì a favorire la massima concorrenza, ma come condizione di maggior garanzia e di sicura ed efficiente esecuzione degli appalti. Se ne deduce che la possibilità di ricorrere ad ausiliari presuppone che i requisiti mancanti siano da questi integralmente e autonomamente posseduti, senza poter estendere teoricamente all'infinito la catena dei possibili sub-ausiliari.

Va considerato, infatti, che solo il concorrente assume obblighi contrattuali nei confronti della stazione appaltante, tanto che, quando si avvale di un ausiliario, quest'ultimo è tenuto ad obbligarsi verso il concorrente e la stazione appaltante a mettere a disposizione le risorse necessarie di cui è carente il concorrente mediante apposita dichiarazione (art. 49 comma 3, lett. d), in tal modo anche l'ausiliario diventando *ex lege* responsabile in solido con il concorrente in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (art. 49, comma 4).

Come chiarito dalla consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, riguardo ad analoga fattispecie, infatti, "La responsabilità solidale, che è garanzia di buona esecuzione dell'appalto, può sussistere solo in quanto l'impresa ausiliaria è collegata contrattualmente al concorrente, tant'è che l'art. 49 prescrive l'allegazione, già in occasione della domanda di partecipazione, del contratto di avvalimento; tale vincolo contrattuale diretto col concorrente e con la stazione appaltante non sussisterebbe, invece, nel caso in cui si trattasse di avvalimento da parte dell'ausiliario di requisiti posseduti da terzi. Inoltre, l'estensione della categoria di "concorrente" sino a ricomprendere l'ausiliario e/o il soggetto indicato dal concorrente per la progettazione (come nella fattispecie), comportando potenzialmente una catena di avvalimenti di ausiliarie dell'ausiliaria (potenzialmente all'infinito), non consentirebbe un controllo agevole da parte della stazione appaltante in sede di gara sul possesso dei requisiti dei partecipanti" (Cons. di Stato, Sez. III, n. 5161/2012).

Va soggiunto che la deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara è strettamente collegata alla possibilità di avere un rapporto diretto ed immediato con l'impresa

ausiliaria, alla quale l'impresa ausiliata è legata in virtù della dichiarazione di responsabilità resa dalla prima e dalla stipulazione di un contratto, da cui discende una responsabilità solidale delle due imprese in relazione all'intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare: e l'innesto di un ulteriore passaggio tra l'impresa che partecipa alla gara e l'impresa che possiede i requisiti infrangerebbe per certo questo ineludibile vincolo di responsabilità che giustifica il ricorso all'istituto dell'avvalimento ed alla deroga del principio del possesso in proprio dei requisiti di gara.

Orientamento, questo, del tutto consolidato ed anche ribadito dal Consiglio di Stato che – coerentemente con tali principi – ha statuito *“l'ordinamento non consente di avvalersi di un soggetto che a sua volta utilizza i requisiti di un altro soggetto, sia pure ad esso collegato, posto che in tal modo si realizzerebbe una fattispecie di avvalimento, per così dire, <<a cascata>>, non ricavabile come consentita dal predetto art. 49”* (Cons. Stato, Sez. IV, n. 2832/2013). Anche l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici si è conformemente espressa sulla questione, affermando senza possibilità di equivoco che *“dell'avvalimento può servirsi il soggetto che assume la veste di “concorrente” nella gara, mentre il progettista semplicemente “indicato” non riveste tale qualifica; pertanto, l'avvalimento è utilizzabile tra i progettisti raggruppati ma non dal progettista “indicato”* (AVCP, Determinazione n. 2 del 2 agosto 2012 - *L'avvalimento nelle procedure di gara*, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 185 del 09/08/2012).

4. La rimessione all'Adunanza Plenaria

Nonostante, dunque, l'orientamento giurisprudenziale si fosse consolidato nel senso di chiarire l'impossibilità per il progettista indicato di ricorrere all'avvalimento, il Consiglio di Stato ha comunque ritenuto necessario deferire la questione all'Adunanza Plenaria perché si esprimesse, una volta e per tutte, sulla questione.

In particolare, la Sezione V di Palazzo Spada ha rimesso, con ordinanza n. 2331 del 9/4/2020, all'Adunanza Plenaria la questione dell'ammissibilità dell'avvalimento c.d. a cascata. Nel caso di specie, le società hanno partecipato alla gara in forma di costituendo **r a g g r u p p a m e n t o** temporaneo e non rientrando nelle loro attestazioni SOA la qualificazione per le prestazioni di progettazione si sono avvalsi di un progettista esterno, non facente parte del RTI. Tuttavia, quest'ultimo ha presentato un contratto di avvalimento stipulato con un soggetto ausiliario, in quanto ai fini della partecipazione alla gara, il progettista indicato è carente di taluni requisiti tecnici.

Il contratto di avvalimento con detto ausiliario è figurato come illegittimo, perché stipulato da un soggetto esterno al vero concorrente, contro le norme sull'appalto integrato. Ne discende

che il professionista indicato dall'aggiudicataria non possiede autonomamente i requisiti richiesti dal disciplinare di gara.

Per consolidata giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, III, 7 marzo 2014, n. 1072) pur essendo pacifico il carattere generalizzato dell'avvalimento si tratta di un istituto deve essere comunque temperato con l'esigenza di assicurare garanzie idonee

L'istituto dell'avvalimento risponde all'esigenza della massima partecipazione alle gare, consentendo ai concorrenti che siano privi dei requisiti richiesti dal bando di concorrere ricorrendo ai requisiti di altri soggetti; tuttavia, l'istituto va letto in coerenza con la normativa comunitaria che è volta sì a favorire la massima concorrenza, ma come condizione di maggior garanzia e di sicura ed efficiente esecuzione degli appalti. Se ne deduce che la possibilità di ricorrere ad ausiliari presuppone che i requisiti mancanti siano da questi integralmente e autonomamente posseduti, senza poter estendere teoricamente all'infinito la catena dei possibili sub-ausiliari



alla stazione appaltante al fine della corretta esecuzione del contratto. Perciò, la questione sostanziale secondo la sezione remittente consiste nello stabilire se il progettista indicato, nell'accezione e nella terminologia del citato art. 53, comma 3, possa ricorrere a un progettista terzo, utilizzando a sua propria volta l'avvalimento. In sostanza, se vi possa legittimamente essere, per un'offerta in gara, un duplice e consequenziale avvalimento di professionisti. Il citato art. 53, comma 3, D.lgs. n. 163/2006 "stabilisce" che «quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. Il bando indica i requisiti richiesti per i progettisti, secondo quanto previsto dal capo IV del presente titolo (progettazione e concorsi di progettazione), e l'ammontare delle spese di progettazione comprese nell'importo a base del contratto». Se è lo stesso progettista indicato a ricorrere a sua volta a requisiti posseduti da terzi, si avrebbe in sostanza una catena di avvalimenti di "ausiliari dell'ausiliario": il che non solo amplifica la carenza di rapporto diretto verso l'amministrazione appaltante ma è anche di ostacolo a un agevole controllo da parte della stazione appaltante sul possesso dei requisiti dei partecipanti.

Nella stessa prospettiva, la giurisprudenza (cfr., ex multis, Cons. Stato, V, 13 marzo 2014, n. 1251) ha affermato che l'avvalimento è già una deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara, sicché va permesso solo in ipotesi delineate rigorosamente, per garantire l'affidabilità, durante la fase dell'esecuzione, del soggetto concorrente. Ne segue che sarebbe irrinunciabile la sussistenza di un rapporto diretto e immediato tra l'ausiliario e l'ausiliato, legati da vincolo di responsabilità solidale per l'intera prestazione dedotta nel contratto. La fattispecie

di avvalimento a cascata non sarebbe, perciò, permessa, giacché elide quel necessario rapporto diretto tra ausiliaria e ausiliata, così allungando e indebolendo la catena giuridica che lega i vari soggetti, con riflessi effetti evidenti in punto di responsabilità solidale, per il soggetto ausiliato riguardo al soggetto ausiliario munito in via diretta dei requisiti da concedere. Tuttavia, per la giurisprudenza europea l'avvalimento si applica non ai soli concorrenti, ma a tutti gli operatori economici, tenuti a qualsiasi titolo a dimostrare il possesso dei requisiti in gara. Il che ha talora indotto ad optare per orientamento più permissivo (cfr. Cons. Stato, V, 2 ottobre 2014, n. 4929). Per tali motivi, la V Sezione ha rimesso la questione dell'ammissibilità dell'avvalimento.

Secondo la giurisprudenza eurounitaria l'avvalimento si applica non ai soli concorrenti, ma a tutti gli operatori economici, tenuti a qualsiasi titolo a dimostrare il possesso dei requisiti in gara. Il che ha talora indotto ad optare per orientamento più permissivo (cfr. Cons. Stato, V, 2 ottobre 2014, n. 4929). Per tali motivi, la V Sezione ha rimesso la questione dell'ammissibilità dell'avvalimento dei progettisti.

5. La posizione dell'Adunanza Plenaria sull'avvalimento del progettista

È innanzitutto fondamentale affermare che, nonostante la pronuncia dell'Adunanza Plenaria sia intervenuta sulla vecchia disciplina normativa del d.lgs. 163/2006, i principi in essa enunciati sono perfettamente applicabili anche all'attuale assetto normativo, essendo sostanzialmente rimasto immutato.

Per quanto concerne la disamina operata dall'Adunanza Plenaria nella sentenza in commento, dagli atti di gara emerge pacificamente come la nomina del progettista sia stata semplicemente indicata dal raggruppamento aggiudicatario, senza che sia stato prodotto un contratto di avvalimento con il professionista originario. Questo è avvenuto del tutto legittimamente, in quanto la normativa generale e la lex specialis consentivano di utilizzare un professionista esterno, senza la necessità di stipulare con lo stesso un formale contratto di avvalimento.

La sentenza chiarisce che nel caso di specie viene

in rilievo non tanto la questione generale se sia possibile un avvalimento di avvalimento (c.d. "avvalimento a cascata"), bensì se sia legittimo da parte di un professionista indicato, come tale non offerente, avvalersi, con l'esibizione di tale specifica tipologia di contratto, di altro soggetto in possesso dei requisiti di cui egli è sprovvisto.

La Plenaria ritiene che il sistema posto in essere dal raggruppamento aggiudicatario per partecipare alla gara sia illegittimo. L'articolo 3, comma 22, del codice d.lgs. 163/2006 stabilisce infatti che:

«Il termine operatore economico comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi». Pertanto, è naturale concludere che il professionista indicato non rientra nei soggetti legittimati ad utilizzare l'istituto dell'avvalimento, non essendo un operatore economico nel senso voluto dalla disciplina dei contratti pubblici.

Tale situazione non muta neppure nel caso di appalto c. d. integrato, caratterizzato dal fatto che l'oggetto negoziale è unico, nel senso che non vi è una

doppia gara, una per la progettazione e un'altra per l'esecuzione dei lavori, poiché il contratto viene sottoscritto unicamente da chi si è aggiudicato la gara.

Occorre precisare che per la giurisprudenza dell'Unione europea, l'avvalimento si applica non ai soli concorrenti, ma a tutti gli operatori economici, tenuti a qualsiasi titolo a dimostrare il possesso dei requisiti in gara, tuttavia, anche nel diritto dell'Unione il significato di operatore economico non è stato mai esteso alla figura del professionista, che anche in quell'ordinamento ha la stessa connotazione giuridica dell'ordinamento interno, ossia non è operatore del mercato nell'accezione tecnica indicata.

La posizione giuridica del progettista indicato dall'impresa è quella di un prestatore d'opera professionale che non entra a far parte della struttura societaria che si avvale della sua opera, e men che meno rientra nella struttura societaria quando questa formula l'offerta. Rimangono due soggetti separati e distinti, che svolgono funzioni differenti con conseguente diversa distribuzione delle responsabilità.



6. La posizione dell'Adunanza Plenaria sull'avvalimento a cascata

Sin dalle prime applicazioni pratiche dell'istituto dell'avvalimento, la giurisprudenza si è dovuta occupare della sua applicazione generalizzata e dell'ammissibilità della fattispecie in cui il soggetto che 'presta' i requisiti all'impresa ausiliata possa a sua volta avvalersi dei requisiti di altra impresa ausiliaria.

In particolare, va registrato un primo contrasto tra la giurisprudenza interna e quella comunitaria creatosi intorno al significato da attribuire all'art. 49, comma 6, del d. lgs. n. 163 del 2006, in base al quale solo in ipotesi eccezionali e solo qualora il bando di gara lo prevedesse, era possibile l'avvalimento cosiddetto multiplo o plurimo, ossia da parte di più di un soggetto all'interno di un'unica categoria di lavorazione. Era invece vietato l'avvalimento frazionato, ossia la possibilità di cumulare tra concorrente e impresa ausiliaria i singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi. In quel contesto la giurisprudenza interna, diffidando del

nuovo istituto, aveva dato piena applicazione alle limitazioni e ai divieti della norma indicata (Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2011 n. 3565, Sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340; id., 24 maggio 2013, n. 2832; Sez. III, 1° ottobre 2012, n. 5161; Sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439).

In tale contesto la Corte di giustizia europea, con la sentenza 10 ottobre 2013, numero C-94/12 ha affermato che gli articoli 47, par. 2 e 48, par. 3 della direttiva 2004/ 18/CE devono essere interpretati nel senso che ostano a una disposizione nazionale che vieti, in via generale, agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, della capacità di più imprese. In tale sentenza la Corte Europea ha evocato il principio della piena apertura

concorrenziale con quello dell'effettiva messa a disposizione dei requisiti necessari, richiamando il generale obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza.

