

Rivista mensile - Anno X, Numero 7

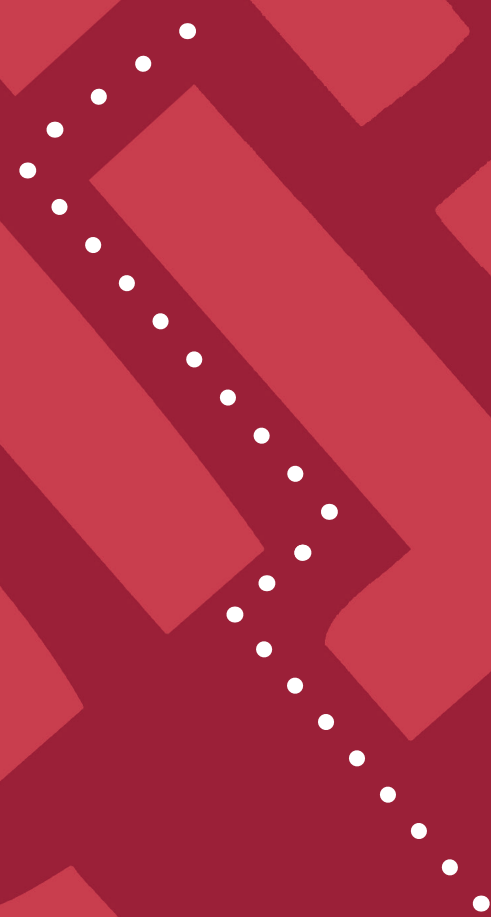
**dicembre
2020**

MEDIA APPALTI

**Le procedure negoziate e
l'avviso pubblico dopo la
legge 120/2020**

**Partenariato pubblico
privato nel decreto
"semplificazioni"**

**La clausola sociale negli
appalti pubblici**



**"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





approfondimento aggiornamento giurisprudenza informazione consulenza normativa

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

**dicembre
2020**

Un nome

Un nome è un dono. Ci viene consegnato prima della nascita e ce lo portiamo insieme per sempre. Il nome ci identifica. Ci rende unici. È un diritto inviolabile della persona, riconosciuto dall'articolo 22 della Costituzione italiana. Come ci sentiremmo se un giorno nessuno dovesse ricordarsi il nostro nome? Smarriti, confusi, privati della nostra identità.

Ogni persona ha un nome. Ogni città. Ogni fiume ha un nome. Ogni lago, mare, oceano. Ogni strada ha un nome. Ogni piazza, fontana, teatro, stadio. Tutte le opere pubbliche ne hanno uno.

Esistono specifiche regole per assegnare un nome ad un'opera pubblica. Esistono uffici e commissioni in seno al Ministero dell'Interno e alle Amministrazioni Comunali che devono attivarsi per darne uno o per sostituirlo.

Via Falcone e Borsellino, Auditorium Manzoni, Università degli Studi Aldo Moro. Intitolare un'opera significa affidare a quell'opera il ricordo di qualcuno che ha dato alla comunità un contributo indelebile. È come se nel battezzare un luogo con quel nome sia possibile tramandare il valore che quel nome finisce per rappresentare. Falcone e Borsellino, ad esempio; non è forse racchiuso in questi nomi il sinonimo di integrità morale, sacrificio? Un esempio di vita che non va disperso. L'intitolazione di un'opera è un segnalibro. Ci

riporta ad una pagina di storia che è patrimonio comune. È dar forza ad un ricordo. E i ricordi fanno questo: ci lasciano una finestra aperta sul passato per poterci affacciare sul futuro.

Quando ad un'opera pubblica viene assegnato il nome di una personalità che ha operato nello stesso campo in cui essa è destinata, possiamo parlare di qualcosa di più di una semplice intitolazione.

Se dovessimo chiamare un teatro con il nome di un grande attore o uno stadio con quello di un fuoriclasse del calcio, allora, parleremmo di una dedica. È qualcosa di più personale una dedica. C'è qualcosa di intimo nel dedicare qualcosa a qualcuno. "La dedica di un libro è un gesto magico. La si potrebbe anche definire il modo più gradevole e sensibile di pronunciare un nome", scriveva il poeta Jorge Luis Borges.

L'intitolazione o la dedica sono probabilmente la parte più poetica di un'opera pubblica. Una strada "a denominarsi" porta con sé il triste vuoto dell'anonimato. Ho sempre pensato che dietro a tante strade senza nome ci sia la pigrizia di chi si deve occupare di toponomastica.