Successivamente, come è noto, la legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, ha dettato uno specifico criterio di delega per l'avvalimento (criterio di cui all'art. 1, comma 1, lett. zz), in attuazione dell'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE), stabilendo sia l'esclusione della possibilità di fare ricorso al cosiddetto "avvalimento a cascata", sia il divieto che oggetto dell'avvalimento possa essere "il possesso della qualificazione dell'esperienza tecnica e professionale necessarie per eseguire le prestazioni da affidare".

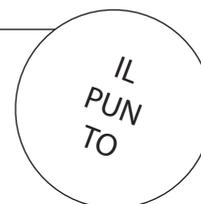
Le disposizioni sono poi state riversate nell'art. 89 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che, al comma 6, vieta espressamente il cosiddetto avvalimento

"a cascata", consentendo invece quello plurimo e frazionato; con possibilità, in via eccezionale, di non consentire l'avvalimento, purché venga indicato nel bando con il rispetto del principio di proporzionalità.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha, dunque, formulato il principio di diritto per cui il progettista indicato ai sensi dell'art. 53 d.lgs. n. 163 del 2006, va qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto e non rientra nella figura del concorrente né tanto meno in quella di operatore economico, nel significato attribuito dalla normativa interna e da quella dell'Unione europea. Non può, pertanto, utilizzare l'istituto dell'avvalimento, sia perché tale istituto è riservato all'operatore economico in senso tecnico sia perché l'avvalimento cosiddetto "a cascata" era escluso anche nel regime del codice previgente.

Il procedimento di annotazione sul Casellario Informativo di ANAC: la segnalazione per un “grave illecito professionale” e la segnalazione per una precedente risoluzione del contratto (anche bonaria).

di Ilenia Pazzini



Premesse

Come, purtroppo, noto a molti operatori economici l'annotazione sul Casellario Informativo di ANAC non incide mai in maniera indolore nella vita dell'impresa, soprattutto se gran parte del fatturato di quell'impresa dipende da commesse pubbliche.

Per tale ragione è fondamentale che gli operatori economici sappiano come comportarsi nel caso in cui subiscano un'esclusione da una gara e un successivo avvio del procedimento di annotazione da parte di ANAC, nonché quali conseguenze può avere un'iscrizione a loro carico sul Casellario Informativo e, nel caso sia possibile, come rendere quelle conseguenze meno "dannose" per l'impresa. L'annotazione riguardante l'esclusione di un'impresa da una gara può avere efficacia interdittiva automatica e quindi impedire, per un periodo di tempo - individuato da ANAC-, la partecipazione alle gare, come nel caso di false dichiarazioni rese in gara.

Ma l'annotazione può anche non avere efficacia interdittiva automatica, in tale caso, lo scopo dell'annotazione è quello di offrire alle Stazioni Appaltanti informazioni utili al fine di stabilire se l'operatore economico è - in quel momento - affidabile o meno e le amministrazioni decideranno volta per volta se ammettere, o escludere l'operatore dalla gara.

1. Il procedimento di annotazione

Prima di entrare nel merito della questione ed analizzare alcuni casi pratici, si ritiene opportuno delineare i caratteri principali del procedimento di annotazione.

La tenuta del Casellario Informativo è disciplinata dal Regolamento per la gestione del Casellario Informativo dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 213, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, approvato con delibera dell'Autorità Nazionale Anticorruzione n. 861 del 02.10.2019 (qui la versione aggiornata: http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/regolamenti/REGOLAMENTOCASELLARIO_3_9_2020.pdf).

Per completezza espositiva si dà atto che il Regolamento è stato da ultimo modificato con decisione del Consiglio del 29 luglio 2020 ed è in vigore, nella versione aggiornata, dall'11 settembre 2020 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il 10 settembre 2020).

Le principali novità riguardano l'introduzione delle annotazioni riguardanti le misure cautelari personali applicate dall'Autorità giudiziaria nell'ambito dei reati di cui all'art. 80, c. 1, d.lgs. 50/2016, nei confronti di persone fisiche che

rivestono, all'interno degli operatori economici, ruoli rilevanti ai sensi dell'art. 80, c. 3, d.lgs. 50/2016.

Tale modifica ha quindi ampliato il ventaglio di informazioni che devono essere iscritte nel Casellario.

Anche alla luce dell'ultima modifica del Casellario Informatico, risulta ancora più evidente la *ratio* della tenuta del Casellario, cioè l'intento di offrire alle Stazioni Appaltanti "una fotografia" aggiornata della situazione in cui si trovano gli operatori economici che partecipano alle procedure ad evidenza pubblica.

La rilevanza dell'iscrizione nel Casellario è presto detta per le annotazioni aventi efficacia interdittiva automatica, come nel caso di annotazione per falsa dichiarazione: se la Stazione Appaltante verificando il Casellario di un partecipante alla gara, rileva un'iscrizione che comporta l'interdizione alla partecipazione, lo esclude automaticamente.

Nel caso in cui l'effetto escludente non sia automatico, ma rimesso alla discrezionalità delle singole Stazioni Appaltanti, l'esclusione sarà eventuale e disposta solo a seguito di un contraddittorio con l'operatore economico. In tali casi infatti la Stazione Appaltante potrà anche decidere che, in base alla specifica notizia riportata e alle misure di *self cleaning* eventualmente adottate dall'operatore economico, non sia opportuno disporre l'esclusione, in quanto l'operatore economico – nonostante abbia subito in passato un'esclusione – sia invece ad oggi affidabile.

Ebbene, in tali casi risulta fondamentale che il *testo* dell'annotazione riporti tutti gli elementi utili (e aggiornati) a definire la situazione in cui si trova l'operatore economico.

È cioè fondamentale che il testo dell'annotazione riporti esattamente ed in maniera oggettiva i fatti che riguardano l'operatore economico al momento dell'iscrizione (che possono essere mutati rispetto a quando la Stazione Appaltante che ha disposto l'esclusione ha inviato la segnalazione ad ANAC).

Per fare in modo che l'annotazione sia il più fedele possibile alla situazione in cui l'operatore economico si trova, sia a tutela delle amministrazioni, sia

dell'operatore stesso, ANAC dopo la trasmissione della segnalazione da parte della Stazione Appaltante deve attivare un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico.

1.1 Contraddittorio, accesso e audizione

Il procedimento di annotazione è disciplinato dalla parte II del Regolamento.

Senza pretesa di analizzare ogni disposizione, si intende qui dare evidenza dei termini e delle modalità in cui ANAC agisce a seguito della trasmissione dell'atto di segnalazione da parte della Stazione Appaltante e del modo in cui l'operatore economico può agire per contribuire (nel caso in cui il procedimento non venga archiviato) alla redazione del testo dell'annotazione nella maniera più neutrale possibile, in modo tale da non pregiudicare *a priori* il giudizio delle Stazioni Appaltanti sulla partecipazione alle gare a cui l'operatore presenterà domanda dopo l'annotazione. Ovviamente tale ragionamento, risulta particolarmente rilevante soprattutto per quelle annotazioni che non hanno efficacia interdittiva automatica e richiedono una valutazione caso per caso da parte delle amministrazioni che si interfaceranno con l'operatore economico a cui carico sussiste l'annotazione.

Come è noto, la Stazione Appaltante trasmette ad ANAC la segnalazione dell'esclusione da una gara al ricorrere dei presupposti integranti violazioni delle disposizioni dei contratti pubblici finalizzate alla individuazione e al rispetto dei requisiti per partecipare alle procedure di gara (es. commissione di gravi illeciti professionali), tale segnalazione è un atto dovuto.

L'articolo 11 del Regolamento stabilisce infatti che, laddove le Stazioni Appaltanti non ottemperino all'onere di segnalazione, entro il termine di 30 giorni dall'esclusione, ANAC avvia un procedimento sanzionatorio proprio nei confronti del soggetto inadempiente.

Le Stazioni Appaltanti sono tenute a trasmettere l'atto di segnalazione (e tutta la documentazione) non solo ad ANAC, ma anche all'operatore economico coinvolto.

In merito all'atto di segnalazione inviato dalla Stazione Appaltante, si specifica che, come ormai pacificamente riconosciuto, non essendosi ancora perfezionata l'annotazione nel casellario

informatico, la sola segnalazione all'Autorità nazionale anticorruzione ai fini dell'inserimento di un'annotazione nel casellario informatico delle imprese si configura come atto prodromico ed endoprocedimentale, come tale non impugnabile poiché non dotato di autonoma lesività, potendo essere fatti valere eventuali suoi vizi, unicamente in via derivata, impugnando il provvedimento finale dell'Autorità, unico atto avente natura provvedimentale e carattere autoritativo (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2019, n. 2069).

A questo punto l'Autorità ha a disposizione 90 giorni entro cui archiviare la segnalazione, ovvero avviare il procedimento.

Ai sensi dell'articolo 13 del Regolamento la comunicazione di avvio del procedimento è effettuata dal dirigente ed è inviata all'o.e. ed al soggetto segnalante e deve contenere:

- a) la segnalazione del fatto che integra un'ipotesi di iscrizione nel Casellario;
- b) la sezione del Casellario in cui sarà iscritta la fattispecie oggetto di comunicazione;
- c) l'indicazione delle norme che impongono l'iscrizione;
- d) gli effetti che derivano dall'iscrizione nel Casellario all'esito del procedimento;
- e) l'invito ad inviare, entro il termine di 30 giorni, memorie e documentazione difensiva e la richiesta di essere auditi dinanzi all'ufficio ai sensi dell'art. 15;
- f) l'ufficio, il nominativo del responsabile del procedimento, con l'indicazione dei contatti per eventuali richieste di chiarimenti e comunicazioni successive;
- g) l'indicazione del termine di 180 giorni per la conclusione del procedimento, decorrente dalla data di avvio del procedimento.

L'operatore economico ha inoltre la possibilità di chiedere l'accesso agli atti ex artt. 21 e ss della L. n. 241/1990, soprattutto nel caso in cui nell'atto di segnalazione o in quello di avvio del procedimento risultino documenti di cui non si conosce il contenuto.

Il procedimento, così delineato, consente all'operatore economico di difendersi - anche conferendo apposito mandato ad un avvocato - conoscendo tutta la documentazione che

ANAC ha a disposizione e sulla cui base disporrà l'annotazione, predisponendo proprie memorie ed ulteriore documentazione in grado di evidenziare all'Autorità gli eventuali cambiamenti nelle more intervenuti; nonché la possibilità di chiedere ad ANAC di essere sentito in audizione.

2. Cosa può valutare ANAC in fase di procedimento di iscrizione

Pare opportuno precisare che la partecipazione al procedimento di iscrizione non consente comunque di sindacare il merito dell'esclusione (o di altra circostanza) che ha dato causa all'iscrizione.

L'unico modo che ha l'operatore economico per contestare la legittimità dell'esclusione è infatti la tempestiva proposizione di un ricorso al TAR competente (o di una causa civile nel caso di contestazione di una risoluzione del contratto).

Come precisato dal Regolamento all'art. 18, ANAC può disporre l'archiviazione del procedimento solo per:

- manifesta infondatezza della segnalazione;
- inconferenza della segnalazione.
-

In fase procedimentale quindi non si potrà chiedere ad ANAC (in quanto essa non si potrebbe pronunciare su tali aspetti) di accertare che la Stazione Appaltante ha errato nel disporre l'esclusione.

L'operatore economico dovrà quindi usufruire del contraddittorio con l'Autorità per evidenziare tutti gli aspetti a proprio favore ed offrire ad ANAC tutti gli aggiornamenti riguardo alla propria situazione e come visto, l'ordinamento offre agli operatori economici tutti gli strumenti per farlo.

Il procedimento, così come strutturato, consente ad ANAC di porre in essere un'istruttoria al fine di giungere ad una annotazione il più possibile fedele alla situazione attuale dell'operatore economico ed offrire alle Stazioni Appaltanti tutte le informazioni necessarie a stabilire se l'operatore economico che presenta offerta o che è risultato aggiudicatario è affidabile e idoneo a contrarre con la pubblica amministrazione.

3. Le annotazioni per gravi illeciti professionali

Tra le ipotesi più ricorrenti di annotazioni senza efficacia interdittiva automatica vi è senz'altro quella dell'accertamento di *"grave illecito professionale"* tale da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico.

Tale causa di esclusione è prevista dall'articolo 80 comma 5 lett. c del d.lgs. 50/2016 e costituisce una delle cause di esclusione in cui le Stazioni Appaltanti hanno un ampio margine di discrezionalità.

Può infatti capitare che la Stazione Appaltante ritenga *"grave illecito professionale"* anche il mero svolgimento di indagini penali nei confronti di soggetti aventi ruoli di gestione o di amministrazione all'interno degli operatori economici che partecipano alle procedure di gara. In questi casi, le amministrazioni fondano la propria istruttoria su provvedimenti che riguardano la fase delle indagini preliminari, sicché molto spesso le notizie che la Stazione Appaltante ha disposizione per valutare l'esclusione derivano da provvedimenti emanati dalle autorità penali che non tengono ancora conto delle difese degli indagati.

Per queste ragioni, in una recente pronuncia del TAR Piemonte è stato specificato che nel caso in cui l'operatore economico sia coinvolto in indagini penali in relazione alle quali non sia stata ancora emessa sentenza definitiva di condanna, la Stazione Appaltante è tenuta ad effettuare una valutazione dello specifico caso in modo particolarmente approfondito.