Possibile che non ci siano persone che meritino di essere ricordate intitolandone una strada? Un esercizio che tutti dovremmo fare è andare alla scoperta del nome della strada o piazza o viale in cui viviamo. Chi era costui o costei? Dov'è questo

posto? Cosa accadde qual giorno? A seconda che nel nostro indirizzo ci sia il nome e cognome di qualcuno, il nome di un luogo, una data.

Nell'ultimo mese se ne sono andati due grandi nomi dell'intrattenimento. Prima Gigi Proietti, poi Diego Armando Maradona. Quando queste notizie raggiungono i "palazzi", dalle scrivanie di sindaci, assessori, presidenti, ministri, arriva di slancio l'idea di attivarsi per un'intitolazione.

Per Proietti sono pronti auditorium, teatri, arene strade e piazze. Per Maradona, era inevitabile, si pensa allo stadio. L'assessore ai lavori pubblici del Comune di Napoli Alessandra Clemente ha pubblicato un post su facebook con il quale annunciava "Stadio Diego Armando Maradona. Lo faremo. E poi un museo per dare lavoro a tanti ragazzi".

Sia per Proietti sia per Maradona, le eventuali intitolazioni dovranno seguire una procedura straordinaria che permette di poter avviare un inter che supera il limite del raggiungimento del decimo anniversario della morte. La Legge n. 1188 del 1927 stabilisce che "è in facoltà del Ministero per l'Interno di consentire la deroga alle suindicate disposizioni in casi eccezionali, quando si tratti di persone che abbiano benemeritato della nazione".

Gigi Proietti ha il merito di aver allietato intere famiglie e intere generazioni con la sua dirompente e garbata comicità. Saper far ridere è un dono inestimabile. Saper diffondere risate è una letizia che merita di essere applaudita, qualcosa di cui rendere grazie. Entrare in un posto che porta il suo nome significa ricordare e sorridere, ripassando nella mente un vecchio sketch in bianco e nero ripreso dalle teche della nostra memoria. Qualcosa che merita la benemerita della nazione.

Il dibattito è sull'integrità morale di un personaggio come Maradona. L'argentino è stato il più grande calciatore mai esistito, è un simbolo per Napoli, un esempio per chi dal fango dei campetti della periferia di Buenos Aires annunciava, ancora ragazzino, di sognare la nazionale. Con quella nazionale avrebbe vinto il mondiale del 1986. È il simbolo della caparbia. L'esempio che un sogno può esaudirsi e a volte superare le aspettative. Sconfinare in una realtà che quel ragazzino non poteva immaginare. Che da adulto lo avrebbe portato a commettere qualche errore di troppo. Come riporta un articolo pubblicato sul quotidiano argentino Clarín, tradotto da Federico Ferrone per Internazionale, "nessuno ha spiegato a Diego le regole del gioco. Nessuno ha dato a chi lo circondava (un concetto tanto naturale quanto astratto e mutevole nel corso della sua vita) un manuale d'istruzioni".

Ma il solo modo per ricordare Maradona è la sua genialità con il pallone. E con quel pallone ha meravigliato un po' tutti. La meraviglia, altra esperienza che, come la risata, dovremmo imparare a trattare come un bene prezioso. Non dovremmo mai privarcene.

Chi è in grado di suscitare emozioni, di far emergere sentimenti, ha il diritto di essere ricordato con l'intitolazione o la dedica di un'opera pubblica. Un giorno un bambino ci chiederà perché questo posto si chiama così? Chi era Gigi Proietti? Chi era Diego Armando Maradona? In quel momento quell'opera pubblica starà facendo qualcosa di straordinario: starà raccontando a quel bambino la fantastica storia di due fuoriclasse.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

Un nome

4

In evidenza

Le procedure negoziate e l'avviso pubblico dopo la legge 120/2020 ("Semplificazioni")

7

Sotto la lente

Modalità di presentazione e possibilità di escussione della garanzia provvisoria; analisi giuridico pratica dell'articolo 93 del codice dei contratti.

12

Hanno collaborato a questo numero:

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

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

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

Editore:

Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta

Tel. 0883.527171

Fax 0883.570189

www.mediagraphic.it

info@mediagraphic.it

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

Avv. Ilenia Paziani
Esperta in materia di appalti pubblici

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in appalti pubblici

Il Punto

L'ANAC aggiorna le proprie Linee guida in materia di appalti di servizi postali

21

Partenariato pubblico privato nel decreto "semplificazioni"

30

La Commissione giudicatrice nelle gare di appalto. La giurisprudenza sul tema, le disposizioni attuali e pregresse a confronto, la gestione, con l'applicazione dei diversi istituti interessati, da parte delle Pubbliche Amministrazioni al fine di nominare legittimamente una Commissione.

36

La clausola sociale negli appalti pubblici

43

La necessaria stipula del contratto di avvalimento "a prescindere dalla natura giuridica dei legami dell'operatore economico con l'impresa ausiliaria". Indicazioni sul contenuto del contratto di avvalimento.

50

Pareri & Sentenze

57

A Domanda Rispondiamo

63

In pillole

66

Osservatorio sulla Corte dei Conti

Le procedure negoziate e l'avviso pubblico dopo la legge 120/2020 ("Semplificazioni")

di Stefano Usai

IN
EVIDENZA

Premesse

La legge 120/2020, come oramai ampiamente noto, introduce delle deroghe (o meglio procedure semplificate) per il sotto soglia, affiancando all'affidamento diretto "puro emergenziale" consentito entro la soglia di 75mila euro per servizi e forniture ed entro 150mila per i lavori, una serie di procedure negoziate per importi pari o superiori a quelli predetti fino all'intero sotto soglia comunitario.

Sulle "nuove" procedure negoziate – in realtà non dissimili a quelle già previste nel comma 2 dell'articolo 36 (ora norma derogabile per l'intero periodo emergenziale fino al 31/12/2021) – al di là di alcuni innesti innovativi (come la necessità di assicurare una adeguata dislocazione territoriale degli inviti oltre al criterio della rotazione), il legislatore non fornisce molti elementi istruttori al RUP.

In particolare, sulla scelta degli operatori da invitare si limita ad indicare il solo numero

minimo necessario per strutturare una legittima competizione.

Più nel dettaglio, il comma 2, art. 1, lett. b) della legge 120/2020 specifica che gli operatori da invitare devono essere individuati *"previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici"*.

Il numero, come anticipato, varia in base all'importo inciso dall'appalto. Per la prima fascia data dai servizi e forniture per importi superiori a quelli sopra richiamati fino all'intero sotto soglia, almeno 5 operatori così come per lavori compresi tra i 150mila euro ed importi inferiori ai 350mila euro; quindi per importi – sempre per lavori – tra i 350mila euro e inferiori

al milione di euro almeno 10 operatori ed infine almeno 15 per importi tra il milione e l'intero sotto soglia comunitario (art. 35 del Codice).

Sulle "nuove" procedure negoziate – in realtà non dissimili a quelle già previste nel comma 2 dell'articolo 36 (ora norma derogabile per l'intero periodo emergenziale fino al 31/12/2021) – al di là di alcuni innesti innovativi (come la necessità di assicurare una adeguata dislocazione territoriale degli inviti oltre al criterio della rotazione), il legislatore non fornisce molti elementi istruttori al RUP.

1. L'individuazione degli operatori

Il legislatore, pertanto, suggerisce **due differenti modalità di scelta degli operatori da far competere**.

Sulle due opzioni, evidentemente già frequentate dal RUP, la prima è quella che maggiormente assicura oggettività e speditezza della procedura ovvero la possibilità di scegliere dall'albo dei fornitori/prestatori.

Anche il provvedimento emergenziale (legge 120/2020) così come lo stesso Codice dei contratti e, del resto, lo stesso predisponendo regolamento attuativo (giunto alla sua terza versione) "spingono" verso la predisposizione di albi autonomi da parte della stazione appaltante (quanto meno per lavori vista la possibilità per servizi e forniture di avvalersi degli albi elettronici dei mercati).

Sulla predisposizione dell'albo, di cui si è già parlato in altre circostanze, si rinvia a quanto già chiarito nelle linee guida ANAC n. 4 ed alle stesse previsioni contenute nello schema di regolamento attuativo che si pone in continuità con il documento dell'autorità anticorruzione (fermo restando, ovviamente, che le norme ultime citate non potranno essere richiamate espressamente visto che non sono ancora in vigore ma si tratta di disposizioni chiaramente ispirate al buon senso pratico).

Da rammentare che il RUP, previo accordo tra enti, potrà anche accedere ad albi di altre stazioni appaltanti.