In tale occasione è stato infatti giudicato che *"è tuttavia evidente come si tratti di una valutazione di estrema delicatezza (per gli effetti di riduzione della concorrenza che comporta e la grave limitazione della libera iniziativa economica del concorrente), rimessa all'attento vaglio della Stazione Appaltante e necessitante, da parte di quest'ultima, di puntuali valutazioni, argomentazioni e riscontri"* (TAR Piemonte, sez. I, 6 ottobre 2020 n. 590).

Ne consegue che anche nell'atto di segnalazione che la Stazione Appaltante trasmette ad ANAC saranno riportati esclusivamente i fatti connessi ad una fase iniziale del procedimento penale, che nel frattempo (al momento in cui ANAC annoterà la notizia sul Casellario) potrebbero essere mutati. In tali casi, soprattutto se il procedimento penale

non è ancora concluso, l'operatore economico, durante il procedimento di annotazione potrà innanzitutto fare presente ad ANAC la fase in cui si trova attualmente il procedimento penale (se è stata formulata l'imputazione, se le misure cautelari inizialmente adottate sono poi state riformate *in melius*, ecc.).

Inoltre, sarà fondamentale evidenziare se l'operatore economico ha nel frattempo adottato delle idonee misure di *self cleaning* dirette a distanziare il proprio operato dal soggetto coinvolto nelle indagini penali, come per esempio: la rimozione del soggetto dalle cariche che ricopriva, il rinnovo degli organi societari, l'avvio di azioni disciplinari o di risarcimento del danno nei confronti di tale soggetto.

Le misure di *self cleaning*, come precisato nelle linee guida ANAC n. 6, valgono infatti per il futuro. Pertanto, anche nel caso in cui la Stazione Appaltante che ha disposto l'esclusione e trasmesso l'atto di segnalazione ad ANAC non le avesse ritenute idonee, ciò non impedirebbe ad altra amministrazione di giudicarle adeguate e ritenere quindi l'operatore economico affidabile.

In conclusione, attraverso il procedimento di annotazione, l'operatore economico è in grado di poter portare all'attenzione di ANAC elementi tali da rendere l'annotazione senza efficacia interdittiva automatica meno *"pericolosa"* in relazione alla futura partecipazione ad altre gare.

4. L'annotazione di una precedente risoluzione del contratto anticipata: anche bonaria?

Tra le circostanze che possono dar luogo ad una annotazione sul Casellario (questa volta interdittiva per tre anni dalla partecipazione alle gare) vi è anche la risoluzione anticipata di un precedente contratto.

L'articolo 80, comma 5 del d.lgs. 50/2016 alla lettera c-ter stabilisce infatti che le Stazioni Appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto *"l'operatore economico (che) abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o*

altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la Stazione Appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa”.

La risoluzione di un precedente contratto risulta quindi una circostanza rilevante ai fini dell'iscrizione nel Casellario ANAC, di conseguenza, la Stazione Appaltante che la dispone deve trasmettere un'apposita segnalazione ad ANAC.

Ci si domanda però se la risoluzione anticipata del contratto "utile" ai fini dell'iscrizione sia solo quella avvenuta per inadempimento ovvero se rilevi una risoluzione anticipata *tout court*, e quindi anche nel caso in cui il contratto tra impresa e amministrazione si sia risolto anticipatamente in via bonaria.

Dalla lettura della disposizione sopra riportata (lett. c-ter), è possibile dedurre che la risoluzione anticipata di un precedente contratto rilevi come causa di esclusione laddove sia stata disposta "per inadempimento". A mente della lettera c-ter infatti subisce le medesime conseguenze anche l'irrogazione di penali nel corso dell'esecuzione del contratto (sanzioni comparabili alla condanna al risarcimento del danno). Di conseguenza, ai fini dell'esclusione di un operatore economico (e quindi dell'invio della segnalazione ad ANAC da parte della Stazione Appaltante) rileva solamente la risoluzione determinata da un inadempimento dell'operatore economico.

4.1 La sentenza del Consiglio di Stato 29 settembre 2020, n. 5722

Tuttavia, anche la risoluzione bonaria di un precedente contratto può incidere (indirettamente) sulla partecipazione ad una futura gara.

Una recentissima sentenza del Consiglio di Stato ha infatti messo in evidenza alcuni aspetti rilevanti per la partecipazione alle gare con riguardo anche ad una precedente risoluzione "bonaria" (Cons. Stato, sez. V, 29 settembre 2020, n. 5722).

Il caso sottoposto all'attenzione del Consiglio di Stato riguarda un provvedimento con cui ANAC, ai sensi degli artt. 80, comma 12, e 213, comma 13, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ha comminato nei confronti di una società la sanzione dell'interdizione dalla partecipazione a gare pubbliche per quindici

giorni, con iscrizione della relativa annotazione nel Casellario informatico e la sanzione pecuniaria di 500,00 euro.

Il provvedimento trae origine da un'esclusione dell'operatore economico per non aver dichiarato una precedente risoluzione contrattuale, l'esclusione per falsa dichiarazione aveva quindi comportato anche la segnalazione ad ANAC e la relativa iscrizione con le sanzioni sopra indicate.

La Stazione Appaltante aveva rilevato la falsa dichiarazione, in quanto era venuta a conoscenza di una risoluzione anticipata del contratto disposta da parte di un altro Comune, non dichiarata in sede di gara da parte dell'impresa.

Dalla ricostruzione in fatto della sentenza, sembra risultare che il Comune che aveva disposto la risoluzione del contratto non aveva provveduto a trasmettere la relativa segnalazione all'Autorità, e che vi abbia dato seguito solo successivamente (circa tre anni dopo) sicché ANAC ha poi avviato entrambi i due procedimenti.

Durante il procedimento per l'iscrizione della risoluzione anticipata del contratto era emerso che il Comune aveva rettificato la portata della delibera di risoluzione, chiarendo la natura consensuale della risoluzione anticipata.

Ed è proprio su tale rettifica (da risoluzione per inadempimento a risoluzione consensuale) che l'operatore economico sosteneva, da un lato, di non essere incorso nella fattispecie prevista (oggi) dall'art. 80 comma 5 lett. c ter.

Dall'altro lato, nel procedimento di annotazione per omessa dichiarazione, l'operatore economico evidenziava l'assenza dei presupposti dell'omessa/falsa dichiarazione di non essere incorso in precedenti inadempimenti contrattuali, in quanto non esistenti.

Ebbene, sempre a quanto risulta dalla ricostruzione in fatto contenuta nella sentenza qui riportata, quanto al primo procedimento, riguardante l'annotazione della precedente risoluzione anticipata, ANAC ha ritenuto di non dover procedere ed ha disposto l'archiviazione.

In tale caso si rientrava infatti esattamente nelle fattispecie previste dall'art. 18 del Regolamento del Casellario ANAC (manifesta

infondatezza/inconferenza della segnalazione), in quanto una risoluzione anticipata del contratto disposta consensualmente non offre notizie utili sull'affidabilità o meno dell'operatore economico; sicché non deve essere riportata sul Casellario.

Per quanto riguarda invece il secondo procedimento, ANAC ha ritenuto sussistenti gli estremi della falsa dichiarazione.

L'operatore economico ha presentato ricorso al TAR Lazio, e poi appello al Consiglio di Stato, proprio avverso tale provvedimento, censurando, tra l'altro, la contraddittorietà rispetto alla decisione di archiviare il procedimento di iscrizione sulla pregressa risoluzione bonaria del contratto. In particolare, l'impresa sosteneva l'insussistenza dell'obbligo di dichiarare la pregressa risoluzione contrattuale, in quanto essa, si era profilata come bonaria sin dall'avvio del relativo procedimento.

Il Consiglio di Stato, recependo già quando affermato in primo grado dal TAR Lazio, ha ritenuto irrilevante che l'amministrazione che aveva disposto la risoluzione del contratto avesse posto in essere nei confronti della società mere contestazioni verbali e riferibili solo a irregolarità e inadempienze, e ha ritenuto quindi non rilevante che le parti contraenti, sin dall'inizio, avessero concordato di addivenire alla soluzione consensuale del contratto.

Infatti la delibera di risoluzione del contratto ha rilevato la *"sussistenza del fatto storico del grave inadempimento"*, in quanto nella stessa è stato dato atto *"... che la risoluzione contrattuale era a seguito di irregolarità e inadempienze contrattuali imputabili alla suddetta Società e tutte ivi dettagliatamente riportate"*, e tale circostanza dev'essere considerata *"dato di fatto e fattore giuridico preciso e inequivocabile, che supera e assorbe quanto informalmente si era verificato in precedenza"* (cfr. sentenza di primo grado TAR Lazio, Roma, sez. I, n. 70/2020).

Inoltre, in linea generale, **"la qualificazione della natura della risoluzione in termini di 'bonaria', o 'amichevole', peraltro anticipando la cessazione naturale del contratto di circa un anno e mezzo, non rileva ai fini dell'illegittimità della mancata esclusione, posto il fatto di inadempimento riscontrato e contestato formalmente"**. Il principio è consolidato (quanto specificamente alla risoluzione

contrattuale composta mediante transazione, tra altre, Cons. Stato, V, 5 marzo 2020, n. 1605; 14 febbraio 2018, n. 956; 20 giugno 2011, n. 3671; III, 13 giugno 2018, n. 3628).

Né tali conclusioni sono suscettibili di essere travolte in considerazione del fatto che il Comune che ha disposto la risoluzione abbia poi rettificato la natura della stessa in risoluzione "amichevole". A parere del Collegio, la rettifica non ha eliminato gli effetti giuridici del primo provvedimento di risoluzione del contratto, tant'è che tale rapporto contrattuale si è comunque sciolto. In altri termini, la rettifica non ha ricostituito il vincolo contrattuale tra le parti, né determinato la ripresa da parte della società appellante dell'esecuzione del servizio oggetto di anticipata risoluzione, dunque non ha eliminato il fatto storico della risoluzione anticipata.

Appurato che esisteva, al momento della partecipazione alla (seconda) gara un provvedimento che aveva rilevato la risoluzione anticipata di un precedente contratto per *"irregolarità e inadempienze contrattuali"*, il Consiglio di Stato si è concentrato sulla configurabilità dell'omessa/falsa dichiarazione.

Nella sentenza in commento è stato specificato che al momento della partecipazione alla (seconda) gara vi era un provvedimento che imputava all'impresa *sic et simpliciter* varie inadempienze contrattuali, richiamando anche la disposizione della *lex specialis* di gara regolante la possibilità di risolvere il contratto in caso di grave inadempimento.

Pertanto, a prescindere di quali potessero essere gli accordi precedentemente intercorsi tra l'Amministrazione comunale e la società, non spettava certamente a quest'ultima, in sede di partecipazione alla (seconda) gara, valutare autonomamente la valenza della precedente risoluzione anticipata, sicché la sua mancata indicazione equivale ad una omessa dichiarazione rilevante ai fini dell'esclusione e della conseguente segnalazione ad ANAC.

Ne discende che l'operatore economico aveva in quel momento un obbligo dichiarativo, in quanto il fatto storico della risoluzione per inadempimento risultava definitivamente accertato.

L'operatore avrebbe senz'altro potuto produrre in sede di gara una dichiarazione nella quale spiegasse le particolarità della precedente risoluzione, al fine

di evitare l'esclusione, ma non poteva, come invece ha fatto, valutare autonomamente la portata della precedente risoluzione.

Tale impostazione non risulta contraddetta dalla successiva valutazione poi resa da ANAC, in base alla quale l'Autorità ha ritenuto che tale risoluzione non dovesse essere annotata nel Casellario.

ANAC ha svolto infatti la propria valutazione dopo la rettifica dell'Amministrazione sulla natura della risoluzione.

La valutazione effettuata da ANAC sulla configurabilità dell'omessa/falsa dichiarazione riguarda infatti:

- un momento procedimentale diverso (la rettifica era stata già effettuata);
- e la tutela di un diverso interesse.

In particolare, ANAC ha in quel caso dovuto valutare il rispetto dei principi di trasparenza, correttezza e completezza dell'adempimento dichiarativo che l'operatore economico deve rendere in sede di gara.

Ebbene, al momento della partecipazione alla (seconda) gara la risoluzione era stata disposta per inadempimento, sicché l'impresa avrebbe dovuto dichiararlo.

Né infine, secondo il Consiglio di Stato, può rilevare in senso contrario il recente orientamento giurisprudenziale sui concetti di omessa, reticente e falsa dichiarazione ex art. 80, comma 5, del d.lgs. 50/2016, in quanto è provato documentalmente che la società, pur essendo destinataria di un provvedimento di risoluzione del contratto per inadempimento (in quel momento non ancora

rettificato), ha dichiarato di non essere incorsa in alcun grave inadempimento nell'esecuzione del contratto.

Sicché resta il fatto che la società si è arrogata un potere di "autovalutazione" in presenza di un atto oggettivamente insuscettibile di attestare il relativo esito.

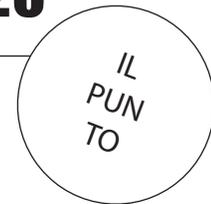
Sempre nella medesima pronuncia è stato anche evidenziato che a nulla rileva che il Comune che ha disposto la risoluzione abbia ritenuto di non trasmettere immediatamente la relativa segnalazione ad ANAC. Con la conseguenza che l'obbligo dichiarativo sussiste in capo all'operatore economico, a prescindere dalla segnalazione dalla annotazione sul Casellario Informatico, soprattutto nel caso in cui la legge di gara chieda espressamente di dichiarare non essere incorsi in determinate cause di esclusione.