L'altra opzione – si tratta di ipotesi equiordinate evidentemente –, probabilmente più frequente visto la "carenza" di albi interni è quella del previo avviso pubblico a manifestare interesse o a presentare la propria migliore offerta.

2. Le questioni istruttorie poste dall'avviso pubblico

L'aspetto quindi, che con il presente contributo, che si intende focalizzare, è quello relativo non tanto al contenuto dell'avviso pubblico – visto che a tal riguardo è sufficiente verificare le indicazioni delle linee guida ANAC n. 4 (applicabili anche nel periodo emergenziale) che pur non vincolanti

rappresentano un modello virtuoso a disposizione del RUP e, come detto, gli stessi schemi del regolamento attuativo –, ma soprattutto la sua configurazione giuridica e la questione della sua esatta configurazione nell'ambito del procedimento amministrativo contrattuale. Compresi anche gli obblighi di correttezza e buona fede del RUP (rispetto agli operatori potenzialmente interessati). In relazione alla natura/configurazione giuridica dell'avviso è sufficiente richiamare il recente parere del MIT n. 663/2020 che traccia la differenza tra avviso, appunto, e la costituzione dell'elenco degli operatori (anche sul MEPA).

A tal proposito, nel parere del servizio giuridico del MIT si legge che *"le indagini di mercato possono svolgersi attraverso avviso per manifestazione di interesse o consultazione di elenchi di operatori economici. La costituzione dell'elenco di operatori, invece, è preceduto da un Bando di Abilitazione come nel caso del Mepa o da un Avviso pubblico per la formazione di un Elenco ai sensi dell'art. 36 co. 7" del Codice dei contratti.*

Sempre nell'ambito del parere in commento si prosegue rilevando, quanto *"alla differenza tra bando di gara (ovvero richiesta di offerta) e avviso di manifestazione di interesse (richiesta di candidatura)" che "la maggiore/ minore complessità dell'atto è*

correlata anche al minore/maggiore importo dell'appalto" e lo stesso "bando Mepa rappresenta un Avviso pubblico per la formazione di un Elenco ai sensi dell'art. 36 co. 7, che consente alle stazioni appaltanti di consultare gli operatori economici così selezionati con RDO, TD, oppure ODA, a seconda degli importi dell'affidamento".

L'avviso pubblico, quindi, è finalizzato ad **interrogare il mercato** e nella sua accezione più logica mira ad ottenere candidature per l'eventuale prossima competizione semplificata.

È altresì vero, che in funzione di una più ampia semplificazione della procedura di affidamento il RUP potrebbe ben strutturare anche un avviso pubblico a presentare la migliore offerta senza innestare il successivo invito.

**In relazione alla natura/
configurazione giuridica
dell'avviso è sufficiente
richiamare il recente parere
del MIT n. 663/ 2020 che
traccia la differenza tra avviso,
appunto, e la costituzione
dell'elenco degli operatori
(anche sul MEPA).**

In ogni caso il RUP deve ammettere la partecipazione – finanche nella forma della presentazione di “semplici” candidature – ai soli operatori in possesso dei requisiti generali/speciali o che gli acquisissero entro il termine per presentare la candidatura o la stessa offerta.

Ciò annotato, in tema di funzione dell’avviso pubblico e da qui discende, come si vedrà più avanti, anche la risposta alla domanda sulla esatta collocazione dell’avviso ovvero se lo stesso si collochi prima o dopo la determina a contrarre.

Aspetto, questo, evidentemente, di significativa attualità considerato il momento del decorso del termine entro cui il RUP – con i provvedimenti emergenziali (legge 120/2020) – deve giungere ad aggiudicare l’appalto a pena di potenziale responsabilità erariale.

Si rammenta infatti che nel sotto soglia, per appalti inferiori ai 150mila euro e per servizi/forniture inferiori a 75mila euro, il RUP deve giungere ad aggiudicazione entro 2 mesi dalla data di adozione dell’atto che avvia il procedimento amministrativo contrattuale ovvero dalla determina a contrarre (occorre tener distinto come tante volte ribadito l’avvio del procedimento amministrativo contrattuale dall’atto che avvia la procedura di affidamento ovvero bando/lettera di invito).

Nell’ulteriore ambito sotto soglia, come noto, e quindi dagli importi appena richiamati fino all’intero sotto soglia comunitario (ex art. 35 del Codice) il RUP deve giungere ad aggiudicazione (almeno quella non efficace perché condizionata dalla verifica positiva sul possesso dei requisiti) entro 4 mesi dalla data di avvio del procedimento amministrativo contrattuale ovvero, come appena detto, dalla data di adozione della determina a contrarre.