La pronuncia appena esaminata evidenzia quindi che anche una risoluzione anticipata, seppure disposta per cause diverse dall'inadempimento dell'operatore economico, può risultare (in via indiretta) rilevante ai fini dell'esclusione.

Ne consegue che è sempre preferibile che l'operatore economico in sede di partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica dichiari espressamente tutte le circostanze che potrebbero rilevare ai fini della propria affidabilità, a prescindere dall'esistenza di un'annotazione sul Casellario, lasciando quindi all'amministrazione precedente l'esercizio del potere di valutazione sulla rilevanza o meno di tali circostanze ai fini della partecipazione alla gara.

Alcune riflessioni circa la corretta applicazione del comma 10-bis, dell'articolo 80, del Codice dei contratti pubblici. Nota a margine della sentenza del Tar Toscana, Sez. III, 19 ottobre 2020

di Giuseppe Totino



Premesse: l'evoluzione normativa e primi orientamenti in tema di estensione della rilevanza dei fatti illeciti

Il decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito in legge del 14 giugno 2019, n. 55 (il c.d. Sblocca Cantieri) ha introdotto con l'art. 1, comma 20, lettera o) della medesima legge di conversione, la novella di cui al comma 10-bis dell'articolo 80 del Codice dei contratti, a mente delle quale [...] *Nei casi di cui al comma 5 [n.d.r. dell'articolo 80 del Codice dei contratti], la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso.*"

L'intervento del legislatore sopra rammentato, invero, era risultato come necessitato in ragione dall'emergere di un contrasto giurisprudenziale in

merito alla portata estensiva dei limiti temporali di rilevanza delle precedenti illeciti professionali in cui un operatore economico poteva essere incorso nell'esercizio della propria attività di impresa.

Tali limiti, originariamente, erano stati rintracciati, in via ermeneutica da parte della giurisprudenza, nel comma 10, dell'art. 80 (nella versione previgente,

per come modificata dal d.lgs. 56/2017), secondo cui *"Se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, ovvero non sia intervenuta riabilitazione, tale durata è pari a cinque anni, salvo che la pena principale sia di durata inferiore, e in tale caso è pari alla durata della pena principale e a tre anni, decorrenti dalla data del suo accertamento definitivo, nei casi di cui ai commi 4 e 5 ove non sia intervenuta sentenza di condanna."*

Il comma 10 bis prevede che "(n)ei casi di cui al comma 5 [n.d.r. dell'articolo 80 del Codice dei contratti], la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza".



La norma anzi citata, tuttavia, sembrava sin da subito essere riferibile alle sentenze emesse in seno ai soli procedimenti penali, da cui ben può scaturire una pena di natura accessoria che stabilisca l'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione e dalla cui stigmata è possibile "riabilitarsi" secondo i

meccanismi penalistici, avendo nulla a che fare con l'incidenza circa l'affidabilità del concorrente per intervenute precedenti risoluzioni contrattuali. Alcuni orientamenti pretori hanno, infatti, sul punto rimarcato come il "comma 10 attiene alla diversa rilevanza della pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la P.A. (limitazione che ben si giustifica con la natura necessariamente temporanea della sanzione afflittiva) e non attiene in alcun modo all'esercizio del potere della P.A. di escludere l'operatore economico, ai sensi del comma 5, lett. c), da una procedura di appalto"¹.

Sotto altro profilo, peraltro, era stato indicato da un filone ben copioso di precedenti², che il termine triennale previsto dall'art. 80, co. 10 (nella versione ante Sblocca-cantieri) era stato pensato solo per le fattispecie di "automatica" incapacità a contrarre di cui al comma 1 dell'articolo 80, e non, per le ipotesi soggette alla valutazione discrezionale della stazione appaltante, come il caso della lett. c-ter) del comma 5 dell'articolo 80 che, invece presuppone che l'Amministrazione svolga una valutazione in concreto della rilevanza del fatto riscontrato ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente dalla

gara. Cionondimeno, si è discettato lungamente se il contenuto del richiamato comma 10 potesse essere esteso anche ai provvedimenti scaturenti risoluzioni contrattuali, attraverso un non del tutto lineare approccio interpretativo che ampliava l'ambito applicativo della norma in parola ai casi di risoluzione, in forza di quanto previsto dall'articolo 57 della Direttiva Appalti³.

Il termine triennale previsto dall'art. 80, co. 10 (nella versione ante Sblocca - cantieri) era stato pensato solo per le fattispecie di "automatica" incapacità a contrarre di cui al comma 1 dell'articolo 80, e non, per le ipotesi soggette alla valutazione discrezionale della stazione appaltante

Un punto definitivo circa l'ambito applicativo del comma 10 dell'articolo 80 del Codice dei contratti⁴, risulta essere stato posto dallo stesso Sblocca cantieri che, novellando la disposizione in parola, ha specificato che i limiti temporali di rilevanza ai fini dell'esclusione di un partecipante ad una gara pubblica ivi recati, sono da intendersi riferiti a specifiche fattispecie di rango penale.

Una volta, dunque, chiarito l'ambito applicativo del comma 10, la giurisprudenza si è potuta dedicare a delineare i contorni del comma 10-bis dell'articolo 80 del Codice dei contratti, da cui abbiamo preso le mosse, la cui corretta applicazione merita uno specifico approfondimento, anche alla luce del recente arresto espresso dal TAR Toscana.

1. Una limitazione triennale è, invero, richiamata dal successivo comma 10, ma attiene alla diversa rilevanza della pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la P.A. (limitazione che ben si giustifica con la natura necessariamente temporanea della sanzione afflittiva) e non attiene in alcun modo all'esercizio del potere della P.A. di escludere l'operatore economico, ai sensi del comma 5, lett. c), da una procedura di appalto (cfr. TAR Roma, 10.04.2019 n. 4729

Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2018, n. 6530, T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 25 gennaio 2019 n. 122).

2. TAR Lazio, Sez. I, 8.2.2019, n. 1695 e 10.4.2019, n. 4729 nonché Cons. Stato, Sez. V, 19.11.2018, n. 6530

3. Vedasi: Cons. Stato, Sez. V, 6.5.2019, n. 2895

4. Articolo 80, comma 10: Se la sentenza penale di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, la durata della esclusione dalla procedura d'appalto o concessione è:

a) perpetua, nei casi in cui alla condanna consegue di diritto la pena accessoria perpetua, ai sensi dell'articolo 317-bis, primo comma, primo periodo, del codice penale, salvo che la pena sia dichiarata estinta ai sensi dell'articolo 179, settimo comma, del codice penale;

b) pari a sette anni nei casi previsti dall'articolo 317-bis, primo comma, secondo periodo, del codice penale, salvo che sia intervenuta riabilitazione;

c) pari a cinque anni nei casi diversi da quelli di cui alle lettere a) e b), salvo che sia intervenuta riabilitazione.

1. L'obbligo dichiarativo ricadente in capo ai concorrenti secondo la giurisprudenza

Non sarà sfuggito ai più come la corretta ermeneutica dell'ampiezza temporale della rilevanza dei pregressi illeciti professionali rintracciabili in capo ad un concorrente, debba essere raccordata con l'obbligo dichiarativo imposto dall'articolo 80, co. 5, lett. c) e c-bis), cui è ancorata la sanzione espulsiva prevista dalla lett. f-bis) del medesimo Codice dei contratti.

È opportuno rammentare che sul punto la giurisprudenza ha ampiamente ritenuto che l'individuazione tipologica dei gravi illeciti professionali avesse 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 permultis, Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 586; id. 25 gennaio 2019, n. 591; id. 3 gennaio 2019, n. 72; id., sez. III, 27 dicembre 2018, n. 7231), se stimata idonea a metterne in dubbio l'integrità e l'affidabilità.

Tale conclusione (verisimilmente agevolata dal tenore testuale aperto della lettera c) del comma 5 dell'art. 80: "tra questi rientrano"), è rimasta anche dopo la modifica dell'art. 80, comma 5, realizzata con l'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 previsione di portata generale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 luglio 2019, n. 5171).

È evidente che, in siffatta prospettiva, gli obblighi informativi decampano dalla logica della mera strumentalità, diventando obblighi finali, dotati di autonoma rilevanza: dal che 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 sé⁵.

In questo quadro, si è interpretato l'ultimo inciso l'art. 80, comma 5, lett. c), nel senso di attribuirgli il tenore di una norma di chiusura, che impone agli operatori economici di portare a conoscenza della stazione appaltante tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, anche non costituenti cause tipizzate di esclusione (Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2018, n. 3592; id. 25 luglio 2018, n. 4532; id. 19 novembre 2018, n. 6530; id., sez. III, 29 novembre 2018, n. 6787).

A fronte di tal corrente, si è tuttavia, 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, sez. V, 22 luglio 2019, n. 5171; id. 3 settembre 2018, n. 5142).

Il TAR Toscana sembra propendere decisamente in favore di tale ultimo approccio ermeneutico.

Un 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, sez. V, 22 luglio 2019, n. 5171; id. 3 settembre 2018, n. 5142).



5. Consiglio di Stato, sez. V, 09.04.2020 n. 2332 ord.

2. La posizione del Tar Toscana

Per cercare di far chiarezza sulla corretta applicazione del comma 10 bis dell'articolo 80, del Codice dei contratti, appare utile, quindi, ragionare della recente sentenza emessa dalla Sezione III, emessa il 19 ottobre 2020, n. 1227, per mezzo della quale il Collegio fiorentino si è espresso chiaramente circa l'estensione oggettiva della norma e, quindi, sulla portata applicativa del termine triennale di rilevanza ivi stabilito.

Il Giudice toscano ha rammentato dapprima che *"(i)n base ad un recente orientamento giurisprudenziale che il Collegio condivide – per tutte le circostanze che possono dar luogo ad un grave illecito professionale rilevante ai sensi dell'art. 80, comma 5 deve ritenersi operante un limite triennale di rilevanza temporale, decorrente dalla data di accertamento definitivo del fatto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2020, n. 1605; Id., 6 maggio 2019, n. 2895; 5 agosto 2020, n. 4934; cfr. anche T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 9 marzo 2020; T.A.R. Toscana, sez. III, 8 luglio 2019, n. 1044)"*.

Aggiunte il citato TAR che *"In caso contrario, infatti, l'obbligo dichiarativo generalizzato ricavabile dall'art. 80, comma 5 lett. c) (ora c-bis) – che impone agli operatori economici partecipanti ad una gara di portare a conoscenza della stazione appaltante tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, anche non costituenti cause tipizzate di esclusione – potrebbe rilevarsi eccessivamente oneroso per i concorrenti, imponendo loro di dichiarare anche vicende professionali risalenti nel tempo o scarsamente significative in relazione alla vita professionale dell'impresa (Cons. Stato, V, 22 luglio 2019, n. 5171)"*.

Il Collegio fiorentino mostra pertanto di propendere per la necessità di porre un argine agli obblighi informativi incombenti sui concorrenti, sollevandoli dall'onere dichiarativo relativo a fatti di scarsa rilevanza oppure ormai del tutto datati più di tre anni a ritroso dalla data di pubblicazione della gara.

Il TAR rinviene, quindi, le fondamenta ermeneutiche del limite generale di operatività temporale non solo dal generale principio di proporzionalità, ma direttamente dall'art. 57, § 7 della Direttiva 2014/24/UE, che ha fissato in tre anni dalla data del fatto la rilevanza del grave illecito professionale.

Infatti - si rammenta che - *"il Consiglio di Stato, nel parere n. 2286/2016 del 26 ottobre 2016, reso con riferimento alle Linee guida ANAC n. 6/2016, ha affermato la diretta applicazione nell'ordinamento nazionale della previsione di cui all'art. 57, § 7, dopo aver ribadito che la Direttiva è munita di efficacia diretta c.d. verticale nell'ordinamento interno – ha ritenuto che l'esclusione del concorrente non potesse derivare da fatti costituenti gravi illeciti professionali, quali la risoluzione per inadempimento di un precedente contratto, commessi ante triennio, periodo da computarsi a ritroso dalla data del bando (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 1605/2020 cit.; Id., 21 novembre 2018, n. 6576)"*.

Tali premesse hanno costituito l'occasione per il TAR Toscana per individuare nell'ordinamento giuridico interno la norma nazionale capace di rendere direttamente cogente, senza la necessità di predicare l'applicazione diretta della

Direttiva europea, un limite temporale di rilevanza coerente con la disposizione comunitaria, identificandola con l'articolo 80, co. 10-bis, del Codice dei contratti.

Il Giudice toscano ha rammentato dapprima che "(i)n base ad un recente orientamento giurisprudenziale che il Collegio condivide – per tutte le circostanze che possono dar luogo ad un grave illecito professionale rilevante ai sensi dell'art. 80, comma 5 deve ritenersi operante un limite triennale di rilevanza temporale, decorrente dalla data di accertamento definitivo del fatto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2020, n. 1605; Id., 6 maggio 2019, n. 2895; 5 agosto 2020, n. 4934; cfr. anche T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 9 marzo 2020; T.A.R. Toscana, sez. III, 8 luglio 2019, n. 1044)".