Per le ragioni suesposte (ed in specie per l’aspetto

legato alla potenziale responsabilità per danni erariali) è quindi di estrema importanza chiarire, sotto il profilo pratico/operativo se l’avviso si situa a monte della determina a contrarre o solo successivamente.

3. L’avviso negli appalti di beni/servizi dopo la legge “Sblocca cantieri” ed i provvedimenti emergenziali

Come si è rilevato, quindi, una prima questione istruttoria è quella dell’avviso pubblico se risulti (o meno) realmente necessario per una individuazione oggettiva e trasparente degli operatori economici. La risposta è ovviamente positiva: una scelta discrezionale risulterebbe chiaramente foriera di molteplici contenziosi con interruzione del procedimento ed enfatizza gli obblighi del RUP di motivare le proprie scelte.

Il servizio di supporto del MIT (con parere 524/2019) nel rispondere ad un quesito posto subito dopo l’entrata in vigore del DL 32/2019 convertito con legge 55/2019 cd. Sblocca cantieri, a cui si deve l’infelice previsione degli affidamenti diretti “mediati” ex comma 2 lett. b) dell’articolo 36 del Codice dei contratti – ha definitivamente chiarito che la scelta discrezionale degli operatori può avvenire – in ambito di procedure negoziate solo nel caso della “nuova formulazione della lettera b) dell’art. 36 a seguito delle modifiche di cui alla legge 14/06/2019 n. 55” visto che “la disposizione prevede per i lavori un’ipotesi di affidamento diretto senza necessità di avviso pubblico, disponendo la valutazione di tre preventivi, ove esistenti”.

Da notare, invece, che l’ANAC ha sempre sostenuto, in ogni caso, la necessità di pubblicare un avviso al fine della individuazione dei tre operatori il cui preventivo è oggetto di valutazione.

Nell’ulteriore ambito sotto soglia, come noto, e quindi dagli importi appena richiamati fino all’intero sotto soglia comunitario (ex art. 35 del Codice) il RUP deve giungere ad aggiudicazione (almeno quella non efficace perché condizionata dalla verifica positiva sul possesso dei requisiti) entro 4 mesi dalla data di avvio del procedimento amministrativo contrattuale ovvero, come appena detto, dalla data di adozione della determina a contrarre.



Nelle altre ipotesi di procedura negoziata, invece, ciò vale anche per quanto attiene alle nuove fattispecie utilizzabili in deroga nel periodo emergenziale, il RUP **non si può discostare dalla pubblicazione dell'avviso pubblico ovvero non può scegliere discrezionalmente gli operatori da invitare alla competizione.**

In questo senso, sempre nel parere 524/2019 – si ripete applicabile anche oggi con riferimento ai procedimenti emergenziali –, il servizio di supporto giuridico alle stazioni appaltanti del MIT precisa che *“Relativamente ai servizi e forniture, la stessa disposizione di cui all'articolo 36 comma 2 lettera b), al fine di individuare almeno cinque operatori economici prevede il ricorso alle indagini di mercato o agli elenchi di operatori, e pertanto la necessità di ricorrere a preventive forme di pubblicità (avviso pubblico) oppure il ricorso ad elenchi di operatori economici già costituiti e gestiti dalla stazione appaltante”.*

Ciò consente, pertanto, di risolvere la prima questione istruttoria sulla esigenza di avviare l'interrogazione del mercato con l'avviso pubblico.

4. La collocazione dell'avviso pubblico

In tema di esatta collocazione dell'avviso pubblico sono ipotizzabili due differenti soluzioni e, come si vedrà, una delle quali mal si adegua alle semplificazioni richieste dalla legge 120/2020 (e, in aggiunta, anche “frustranti” rispetto alla questione della potenziale responsabilità erariale del RUP per tardiva, ed al lui imputabile, aggiudicazione nel caso in cui vengano “dimostrati” danni erariali).

Il RUP, sotto il profilo pratico potrebbe procedere con un avviso pubblico approvato – nel suo schema generale con sintesi delle clausole/disposizioni principali e prenotazione dell'impegno di spesa – con determina a contrarre. Allora non v'è dubbio che il termine indicato dal legislatore (art. 1, comma 1 della legge 120/2020) prende avvio da tale situazione.