Il TAR, infatti, ricorda che "secondo alcune recenti pronunce giurisprudenziali, il limite triennale di rilevanza del fatto astrattamente configurabile come grave illecito professionale sarebbe stato recepito dal comma 10 bis dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, ove si stabilisce che "... Nei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza ..." (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 5 agosto 2020, n. 4937; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 11 maggio 2020, n. 4917)".⁶

3. Conclusioni

Le brevi considerazioni anzi esposte meritano, d'altro verso, di essere ricordate con quanto predicato con l'Adunanza Plenaria n. 28 agosto 2020, n. 16 che ha individuato le coordinate ermeneutiche degli oneri dichiarativi ricadenti in capo ai concorrenti ad una gara pubblica.

La citata Plenaria ha sancito 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 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".

Se, pertanto, in ragione di quanto indicato dal supremo Consesso Amministrativo, l'amministrazione "è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo" anche con riferimento alle omesse dichiarazioni, non è altrettanto chiaro

se sia automaticamente irrilevante un fatto che sia datato più di tre anni dalla pubblicazione del bando di gara, come sembrerebbe indirizzare il TAR Toscana.

Se, infatti, si desse piena applicazione a quanto indicato dal Giudice toscano, unitamente a quanto indicato dalla Adunanza Plenaria, gli operatori sarebbero, da un lato, del tutto esonerati dall'obbligo dichiarativo di fatti risalenti a più di tre anni dalla pubblicazione del bando e, dall'altro, l'omissione di informazioni ricadenti nel triennio precedente non

Se, infatti, si desse piena applicazione a quanto indicato dal Giudice toscano, unitamente a quanto indicato dalla Adunanza Plenaria, gli operatori sarebbero, da un lato, del tutto esonerati dall'obbligo dichiarativo di fatti risalenti a più di tre anni dalla pubblicazione del bando e, dall'altro, l'omissione di informazioni ricadenti nel triennio precedente non comporterebbe di per sé la sanzione espulsiva del concorrente, dovendo l'amministrazione in ogni caso procedere ad un sindacato circa la rilevanza del fatto in termini di affidabilità.



6. Medesimo approdo si rinviene nella DELIBERA N. 464 DEL 27 MAGGIO 2020 dell'ANAC.

comporterebbe di per sé la sanzione espulsiva del concorrente, dovendo l'amministrazione in ogni caso procedere ad un sindacato circa la rilevanza del fatto in termini di affidabilità.

Il sovrapporsi di tali due circostanze, ove contestualmente sussistenti in una fattispecie concreta, svilirebbe completamente il contenuto prescrittivo della lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, che, essendo ormai etichettata come norma *"di 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", troverebbe limitatissimo spazio applicativo, con la conseguenza di riattribuire ai concorrenti la facoltà di scegliere cosa dichiarare e cosa scientemente omettere, trincerandosi dietro la propria valutazione di irrilevanza, dietro, pertanto, un proprio filtro valutativo, in spregio al filone giurisprudenziale finora prevalente.

Sarà quindi onere della futura attività interpretativa pretoria, restituire dignità alla sanzione espulsiva di cui alla lettera f-bis), del comma 5, dell'articolo 80, individuando i casi sussumibili nel concetto di residualità.

Legge semplificazioni: La polizza della responsabilità civile propria della Stazione appaltante. E' possibile assicurare anche la responsabilità personale dei propri dipendenti?

di Sonia Lazzini



Premessa

L'attuale articolo 32, al comma 8, del codice dei contratti così 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"

C'è un importante precedente ed è in materia sanitaria con l'articolo 10 della LEGGE 8 marzo 2017, n. 24 Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, che così recita: "(Obbligo di assicurazione).

1. Le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private devono essere provviste di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera, ai sensi dell'articolo 27, comma 1-bis, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, anche per danni cagionati dal personale a qualunque titolo operante presso le strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche e private, compresi coloro che svolgono attività di formazione, aggiornamento nonché di sperimentazione e di ricerca clinica. (...) Le strutture di cui al primo periodo stipulano, altresì, polizze assicurative o adottano altre analoghe misure per la copertura della responsabilità civile

verso terzi degli esercenti le professioni sanitarie (...)".

Nella norma che ci interessa, il legislatore, per ora, parla di facoltà e non di obbligo; nella realtà ci sono molte stazioni appaltanti che sono già assicurate sia per la responsabilità civile da comportamento (danni materiali) sia per la responsabilità civile da provvedimento (perdite patrimoniali o meglio sarebbe indicarle come pecuniarie)

L'obiettivo di questo articolo è di capire l'importanza fondamentale del carattere diretto della responsabilità della PA intesa come apparato, della sua assicurabilità e dell'eventuale possibilità di assicurare, con lo stesso contratto, anche la responsabilità personale del proprio organico.

In questa sede ci occuperemo solo della polizza relativa ad un'attività provvedimentale le cui condizioni di polizza sembrano essere, non sempre, del tutto adeguate alle reali esigenze delle Stazioni appaltanti; l'attenzione del Rup deve essere peraltro massima, anche per evitare eventuali interventi da parte della Corte dei Conti.

La Consulta (sentenza numero 2 dell'11 marzo 1968) ci insegna che:

<per la responsabilità dello Stato. Essa s'accompagna a quella del "funzionari" e del "dipendenti" nell'art. 28 della Costituzione e nei principi della legislazione ordinaria>.

E quindi da qui partiremo.

1. Articolo 28 della Costituzione: la responsabilità propria della PA intesa come apparato

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.

Andiamo a leggere alcune parti dei verbali dei lavori di allora:

- All'aspirazione della giustizia noi dobbiamo ispirarci, ed a tali principi si ispira la nostra Costituzione; la quale, appunto con la tutela dei diritti e degli interessi, con l'assicurazione della responsabilità personale dei pubblici impiegati, tende a realizzare il nostro ardente anelito di giustizia che, secondo la divina promessa, sarà certamente appagato.
- Insisto nella affermazione, evidentemente non valutata nella formulazione, che ormai da tempo la giurisprudenza della Corte Suprema, anche a Sezioni Unite, ha riconosciuto in pieno che lo Stato deve rispondere del fatto del proprio dipendente; e che ne risponde, come poc'anzi ho accennato, non per colpa indiretta del committente, e cioè per colpa institoria, ma per fatto proprio; in quanto lo Stato, non essendo persona fisica, ma ente morale, non può agire ed essere impegnato se non a mezzo e per fatto dei propri organi, e cioè dei suoi dipendenti. Onde, quando questi mancano e danneggiano i terzi per errore o per dolo, è lo Stato stesso che ha mancato e danneggiato e che deve riparare.

- Questo articolo rappresenta una notevole conquista nel piano costituzionale. Afferma un principio ormai maturo nella coscienza nazionale e un progresso importante nel campo del diritto pubblico. L'articolo consta di due elementi fondamentali: 1°) la responsabilità personale del funzionario; 2°) la garanzia, che vorrei dire sussidiaria, dello Stato, in ordine alle omissioni o agli atti dei funzionari in dispregio delle leggi penali, civili e amministrative.
- È lo Stato, sono gli enti pubblici che sono direttamente responsabili; ciò non toglie che verso lo Stato e verso gli enti pubblici possano essere a loro volta responsabili, per il fatto proprio materiale o per la loro omissione, i dipendenti. Ma responsabili nei confronti dei terzi saranno lo Stato e gli enti pubblici.

Ed ancora è la Consulta ad aiutarci a chiarire la portata della disposizione costituzionale per quanto concerne i rapporti fra le responsabilità dei singoli operatori pubblici e la Pubblica amministrazione intesa come apparato

Nel pensiero della Corte Costituzionale, sentenza numero 123 del 6 luglio 1972 scopriamo che:

<<Il richiamo all'art. 28 della Costituzione, per desumerne, premessa l'equivalenza tra responsabilità "diretta" e responsabilità "personale", l'assoluta inderogabilità di quest'ultima, dovendo prevalere in ogni caso il principio di legalità sul principio di autorità, non è richiamo idoneo a sostenere l'assunto di incostituzionalità.

Infatti, l'art. 28 non generalizza ma espressamente riconduce il concetto di responsabilità a quanto dispongono le leggi penali, civili e amministrative: cioè, come questa Corte ha ritenuto con la sentenza n. 2 del 1968, la norma "rinvia alle leggi ordinarie, che codesta responsabilità disciplinano variamente per categorie o per situazioni". Ciò, analogamente a quanto dispone l'art. 97, comma secondo, della Costituzione nel comprendere le "responsabilità proprie dei funzionari" come elementi essenziali ai singoli ordinamenti dei pubblici uffici.

Il rinvio alle leggi ordinarie significa, pertanto, rinvio alla disciplina positiva cui è assoggettata, nelle leggi stesse, la responsabilità soggettiva dei funzionari e dei dipendenti, anche in considerazione di regole particolari, che, in deroga alle regole comuni, determinino il contenuto ed i limiti di detta responsabilità.

Come precisato nella suindicata sentenza di questa Corte, la disciplina dei limiti può essere variamente individuata anche per categorie di soggetti o per speciali situazioni.>>.

2. L'applicazione dell'articolo 2043 cc e la responsabilità oggettiva della Stazione appaltante per la giurisprudenza europea

Già nel 1999, (con la famosa sentenza n. 500) le Sezioni Unite Civile della Cassazione, nell'aprire al risarcimento del danno da interessi legittimi, avevano evidenziato come il giudice dovesse fare una "valutazione della colpa, non del funzionario agente (da riferire ai parametri della negligenza o imperizia), ma della P.A. intesa come apparato".

Si può affermare che la Cass. Civ., Sez. Un., 22 luglio 1999 n. 500 ha modificato il precedente tradizionale orientamento, affermando che non è più invocabile il principio secondo il quale la colpa della struttura pubblica sarebbe *in re ipsa* nel caso di esecuzione volontaria di atto amministrativo illegittimo (cfr. anche Cass., sez. I civ., 22 febbraio 2008 n. 4539), poiché tale principio, enunciato dalla giurisprudenza con riferimento all'ipotesi di attività illecita, per lesione di un diritto soggettivo, secondo la tradizionale interpretazione dell'art. 2043 c.c., non è conciliabile con la lettura di tale disposizione svincolata dalla lesione di un diritto soggettivo; e l'imputazione non può quindi avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa, ma il giudice deve svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente (da riferire ai parametri della negligenza o imperizia), ma della P.A. intesa come apparato, che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi, e che il giudice può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità.

La pubblica amministrazione intesa come apparato, risponde, anche davanti al giudice amministrativo, per i fatti illeciti ex art. 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 quindi alcuna distinzione sui gradi della colpa.

Ma vi è di più.

Quanto alla colpa in materia di responsabilità da annullamento di provvedimenti di aggiudicazione di mancato affidamento di appalti pubblici e concessioni non si richiede venga acclarata, tramutandosi tale elemento, da componente soggettiva della responsabilità, come tale oggetto di necessario accertamento ancorché temperato dalle speciali regole presuntive da anni elaborate dalla giurisprudenza amministrativa in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Amministrazione, in elemento quasi oggettivo, *rectius*, irrilevante, la responsabilità, negli appalti pubblici, configurando piuttosto un modello di responsabilità di tipo oggettivo, sganciato dall'elemento soggettivo, e coerente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio (sul punto T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III, 3/7/2019, n. 8665; nonché T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, 3/06/2019, n.7132 sulla scia della giurisprudenza della Corte di Giustizia e dell'Adunanza Plenaria: Corte di Giustizia, Sez. III, 30 settembre 2010, C-314/09, Stadt Graz; in termini cfr. Cons. di Stato, Ad. Plen. n. 2 del 2017; Consiglio di Stato, Sez. V, 2 gennaio 2019, n. 14; Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 aprile 2019, n. 2429).

Nella citata sentenza, la Corte di giustizia affermava il principio secondo cui la direttiva 89/665/CEE, in tema di procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, "osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad avere un risarcimento (...) al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità di far valere le proprie capacità individuali, e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata".

La Corte ha ritenuto che gli Stati membri non possono subordinare la concessione di un risarcimento al riconoscimento del carattere colpevole della violazione della normativa sugli appalti pubblici commessa dall'amministrazione aggiudicatrice; in definitiva, secondo la Corte di Giustizia l'accertamento, a fini risarcitori, della

responsabilità di una pubblica Amministrazione per violazione del diritto comunitario deve prescindere da qualsiasi forma di colpevolezza.

Attenzione però: la responsabilità oggettiva della Stazione appaltante è riferibile alle controversie relative all'aggiudicazione non anche a quelle in sede di esecuzione.

Ancora una considerazione: in tutti gli altri casi, al di fuori cioè dell'aggiudicazione di contratti pubblici, valga il seguente principio: "affinché possa affermarsi che ci si trovi innanzi ad un danno risarcibile occorre che si pervenga al positivo riscontro dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa in capo all'amministrazione, intesa come apparato." (Consiglio di Stato decisione numero 6541 del 27 ottobre 2020).

Detto questo, un principio però è di importanza fondamentale qualora la Stazione appaltante, come nel caso che ci occupa, rivesta il ruolo sia di Contraente che di Assicurato, affinché la polizza sia adeguata, non deve sussistere alcuna limitazione ai gradi della colpa assicurata.

3. La norma di riferimento è l'articolo 1917 del codice civile

Necessità di ordine pubblico, impongono, per una corretta gestione della res pubblica, in virtù del combinato disposto fra l'articolo 97 della Costituzione e concesso dall'articolo 1917 cc, di predisporre adeguate assicurazioni con la Stazione appaltante nella duplice figura di Contraente ed Assicurato.

Non dimentichiamoci infatti che per l'Art. 97 della nostra Costituzione "I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione".