In tema di esatta collocazione dell'avviso pubblico sono ipotizzabili due differenti soluzioni e, come si vedrà, una delle quali mal si adegua alle semplificazioni richieste dalla legge 120/2020 (e, in aggiunta, anche “frustranti” rispetto alla questione della potenziale responsabilità erariale del RUP per tardiva, ed al lui imputabile, aggiudicazione nel caso in cui vengano “dimostrati” danni erariali).



Sotto il profilo concreto però il RUP non deve sottovalutare che oggettivamente l'avviso pubblico a manifestare interesse potrebbe anche concludersi con un “nulla di fatto” oppure – sempre nel rigoroso

rispetto della correttezza e buona fede – il RUP potrebbe anche suggerire una diversa soluzione operativa, piuttosto che l'appalto, una decisione di procedere in “economia” e quindi con una gestione interna.

La seconda opzione è quella preferibile ovvero far precedere l'escussione dal mercato dal solo avviso pubblico senza previa adozione della determina a contrarre.

Questa è la soluzione già prospettata dall'ANAC con le linee guida n. 4 che ben

si attaglia anche alle nuove procedure declinate nella legge 120/2020.

Secondo l'ANAC il corretto procedimento è caratterizzato dalla previa escussione del mercato, con avviso pubblico in cui si chiarisce anche l'intensità della richiesta delle candidature e le risultanze di tale escussione/interrogazione andranno poi declinate nella determina a contrarre (e quindi atto di avvio del procedimento con conseguente approvazione dello schema della lettera di invito il cui invio determina avvio della procedura di affidamento).

In questo senso, pertanto, si gestiscono in modo corretto i tempi di affidamento su cui il legislatore emergenziale (per intendersi il legislatore del DL 76/2020 e della successiva legge di conversione 120/2020) ha focalizzato la propria attenzione imponendo termini di aggiudicazione contingentati a pena di responsabilità erariale per il RUP.

5. Avviso a presentare la propria migliore offerta

Nel caso invece, sempre nel segno della maggiore semplificazione e tempestività del procedimento amministrativo contrattuale e conseguente procedura di affidamento, il RUP decida piuttosto

che pubblicare un avviso “esplorativo” di pubblicare un avviso (sorta di bando informale) per ricevere non candidature ma direttamente le offerte è corretto che il procedimento abbia già la “copertura” finanziaria quindi, in questo caso, a sommosso parere, è bene che tale avviso – avendo una funzione completamente diversa dal classico avviso pubblico a manifestare solo l’interesse a partecipare alla competizione venga approvato con la classica determina a contrarre (che conterrà anche la prenotazione dell’impegno di spesa).

6. Criterio della rotazione e dell’adeguata dislocazione territoriale

L’ulteriore questione istruttoria che si pone nella procedura negoziata, nel provvedimento emergenziale in commento, è quella dei vincoli posti dalla necessità di applicare la rotazione e di strutturare gli inviti assicurando una adeguata dislocazione territoriale (ergo occorre che il RUP eviti una concentrazione territoriale degli inviti).

In relazione all’applicazione dell’alternanza e quindi al divieto, di principio, di reinviare l’affidatario o soggetti già invitati per affidamento di una analoga prestazione – salvo adeguatissima motivazione – rimangono fermi i recenti approdi dell’ANAC, del MIT e, ovviamente, della giurisprudenza.

Innanzitutto ad una procedura “sostanzialmente” aperta

(con ammissione di ogni candidatura o offerta) ad ogni operatore in possesso dei requisiti (o che gli acquisisse prima della scadenza dei termini per presentare candidatura o offerta) il problema della rotazione non si pone – ed allo stesso modo non dovrebbe porsi per quanto concerne la provenienza territoriale.

Diversa è la questione istruttoria nel caso in cui, il RUP decidesse di procedere con scelte discrezionali, in questo caso la deroga alla rotazione dovrà essere adeguatamente motivata e deve essere assicurata la dislocazione territoriale.

Un suggerimento pratico/operativo riguardo alla scelta è che il RUP, anche in questo caso, deve assicurare oggettività e trasparenza pertanto potrebbe – al fine anche di scremare la

partecipazione - pur con un avviso sostanzialmente aperto su questo, innestare l’estrazione casuale (chiarendo a monte se almeno il pregresso affidatario possa o meno partecipare) e, per quanto concerne l’obbligo di evitare la concentrazione territoriale potrebbe procedere con una suddivisione – a monte del territori (per macro aree geografiche) e dopo questa operazione innestare l’estrazione assicurando la scelta con numero uguale di operatori da ogni macro

area territoriale preventivamente individuata (e anticipata già in fase di avviso pubblico).

In questo modo gli inviti rispetteranno l’indicazione del legislatore.

L’ulteriore questione istruttoria che si pone nella procedura negoziata, nel provvedimento emergenziale in commento, è quella dei vincoli posti dalla necessità di applicare la rotazione e di strutturare gli inviti assicurando una adeguata dislocazione territoriale (ergo occorre che il RUP eviti una concentrazione territoriale degli inviti).



Modalità di presentazione e possibilità di escussione della garanzia provvisoria; analisi giuridico pratica dell'articolo 93 del codice dei contratti

di Sonia Lazzini

SOTTO
LA
LENTE

Premessa

Prima di tutto valgono le seguenti considerazioni:

- La funzione della garanzia provvisoria è quella, per un verso, di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese in sede di gara e di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta e, per altro verso, di preconstituire una forma di tutela a favore della stazione appaltante, per l'eventualità non si addingenga alla stipula del contratto.
- L'escussione della cauzione provvisoria non concreta una sanzione in senso tecnico che colpisca il concorrente per il comportamento tenuto, ma rappresenta una obbiettiva garanzia per il corretto adempimento degli obblighi assunti dagli operatori economici in relazione ad una partecipazione ad una gara di appalto, ivi compresa la dimostrazione del possesso, originario e continuato, dei requisiti dichiarati in sede di offerta e per i quali è avvenuta la ammissione alla gara.

C'è stato un ultimo intervento normativo, il comma 4 dell'articolo 1 della Legge 11 settembre 2020. 120 che così recita:

"4. Per le modalità di affidamento di cui al presente articolo la stazione appaltante non richiede le garanzie provvisorie di cui all'articolo 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016, salvo che, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta, che la stazione appaltante indica nell'avviso di indizione della gara o in altro atto equivalente. Nel caso in cui sia richiesta la garanzia provvisoria, il relativo ammontare è dimezzato rispetto a quello previsto

dal medesimo articolo 93."

Con l'articolo 93 del codice dei contratti del 2016, lo scopo della garanzia provvisoria è quello di coprire la responsabilità precontrattuale dell'aggiudicatario (reale possesso dei requisiti partecipativi e mancata sottoscrizione del contratto).

Un'adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 2014 estende la possibilità di escussione anche nei confronti dei partecipanti, ma solo se prevista della *lex specialis* di gara.

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

Per un partecipante ad una procedura ad evidenza pubblica, il costo della garanzia provvisoria è irrisorio rispetto a quello della garanzia definitiva. Normalmente le compagnie di assicurazioni non sono propense ad emettere la sola garanzia definitiva, sarà quindi compito di ogni singola Stazione appaltante decidere se chiederla o meno. Valga però la seguente considerazione: negli appalti di lavori sotto i 150.000 non vi è l'obbligo di Soa; ecco che, per paradosso, la garanzia provvisoria avrebbe la sua utilità nel sensibilizzare i partecipanti verso il reale possesso dei requisiti partecipativi richiesti per questi motivi, affrontiamo ora le disposizioni principali dell'articolo 93 del codice dei contratti in modo da fornire un adeguato strumento per comprendere la necessità o meno di richiedere la garanzia provvisoria anche negli appalti sotto soglia.

1. Nel primo comma, alcune modalità di presentazione: la presentazione della garanzia non è a pena di esclusione

Nel primo comma viene sancito che *"L'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata "garanzia provvisoria" pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente"*.

Stante il carattere cogente della disposizione, la stessa trova applicazione indipendentemente dalla sua espressa menzione o riproduzione negli atti di gara, attraverso la così detta etero integrazione del bando questo per le amministrazioni aggiudicatrici, mentre è lasciata alla discrezionalità della Stazione appaltante in caso di concessione di appalti nei servizi speciali, per i quali il committente si chiama Ente aggiudicatore.

2. La scelta delle modalità di presentazione è lasciata all'offerente; la normativa non prevede che la presentazione della garanzia sia "a pena di Esclusione" e quindi bisognerà invocare il cd principio della tassatività delle cause di esclusione

Per il principio della tassatività delle cause di esclusione, previsto all' articolo 83 comma 8 del codice dei contratti pubblici, è bene sapere che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti.

Dette prescrizioni sono comunque nulle.