Il nostro legislatore, in sede di redazione del codice civile ha deciso che l'Assicurazione della responsabilità civile dovesse avere uno specifico spazio, ed infatti l'articolo 1917 così dispone: "Nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i

danni derivanti da fatti dolosi".

Importante è notare che non ci sono limitazioni ai gradi della colpa; ne restano ovviamente esclusi i fatti dolosi stante la volontarietà da parte del danneggiante delle relative conseguenze che farebbero venir meno il carattere aleatorio, necessario a distinguere i contratti di assicurazione.

Poter trasferire all'assicuratore il rischio che la PA debba pagare ad un terzo di tasca propria l'eventuale risarcimento del danno ingiusto, diminuisce anche le possibilità che, per un debito fuori bilancio, si faccia intervenire la Corte dei Conti per responsabilità da danno erariale cd indiretta.

4. Oggetto dell'assicurazione di una polizza di Responsabilità Civile Terzi per perdite patrimoniali

Per la responsabilità da provvedimento la definizione di perdite patrimoniali è la seguente: il pregiudizio economico subito da terzi che non sia conseguenza di Danni Materiali

Questo è un oggetto dell'assicurazione adeguato: "La Società si obbliga a tenere indenne l'Assicurato di quanto questi sia tenuto a pagare a titolo di risarcimento, quale civilmente responsabile a norma di legge per le perdite patrimoniali cagionate a terzi in conseguenza di un evento dannoso di cui l'Ente debba rispondere in relazione allo svolgimento dell'attività dei suoi compiti istituzionali e all'erogazione di servizi propri, delegati, trasferiti, complementari e sussidiari."

Questo è un oggetto dell'assicurazione NON adeguato.

"Fermo restando tutte le condizioni ed i termini stabiliti dalle norme contrattuali disciplinati dalla presente polizza, l'assicurazione terrà indenne l'Assicurato, quale organo della Pubblica Amministrazione, nei casi in cui:

a) l'Assicurato sia tenuto a risarcire al terzo danneggiato le Perdite Patrimoniali derivanti da atti od omissioni **commessi con colpa lieve** nell'esercizio dell'attività istituzionale da parte di uno o più dei Dipendenti;

(...) restando inteso e convenuto tra le parti che gli Assicuratori saranno obbligati solo ed in quanto sia stata accertata con sentenza definitiva del tribunale competente la sussistenza della Responsabilità

Civile dell'Assicurato per fatto commesso da taluno dei Dipendenti, oppure della Responsabilità Amministrativa o Responsabilità Amministrativa-Contabile di uno o più dei Dipendenti con sentenza definitiva della Corte dei Conti.

Art. 24 – Rischi esclusi dall'Assicurazione.

L'Assicurazione **non vale** per i Sinistri relativi a:

a) le responsabilità, accertate con provvedimento definito dell'autorità competente, che gravino personalmente su qualsiasi Dipendente **per colpa grave** e per Responsabilità Amministrativa o Amministrativa Contabile”.

L'inadeguatezza di una tale scelta sta proprio nella nostra precedente analisi relativa alla normativa sulla responsabilità civile della PA intesa come apparato e su quella specifica del proprio organico.

5. I diversi tipi di stazioni appaltanti e l'applicazione dei relativi contratti collettivi

Per tutte quelle Stazioni appaltanti che sono Amministrazioni aggiudicatrici vale un principio fondamentale: i propri dipendenti, in caso di responsabilità civile per danno ingiusto (ex art 2043 cc.) non rispondo per colpa lieve.

Questo importante principio deriva da queste disposizioni contenute nel Decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3 - Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato -, sia all'articolo 22 a norma del quale "L'impiegato che, nell'esercizio delle attribuzioni ad esso conferite dalle leggi o dai regolamenti, cagioni ad altri un danno ingiusto ai sensi dell'art. 23 è personalmente obbligato a risarcirlo”.

Sia nell'articolo 23 dove viene sancito che "É danno ingiusto, agli effetti previsti dall'art. 22, quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso per dolo o per colpa grave”.

Queste norme sono anche applicabili a tutti i dipendenti degli Enti locali in virtù del Decreto Legislativo 18 Agosto 2000, N. 267 - Testo Unico Delle Leggi Sull'ordinamento Degli Enti Locali.

(...)

”Art. 93 - Responsabilità patrimoniale.

1. Per gli amministratori e per il personale degli enti locali si osservano le disposizioni vigenti in materia di responsabilità degli impiegati civili dello Stato”.

Perchè ne parliamo in occasione delle problematiche relative alla stipula di polizze di Responsabilità Civile delle Stazioni appaltanti?

La ragione sta nelle disposizioni dei vari contratti collettivi delle (sole) amministrazioni aggiudicatrici a norma dei quali tali Enti non possono pagare la polizza relativa alla responsabilità personale dei propri dipendenti, se non per colpa lieve.

Ma una tale polizza, come ben si può comprendere, avrebbe un rischio nullo, in quanto queste persone non possono essere imputate per colpa lieve.

E quindi?

Quindi, l'unica polizza che un'Amministrazione aggiudicatrice può legittimamente pagare per coprire la responsabilità dei propri dipendenti è quella dei progettisti, come sancito dall'articolo 24, comma 4 del codice dei contratti a norma del quale "Sono a carico delle stazioni appaltanti le polizze assicurative per la copertura dei rischi di natura professionale a favore dei dipendenti incaricati della progettazione. Nel caso di affidamento della progettazione a soggetti esterni, le polizze sono a carico dei soggetti stessi.”.

Libertà invece per le altre Stazioni appaltanti.

Ancora un'osservazione.

Nella bozza di regolamento al codice dei contratti, viene, nuovamente, introdotta la polizza per i verificatori; attenzione perché nella norma primaria del codice dei contratti non vi è traccia di un suo eventuale obbligo; pertanto per la sua attuazione bisognerà attendere una modifica esplicita della legislazione specifica.

6. Una "bizzarra" clausola di polizza:

In alcuni capitolati, si legge la seguente clausola.

”Le somme anticipate dalla Società all'Assicurato devono considerarsi, fino alla definizione degli eventuali giudizi di responsabilità o rivalsa e, comunque, fino alla prescrizione delle azioni esperibili, mere anticipazioni gravanti sul bilancio dell'Assicurato come debito, con obbligo restitutorio

nei confronti della Società nei limiti del danno erariale accertato in sentenza che dovrà essere pagato dai Dipendenti/Amministratori”.

Soffermiamoci su
Corte dei Conti della Lombardia - Sentenza n. 135 del 29 luglio 2016.

“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.”

Corte dei Conti della Lombardia _Sentenza n. 171 del 3 luglio 2019.

“L’Assicurazione pagherebbe in via esclusiva il sinistro al terzo danneggiato, senza oneri sulla Azienda sanitaria e, a catena, senza possibili rivalse giuscontabili”

Da un’attenta lettura, si ben capisce che la clausola riportata non soddisfa i criteri di adeguatezza in quanto condizional’operatività della polizza a circostanze completamente estranee alla lesione dell’interesse legittimo nonché postume rispetto all’evento che le provoca.

7. Se la responsabilità coperta è quella propria della Stazione appaltante, non vi può essere la rivalsa dell’assicuratore

Questa clausola non è adeguata.

Rinuncia alla surrogazione

Salvo il caso in cui il danno sia dovuto **a dolo o colpa grave** accertata con sentenza passata in giudicato dei soggetti di seguito indicati, la Società rinuncerà al diritto di surrogazione nei confronti degli amministratori e dipendenti del Contraente nonché delle persone delle quali si avvale nello svolgimento della propria attività.

In caso di polizza a copertura della responsabilità propria della Stazione appaltante, non vi può essere rivalsa nei confronti dei dipendenti della stessa in quanto, come specificato nei punti precedenti, la responsabilità è propria e non per fatto altrui.

8. In caso di corresponsabilità (ex art 2055 cc) la polizza deve coprire, per intero, la richiesta di danni

Come noto, il danneggiato da più persone, può rivolgersi a chi vuole dei corresponsabili e farsi pagare l’intero risarcimento.

Ricordiamo la norma di cui all’articolo 2055 del codice civile: “Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno. Colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall’entità delle conseguenze che ne sono derivate”.

La clausola di polizza che copre questa possibilità viene denominata Vincolo di solidarietà questa è adeguata:

“Resta convenuto e stabilito che, fermi restando gli altri termini, limiti, articoli e condizioni contenuti nella polizza o ad essa aggiunta, in caso di responsabilità solidale dell’Assicurato con altri soggetti, gli Assicuratori risponderanno di quanto dovuto dall’Assicurato, fermo il diritto di regresso nei confronti di altri Terzi responsabili”.

Questa non è adeguata:

“L’Assicurazione vale esclusivamente per la personale responsabilità dell’Assicurato. In caso di responsabilità solidale dell’Assicurato con altri soggetti, la Società risponderà soltanto per la quota di pertinenza dell’Assicurato stesso”.

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. III, 2/11/2020, n. 6760

Sono inammissibili le regolarizzazioni postume in ordine alla regolarità contributiva

“La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è costante e pacifica nel senso dell’inammissibilità di regolarizzazioni postume di irregolarità previdenziali ed assistenziali (ex multis, III Sezione, sentenza n. 5034/2017).

Si è, in particolare, posto in evidenza che “La citata sentenza Cons. Stato, Ad. plen., n. 6/2016 ha confermato l’indirizzo per cui non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, perché l’impresa dev’essere in regola con l’assolvimento degli obblighi previdenziali e assistenziali fin dalla presentazione dell’offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell’obbligazione contributiva: principio già espresso da Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8, non superato dall’art. 31, comma 8, d.-l. 21 giugno 2013, n. 69, Disposizioni urgenti per il rilancio dell’economia, convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, relativa al c.d. “preavviso di DURC negativo”. Infine, “nelle gare di appalto per l’aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all’aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell’esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità” (Cons. Stato, Adunanza Plenaria 20 luglio 2015 n. 8)” (Consiglio di Stato Sezione V 19 febbraio 2019 , n. 1141).”

Consiglio di Stato, Sez. V, 26.10.2020, n. 6534

“non potendo assumere rilievo a fini escludenti, la risoluzione contrattuale anteriore al triennio non può neanche formare oggetto di obbligo dichiarativo assistito da sanzione (potenzialmente) espulsiva”

“ ... va ricordato che, sul pianto sostanziale, la condivisibile giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha posto in risalto come il grave illecito professionale consistente nella risoluzione anticipata di un precedente contratto con l'amministrazione assuma valore a fini escludenti entro il limite temporale del triennio dalla data del fatto, “vale a dire dalla data di adozione della determinazione dirigenziale di risoluzione” (Cons. Stato, V, 21 novembre 2018, n. 6576, maturata sulla disposizione dell'art. 80, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, come modificata dal d.lgs. n. 56 del 2017, oggi confluita nel suddetto art. 80, comma 10-bis; nello stesso senso, cfr. Cons. Stato, V, 6 maggio 2019, n. 2895; 13 dicembre 2019, n. 8480; in relazione all'art. 57, par. 7, direttiva 2014/24/Ue, cfr. Cgue, 14 ottobre 2018, causa C-124/17, pur relativa al diverso illecito concernente le intese anticoncorrenziali) Da ciò consegue che, non potendo assumere rilievo a fini escludenti, la risoluzione contrattuale anteriore al triennio non può neanche formare oggetto di obbligo dichiarativo assistito da sanzione (potenzialmente) espulsiva: si giungerebbe altrimenti al paradosso di poter escludere il concorrente che non abbia comunicato una circostanza di suo inidonea a determinarne l'esclusione; al contrario, già in termini generali la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha affermato - valorizzando l'elemento normativo della fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-bis), d.lgs. n. 50 del 2016 - che “le informazioni omesse devono essere quelle «dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione»”

Consiglio di Stato, Sez. III, 26.10.2020, n. 6530

Sull'obbligo di mantenere i requisiti per tutta la durata del procedimento e successivamente alla sua conclusione

“... il provvedimento sanzionatorio è stato adottato dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte e dopo la seduta di gara dedicata alla verifica dei requisiti di ammissione.

È, invero, ius receptum in giurisprudenza il principio – declinato in diretta coerenza con l'obbligo di mantenere i requisiti per tutta la durata del procedimento e successivamente alla sua conclusione (Cons St., VI, 25 settembre 2017, n. 4470) – secondo cui sussiste, in capo ai partecipanti alle procedure d'appalto della Pubblica amministrazione, l'obbligo di comunicare a quest'ultima, nel corso della gara, tutte le vicende, anche sopravvenute, attinenti allo svolgimento della propria attività professionale, al fine di consentire alla stazione appaltante di valutare l'eventuale incidenza di tali precedenti sulla reale affidabilità, morale e professionale, dei concorrenti (cfr. ex multis, Cons. St. 16 dicembre 2020, n. 8514; Cons. St., III, 13 giugno 2018, n. 3628).”

Consiglio di Stato, Sez. V, 19.10.2020, n. 6308

La presenza di alcune voci di prezzo nel computo metrico non estimativo delle migliorie costituisce violazione del principio di separazione dell'offerta tecnica da quella economica

“... Il secondo, complesso, motivo di gravame critica la sentenza per avere fatto erronea applicazione del principio di separazione tra offerta tecnica ed economica, nell'assunto che la presenza di alcune voci di

prezzo nel computo metrico non estimativo delle migliori, inserite per mero refuso, non consentiva alla Commissione di conoscere l'entità del ribasso, né l'offerta economica; ... il divieto di commistione tra offerta economica ed offerta tecnica costituisce espressione del principio di segretezza dell'offerta economica, ed è posto a garanzia dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'art. 97 Cost., sub specie della trasparenza e della par condicio tra i concorrenti; ciò in quanto la conoscenza di elementi economici dell'offerta da parte della Commissione aggiudicatrice può essere di per sé potenzialmente idonea a determinare un condizionamento, anche in astratto, da parte dell'organo deputato alla valutazione dell'offerta, alterandone la serenità ed imparzialità valutativa; di conseguenza nessun elemento economico deve essere reso noto alla Commissione prima che questa abbia reso le proprie valutazioni sull'offerta tecnica (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 29 aprile 2020, n. 2732)."

TAR Lazio, Roma, Sez. III quater, 16/10/2020, n. 10559

Sulla possibilità di utilizzare il contratto "ponte" nelle more dell'attivazione della convezione quadro

"In alternativa si può applicare l'art. 9, comma 3 bis del d.l. 24.04.2014, n. 66 (convertito, con modificazioni, in legge 23.06.2014, n. 89), ai sensi del quale "le Amministrazioni pubbliche obbligate a ricorrere a Consip o altri altri soggetti aggregatori ai sensi del comma 3 possono procedere, qualora non siano disponibili i relativi contratti di Consip o dei soggetti aggregatori di cui ai commi 1 e 2 e in caso di motivata urgenza, allo svolgimento di autonome procedure di acquisto dirette alla stipula di contratti aventi durata e misura strettamente necessaria".

Si tratta dei c.d. contratti ponte, per i quali, in ogni caso, occorre bandire apposita procedura, con le necessarie tempistiche e la messa in campo di un impegno organizzativo gestionale il più delle volte sproporzionato rispetto alla natura transitoria dell'affidamento."

Consiglio di Stato, Sez. V, 13/10/2020, n. 6168

Il principio di rotazione non trova applicazione nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l'operatore economico mediante una procedura che non preveda una preventiva limitazione del numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione

"Va infatti confermato, in relazione al caso in esame, il principio (espresso, da ultimo, nei precedenti di Cons. Stato, III, 4 febbraio 2020, n. 875 e V, 5 novembre 2019 n. 7539) per cui il principio di rotazione non trova applicazione nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l'operatore economico mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione del numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione (ad esempio, attraverso inviti); in pratica, trattandosi di principio posto a tutela della concorrenza, lo stesso non opera "quando il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione" (cfr. Linee-guida Anac n. 4 del 2016, p.to 3.6, nella versione adottata con delibera 1° marzo 2018, n. 206)."

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 569 del 1 luglio 2020
PREC 79/20/S**

Non risulta conforme alla normativa di settore l'aver impostato la procedura di affidamento diretto "mediato" ex art. 36, comma 2, lett. b) d.lgs. 50/2016 alla stregua di una procedura negoziata

"CONSIDERATO che l'art. 36, comma 2, lett. b), d.lgs. 50/2016 e s.m.i. prevede ora che "per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'art. 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati";

CONSIDERATO che l'affidamento come sopra descritto deve oggi intendersi quale procedura negoziata semplificata a differenza di quanto previsto alla lettera a) del comma 2 dell'art. 36 in cui l'affidamento diretto deve intendersi puro;

RILEVATO che, nel caso di specie, risulta che la stazione appaltante abbia impostato la propria procedura di gara come una negoziata, pur richiamando le previsioni dell'art. 36, comma 2, lettera b) d.lgs. 50/2016 e s.m.i. che invece descrive un affidamento diretto mediato da un confronto competitivo informale. Che la procedura bandita nel caso di specie, ancorché semplificata, mantiene quindi le regole della procedura negoziata, tant'è che negli atti di gara predisposti si fa riferimento alle tipiche modalità di svolgimento di una procedura negoziata; ... Il Consiglio Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante non sia conforme alla normativa di settore."

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 571 1 luglio 2020
PREC 93/2020/F**

"L'irregolarità concernente la cauzione provvisoria è suscettibile di essere sanata attraverso l'esercizio del potere di soccorso istruttorio"

"... l'Autorità ha più volte affermato che l'istituto trova applicazione con riferimento ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione stessa, purché la cauzione prodotta sia già stata costituita alla data di presentazione dell'offerta e decorra da tale data, onde scongiurare la violazione del principio di par condicio (Delibera n. 372 del 17 aprile 2019; Delibera n. 339 del 28/03/2018; Bando-Tipo n. 1/2017); l'orientamento dell'Autorità è in linea con la giurisprudenza che ha riconosciuto come invalidità sanabile ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 la mancanza ovvero la presentazione di una cauzione provvisoria di importo insufficiente, incompleto o deficitario rispetto a quello richiesto dalla lex specialis (ex multis: Cons. Stato, sez. V, 16/01/2020, n. 399);"

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 584 8 luglio 2020
PREC 96/2020/L-PB**

"L'incompleta sottoscrizione che non preclude la riconoscibilità della provenienza dell'offerta e non comporta un'incertezza assoluta sulla stessa, è un vizio sanabile mediante il soccorso istruttorio e non è idoneo a cagionare l'immediata ed automatica estromissione dalla procedura selettiva"

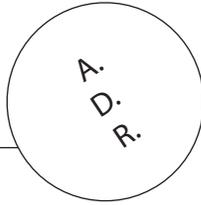
"... la Stazione appaltante, reputando la cartella zip una semplice "busta" non ha considerato equivalente la sottoscrizione di quest'ultima alla sottoscrizione del suo contenuto, di conseguenza ha escluso il concorrente... sia l'Autorità sia la giurisprudenza, hanno affermato il principio secondo cui «nelle gare pubbliche la funzione della sottoscrizione dell'offerta è quella di renderla riferibile al presentatore, vincolandolo all'impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulti in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell'Amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni puramente formali delle prescrizioni di gara» (delibera ANAC n. 46 del 22 gennaio 2020, precedenti pareri e giurisprudenza ivi citata, nonché determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015); l'interpretazione della clausola "a pena di esclusione" collegata alla sottoscrizione della documentazione tecnica – clausola peraltro attuativa della prescrizione di cui all'art 48, comma 8 del d.lgs. 50/2016 - debba essere riferita, nell'ottica di quanto sopra esposto, ai casi di difetto totale di sottoscrizione dell'offerta o incertezza assoluta circa la sua provenienza (cfr. delibera n. 46 cit.);"

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 588 8 luglio 2020
PREC 127/2020/L**

"Dichiarazioni sostitutive – Sottoscrizione – Firma autografa anziché firma digitale – Equipollenza della sottoscrizione – Condizioni"

"Ai sensi del combinato disposto dell'art. 38, comma 2, del D.P.R. n. 445/2000 e dell'art. 65, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 82/2005, non costituisce motivo di esclusione la presentazione della manifestazione di interesse e delle dichiarazioni richieste dalla lex specialis con sottoscrizione avente effetti equipollenti alla firma digitale, come la sottoscrizione autografa corredata da documento di identità del dichiarante (fattispecie relativa alla presentazione di dichiarazioni con firma autografa anziché con firma digitale richiesta nell'avviso pubblico). In questo caso, infatti, la funzione della sottoscrizione di rendere riferibile l'atto al suo autore e di fargli assumere le responsabilità connesse a quanto dichiarato è stata assolta."

A Domanda Rispondiamo



1

Relativamente agli incentivi per le funzioni tecniche ex art. 113 del codice è legittimo che l'Amministrazione sempre nel limite massimo del 2% destini al fondo risorse finanziarie secondo due diverse misure percentuali una per il personale e l'altra per l'acquisto di beni e strumentazioni?

Dalla lettura dell'art. 113 comma 2 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. emerge che le Stazioni Appaltanti destinano ad un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2% modulate sul valore degli appalti posti a base di gara.

Ciò significa che le stazioni appaltanti possono, con appositi regolamenti, fissare percentuali di aliquote anche inferiori al 2% in ragione dell'importo dei lavori o servizi da affidare ma, si ritiene che debba essere unica il cui 80% è da destinare al personale e il restante 20% all'acquisto di beni strumentali.

2

Gli incentivi per funzioni tecniche sono applicabili agli accordi quadro?

L'articolo 113 del d.lgs. n. 50/2016 prevede che siano destinati degli incentivi in favore dei dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici, a fronte dello svolgimento di determinate attività finalizzate alla conclusione di appalti di lavori, servizi e forniture, in deroga al principio di onnicomprensività della retribuzione. Si tratta di risorse correlate allo svolgimento di prestazioni professionali specialistiche offerte da personale qualificato in servizio presso l'amministrazione pubblica.

L'accordo quadro ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 50 del 2016 è un accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, il cui scopo è stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, con particolare riferimento a prezzi e quantità previste. I magistrati contabili della Lombardia, con la deliberazione n. 110/2020 hanno precisato che, ove oggetto dell'accordo quadro è una delle attività previste dal legislatore (lavori, servizi e forniture), per le quali sia stata effettuata a monte una procedura di gara e i relativi incentivi sono individuati nel quadro economico di ogni singolo contratto affidato per mezzo dell'accordo quadro in questione, non sussistono motivi ostativi all'applicazione dello strumento degli incentivi anche a tale schema negoziale.

3

L'INPS può sempre contestare alle stazioni appaltanti obbligate solidali debiti contributivi e premi assicurativi, per i periodi e per i lavoratori di rispettiva competenza?

La norma di cui all'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, è stata oggetto di molteplici interventi riformatori (da ultimo, tale norma è stata modificata dalla L. n. 92/2012) e quindi dal D.L. n. 25/2017. Nel testo attualmente vigente, la disposizione recita:

“Il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento. Il committente che ha eseguito il pagamento può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali”. L'obbligazione del committente, pur avendo carattere accessorio, non può essere considerata né sussidiaria né eventuale, rientrando, invece, nell'alveo di un'obbligazione solidale strictu sensu. Il regime della responsabilità solidale è escluso solo per i committenti non imprenditori; e nel caso in cui il committente sia una Pubblica Amministrazione, in forza dell'art. 9, comma 1, legge n. 99 del 2013 mentre sembrerebbe operante per le società partecipate da enti pubblici. Ne consegue che - tranne che per i rapporti sorti nel periodo compreso tra il 2012, anno in cui la l. 92 aveva introdotto il c.d. beneficium excussionis, ed il 2017, allorquando il D.L. 25 ha abrogato la predetta disciplina - oggi i lavoratori ed Enti possono liberamente scegliere di agire direttamente in giudizio nei soli confronti del committente e di chiedere direttamente nei suoi confronti il pagamento di quanto loro dovuto dall'appaltatore.

Resta, ovviamente, la possibilità per il

committente che abbia pagato quanto dovuto in luogo dell'appaltatore di agire in via di regresso nei confronti di quest'ultimo secondo le regole generali.

4

In caso di pubblicazione di indagine di mercato, i requisiti di partecipazione devono essere posseduti al tempo della presentazione delle manifestazioni di interesse o alla scadenza delle offerte?

Nel caso in cui l'Amministrazione Aggiudicatrice ricorra a una procedura negoziata preceduta dalla pubblicazione di un avviso di indagine di mercato con richiesta agli operatori economici interessati di presentare una manifestazione di interesse ai fini di un eventuale invito successivo alla procedura, la giurisprudenza ha rilevato che «la c.d. fase di prequalifica, costituisce una fase preliminare, prodromica alla gara vera e propria, mediante la quale la stazione appaltante si limita a verificare la disponibilità del mercato e, quindi, ad individuare la platea dei potenziali concorrenti da invitare alla procedura di affidamento in senso proprio mentre solo in fase di presentazione delle offerte è necessario provare in concreto la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale in capo ai soggetti invitati» (Cons. Stato, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3344). Pertanto, fatta salva una diversa previsione nella lex specialis, l'operatore economico non è tenuto a possedere i requisiti al tempo della manifestazione di interesse.

5

Il servizio di stampa, imbustamento e archiviazione digitale delle fatture in pdf relative ai consumi degli utenti fruitori del servizio può essere affidato col criterio del prezzo più basso?

Il Codice dei Contratti pubblici, coerentemente con i principi e criteri direttivi previsti dalla legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 per l'attuazione delle direttive sugli appalti pubblici del 2014, accorda una tendenziale preferenza al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo; tale scelta, come osservato dalla giurisprudenza, risponde alla necessità di selezionare le offerte non solo da un punto di vista economico ma anche sul piano qualitativo, in funzione del perseguimento degli obiettivi di politica sovranazionale relativi al miglioramento tecnologico, ad un più efficiente utilizzo delle risorse energetiche e alla tutela delle condizioni economiche e di sicurezza del lavoro (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 8 del 2019). L'art. 95 comma 4 lett. B) del codice prevede che possa essere utilizzato il criterio del minor prezzo per l'affidamento di servizi con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera. Per servizi con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato devono intendersi tutti quei servizi che, per loro natura, sono strettamente vincolati a precisi ed inderogabili standard tecnici o contrattuali e per i quali non vi è alcuna reale necessità di far luogo all'acquisizione di offerte differenziate. Pertanto, ove il capitolato Speciale d'appalto contenga un'analitica descrizione dell'attività da espletarsi, definendo anticipatamente e in maniera dettagliata le modalità di espletamento e gli standard prestazionali è consentito l'utilizzo del minor prezzo purché ne sia data adeguata motivazione (Cfr. *Delibera ANAC n. 1208 del 18 dicembre 2019*).

6

Un sistema dinamico di acquisizione prevede forme di pubblicità?

Le stazioni appaltanti che intendono utilizzare questo strumento, pubblicano un avviso di indizione di gara, precisando che si tratta di un sistema dinamico di acquisizione (art. 55 c.6 d.lgs. 50/2016).

Si tratta di un procedimento interamente elettronico specifico per acquisti di uso corrente, le cui caratteristiche, così come generalmente disponibili sul mercato, soddisfano le esigenze delle stazioni appaltanti, ed è aperto per tutto il periodo di efficacia a qualsiasi operatore economico che soddisfi i criteri di selezione. Può essere diviso in categorie definite di prodotti, lavori o servizi sulla base delle caratteristiche dell'appalto da eseguire (art. 55 d.lgs. 50/2016). Per l'aggiudicazione di appalti specifici, in cui tutti i partecipanti ammessi sono invitati a presentare un'offerta, vengono seguite le norme della procedura ristretta, nonché quelle contenute nella documentazione di gara.

7

Per gli affidamenti diretti di importo compresi da 40.000 a 75.000 euro, le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di pubblicare un avviso sui risultati della procedura di affidamento. Quali sono i contenuti di tale avviso?

Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con Parere n. 735 del 24/09/2020 ha precisato che detto avviso pubblico potrà essere sostituito dalla determina in forma semplificata di cui all'art. 32, comma 2 del d.lgs. 50/2016, e potrà avere dunque i medesimi contenuti, ossia: l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti. In aggiunta ai suindicati contenuti, detto avviso (o la determina a contrarre in forma semplificata) dovrà riportare l'indicazione dei soggetti invitati, così come previsto dall'art. 1. Comma 2, della Legge 11 settembre 2020 n. 120.

8

Il servizio contratti pubblici presso il Mit sostituisce la piattaforma Anac di cui all'art. 73 c.4 del d.lgs. 50/2016, e il suo utilizzo può equivale all'assolvimento degli obblighi di pubblicità in ambito nazionale?

Il Ministero delle infrastrutture e dei Trasporti ha già chiarito con i pareri n. 622 del 10.02.2020 e n. 614 del 23.01.2020 che la piattaforma in questione assolve agli obblighi di cui all'art. 29 del Codice dei Contratti Pubblici; questa non sostituisce la pubblicità legale prevista a livello europeo e nazionale dagli artt. 72 e 73 del Codice, nonché dal Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 02.12.2016 recante "Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara". In riferimento alla piattaforma Anac di cui all'art.73 c.4 del d.lgs. 50/2016, si evidenzia che la stessa non è stata attivata.

M.e.p.a. e procedure telematiche ultimi approdi

di Giuseppe Croce

IN
PIL
LOLE

Ogni tanto, nel corso dell'anno, occorre soffermarsi un attimo sullo "stato dell'arte" di una specifica problematica e/o tematica, talvolta al fine di esplorare i nuovi approdi circa l'applicazione di "vecchi istituti", talaltra per accorgerci che vecchie convinzioni assumono carattere innovativo. Provando quindi a guardare le pronunce di salienti per il 2020, si ritrovano alcuni aspetti salienti.

La tematica presa in considerazione è quella relativa all'espletamento delle procedure di gara attraverso M.E.P.A. e/o altre ed ulteriori piattaforme telematiche di negoziazione; ebbene, nell'ambito di questa disamina, un posto di viene occupato certamente da quanto ribadito da Agenzia delle Entrate attraverso il l'interpello n. 352 del 15/09/2020 in tema di imposta di bollo sui documenti di stipula, anche se unilateralmente firmato digitalmente dall'ente committente all'atto della generazione del documento stesso. Essa, richiamando la risoluzione n. 96/E del 16/12/2013, ha ribadito che:

- il documento di stipula, benché firmato digitalmente solo dall'amministrazione, è sufficiente ad instaurare il rapporto contrattuale;
- il contratto tra la P.A. ed un fornitore abilitato deve intendersi stipulato per scrittura privata;
- lo scambio di documenti digitali tra i due soggetti concretizza una particolare procedura prevista per la stipula di detta scrittura privata.

L'Agenzia ritiene che i contratti stipulati tramite piattaforma elettronica sono soggetti all'imposta di bollo fin dall'origine nella misura di € 16,00 per ogni foglio ai sensi dell'art. 2 della Tariffa, Parte Prima, allegata al d.p.r. n. 642/1972. Tra l'altro, l'Agenzia delle Entrate richiamando l'art. 24 della Tariffa, rammenta altresì che l'imposta è dovuta sia dall'origine se per gli atti e documenti è richiesta dal codice civile a pena di nullità la forma scritta. Conseguentemente, poiché il contratto di affidamento richiede la forma scritta e la modalità informatica deve considerarsi equiparata a quest'ultima, è confermata la necessità del pagamento.

Passando alla Giurisprudenza sul tema M.E.P.A. e piattaforme telematiche di negoziazione, interessanti spunti si ritraggono sia dai Tribunali Amministrativi, sia dal Consiglio di Stato, in particolare:

Consiglio di Stato n. 4811 del 29 luglio 2020 in materia di ripercussione in capo all'operatore economico del rischio di mal funzionamento della piattaforma di gara; ribadito il principio di *sussistenza di valide ragioni per fare applicazione, dell'orientamento interpretativo, di recente ribadito anche da questa sezione, secondo il quale* "...non può essere escluso dalla gara un concorrente che abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica entro l'orario fissato per tale operazione, ma non è riuscito a

finalizzare l'invio a causa di un malfunzionamento del sistema, imputabile al gestore" (Cons. Stato, sez. V, n. 7922/2019 e Cons. Stato, sez. III, n. 86/2020). Vigente pertanto un principio che sempre più si consolida in base al quale "se rimane impossibile stabilire con certezza se vi sia stato un errore da parte del trasmittente o, piuttosto, la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara (cfr., ex plurimis, Cons. St., sez. III, 25 gennaio 2013, n. 481)" (Cons. Stato, sez. III, n. 86/2020).

In linea con quanto qui espresso si veda altresì TAR Bari n. 835 del 10 giugno 2020; nonché TAR Bari n. 461 del 03 aprile 2020.

Ancora. Interessante il principio espresso altresì dal Consiglio di Stato n. 4795 del 28 luglio 2020, laddove nonostante il principio della auto responsabilità e diligenza professionale dei concorrenti in sede di partecipazione alla gara, non si esclude né si esime il concorrente di dotarsi di personale munito di adeguate conoscenze informatiche e, perciò, in grado di comprendere il significato del concetto in questione e di curare gli adempimenti descritti dal disciplinare telematico di gara.

Interessantissima anche la pronuncia del Consiglio di Stato n. 4031 del 24 giugno 2020, con la quale richiamandosi altresì la giurisprudenza vigente (Cons. Stato, V, 21 novembre 2017, n. 5388), *con affermazioni rese in un diverso contesto censorio ma che, attenendo alle caratteristiche generali delle gare telematiche, si rendono applicabili anche alla fattispecie in esame, ha osservato che le modalità telematiche, per loro natura, "consentono di poter tracciare attraverso i 'log di sistema', ovvero ogni singolo e specifico momento procedimentale, così da escludere ogni ipotesi di manomissione, sul presupposto che, ove pure si verificasse, risulterebbe tracciato e riscontrabile nel predetto sistema di crittografia a codici elettronici, senza possibilità che esistano operazioni non registrate a sistema". Ne ha dedotto che "la gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella 'conservazione' dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre,*

nessuno degli addetti alla gestione della gara potrà accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data e all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura. Le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4990)", in quanto "le fasi di gara seguono una successione temporale che offre garanzia di corretta partecipazione, inviolabilità e segretezza delle offerte e i sistemi provvedono alla verifica della validità dei certificati e della data e ora di marcatura; l'affidabilità degli algoritmi di firma digitale e marca temporale garantiscono la sicurezza della fase di invio/ricezione delle offerte in busta chiusa".

È stato anche chiarito, in riferimento alla marcatura temporale, che "nel caso delle gare telematiche, la conservazione dell'offerta è affidata allo stesso concorrente, che la custodisce all'interno della memoria del proprio personal computer nella fase che intercorre tra il termine di presentazione e la procedura di upload. La identità del numero seriale della marcatura temporale inserita all'atto della presentazione dell'offerta e quella apposta sull'offerta nella fase di upload costituisce un adempimento essenziale al fine di garantire che l'offerta non sia stata modificata o sostituita in data successiva al termine ultimo perentorio di presentazione delle offerte" (Cons. Stato, III, 3 ottobre 2016, n. 4050). In virtù di ciò, non si consente l'esercizio del soccorso istruttorio.

Invece sul tema dell'apertura in seduta riservata delle buste tecniche, si richiama TAR Napoli n. 957 del 02 marzo 2020 (sulla stessa linea apertura buste tecniche in riservata si veda TAR Emilia Romagna Bologna n. 863 del 15.11.2018), in base al quale, va condiviso l'orientamento secondo cui "il principio di pubblicità delle sedute deve essere rapportato non ai canoni storici che hanno guidato l'applicazione dello stesso, quanto piuttosto alle peculiarità e specificità che l'evoluzione tecnologica ha consentito di mettere a disposizione delle procedure di gara telematiche, in ragione del fatto che la piattaforma elettronica che ha supportato le varie fasi di gara assicura l'intangibilità del contenuto delle offerte (indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico) posto che ogni operazione compiuta risulta essere ritualmente tracciata dal sistema elettronico senza possibilità di alterazioni. A tale orientamento del giudice

d'appello si è allineata anche la giurisprudenza di primo grado che ha ritenuto che "nell'ambito delle procedure telematiche di evidenza pubblica, non sono necessarie sedute pubbliche per l'apertura delle offerte, come confermato dall'art. 58, d.lgs. n. 50 del 2016, che non ha codificato, in relazione alle procedure gestite in forma telematica, alcuna fase pubblica" (T.A.R. Veneto, Sezione III 13 marzo 2018; n. 307; T.A.R. Puglia Bari, Sezione III 2 novembre 2017, n. 1112; T.A.R. Sardegna, Sezione I 29 maggio 2017 n. 365).

Espressione di un orientamento ormai consolidato, è quanto riviene dal TAR Roma n. 1852 del 11 febbraio 2020 in tema di principio di rotazione, si ha che: "... occorre anche rilevare che la gara in oggetto possa essere in tutto equiparata ad una procedura aperta poiché la stazione appaltante non ha posto limiti alla partecipazione agli operatori economici (come risulta dalla determina a contrarre ed avviso di gara ... che al punto n. 5 stabiliva inequivocabilmente: "di consentire la partecipazione alla gara a tutti gli operatori economici" abilitati al MePA)". In senso contrario si veda TAR Lecce n. 1412 del 02 ottobre 2018.

Sempre sul principio di rotazione, si veda Consiglio di Stato n. 875 del 04 febbraio 2020 (in linea altre Cons. di Stato n. 7539 del 05.11.2019; TAR Cagliari n. 8 del 02.01.2020; TAR Cagliari n. 891 del 17.12.2019), ove si prevede l'esclusione dello stesso laddove il nuovo affidamento avvenga, come nel caso di specie, tramite procedure nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione (v. §18 della sentenza n. 527/2019). Il principio è stato di recente confermato da questo Consiglio (sez. V, 5 novembre 2019 n. 7539) sul rilievo che anche "alla stregua delle Linee guida n. 4 A.N.A.C., nella versione adottata con delibera 1 marzo 2018 n. 206 (v. in part. il punto 3.6), deve ritenersi che il principio di rotazione sia inapplicabile nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l'operatore economico mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti".

Merita osservazione anche il TAR Torino n. 99 del 04 febbraio 2020, in tema di marcatura temporale ove si segnala che il processo di creazione e apposizione di una marca temporale su un documento informatico, digitale o elettronico,

processo che avviene con la generazione, da parte di una terza parte fidata (il Certificatore accreditato), di una firma digitale del documento a cui è associata l'informazione relativa a una data e a un'ora certa. L'apposizione della marca temporale consente quindi di stabilire l'esistenza di un documento informatico a partire da un certo istante e di garantirne la validità nel tempo. In buona sostanza, si tratta di una procedura che – per paragonarla a una procedura analogica – consente di attribuire un numero di protocollo univoco a un'offerta sigillata in busta chiusa e custodita dall'offerente, al fine di avere garanzia che l'offerta successivamente prodotta sarà proprio la medesima a suo tempo protocollata ed esistente e che non abbia subito alcuna modifica.

Ammettere la legittima proposizione di un'offerta economica caricata senza che vi sia corrispondenza tra il numero seriale effettivo della marca temporale e quello a suo tempo precedentemente indicato nella domanda equivarrebbe ad ammettere la possibilità che un operatore economico predisponga, a seconda della propria convenienza, una serie di offerte economiche, firmando ciascuna e apponendovi una marca temporale (senza però riportare l'esatto codice di alcuna di esse nel sistema) e infine, al momento dell'upload, carichi a sistema quella che più gli conviene/aggrada.

Per quanto si è sopra chiarito, correttamente il disciplinare ha previsto l'esclusione a fronte dell'omessa o erronea indicazione della marca temporale, giacché la radicalità del vizio dell'offerta (nemmeno univocamente identificabile) non avrebbe consentito alcun soccorso istruttorio. La previsione contestata del Disciplinare telematico è dunque legittima, alla luce del principio della parità tra i concorrenti e del principio di autoresponsabilità dei medesimi, per il quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 7 novembre 2016, n. 4645; id., 15 febbraio 2016, n. 627).



MEDIAAPPALTI

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**

MEDIAAPPALTI

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

**Medi
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!