In virtù di tale previsione, l'estromissione può essere disposta solo quando il concorrente abbia violato regole poste a tutela di interessi sostanziali della pubblica amministrazione o a protezione della par condicio tra i partecipanti.

Tale istituto impedisce l'adozione di atti basati su eccessi di formalismo in contrasto con il divieto di aggravamento degli oneri procedurali e con l'esigenza di ridurre il peso degli oneri formali gravanti sugli operatori economici, riconoscendo giuridico rilievo all'inosservanza di regole procedurali o formali solo in quanto questa impedisca il conseguimento del risultato verso cui l'azione amministrativa è diretta, le quali

devono essere interpretate in maniera rigorosa senza possibilità di estensione analogica, dovendo essere la ratio delle medesime ispirata ai principi di massima partecipazione alle gare.

Vale la pena sottolineare che la presentazione della garanzia provvisoria non è mai a pena di esclusione.

Il problema quindi che verrà affrontato è se la sua totale mancanza può comportare l'esclusione o meno del concorrente.

Un secondo fattore importante è rappresentato dal fatto che non vi è una legge che indichi l'obbligatorietà di abbinare alla garanzia provvisoria, l'autentica notarile che può essere richiesta, ma non a pena di esclusione.

Fondamentale è quindi la norma sul soccorso istruttorio - prevista all' articolo 83 comma 9 del codice dei contratti pubblici - che così recita:

"Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara."

Si esclude che il soccorso istruttorio possa essere utilizzato per integrare l'offerta, circoscrivendone l'utilizzo alle carenze di qualsiasi elemento formale.

Il soccorso istruttorio ha come finalità quella di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, non anche di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Il meccanismo del soccorso istruttorio non può essere interpretato nel senso di consentire all'Amministrazione aggiudicatrice di ammettere

qualsiasi rettifica a omissioni che, secondo le espresse disposizioni della legge di gara, devono portare all'esclusione dell'offerente, dovendo l'Amministrazione aggiudicatrice osservare rigorosamente i criteri da essa stessa fissati.

È importante sapere che questo istituto, da parte dei nostri giudici, è stato regolarmente utilizzato non solo per sanare qualsiasi carenza nella presentazione della garanzia provvisoria, ma anche per regolarizzare la sua totale mancanza.

3. Le modalità di applicazione del soccorso istruttorio ed in caso di Ati o di avvalimento o dei servizi tecnici?

Una domanda è d'obbligo: è obbligatoria l'esclusione per l'impresa che non abbina, all'offerta, la garanzia provvisoria?

La giurisprudenza ha dato tre risposte:

- No, perché la norma non impone la presentazione della garanzia a pena di esclusione.
- Sì, perché la garanzia provvisoria è parte ESSENZIALE dell'offerta e pertanto la sua mancanza non può essere sanata dopo la presentazione dell'offerta stessa.
- No, ma la partecipante deve dimostrare di essersi solo dimenticata di inserire la garanzia provvisoria nella busta A (quella della documentazione amministrativa) e pertanto deve essere provato che la garanzia stessa sia stata emessa PRIMA della data di presentazione dell'offerta.

È questa ultima ipotesi ad essere la più accettata dalla nostra giurisprudenza, infatti la cauzione provvisoria assume la configurazione di un requisito di ammissione alla gara, che deve essere già posseduto entro il termine di presentazione delle offerte di conseguenza non possono essere esclusi dalla gara gli offerenti che hanno stipulato la cauzione provvisoria prima della presentazione dell'offerta.

Si deve ritenere che, pur ritenendosi sanabili le ipotesi di incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria, ciò è escluso qualora quest'ultima non sia stata già costituita alla data di presentazione dell'offerta e non rispetti la previsione del Codice, vale a dire decorra da tale data, pena l'alterazione della parità di trattamento tra i concorrenti.

In conclusione quindi la mancata presentazione della cauzione provvisoria unitamente all'offerta non costituisce causa di esclusione, ma comporta l'attivazione del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante con invito al concorrente ad integrare la documentazione carente. Il soccorso istruttorio va a buon fine - e l'operatore può restare in gara - solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria è di data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione.

ATI

Al primo comma dell'articolo 93 del codice dei contratti pubblici si legge che *"In caso di partecipazione alla gara di un raggruppamento temporaneo di imprese, la garanzia fideiussoria deve riguardare tutte le imprese del raggruppamento medesimo"*.

È opportuno ricordarsi che il «raggruppamento temporaneo», è un insieme di imprenditori, o fornitori, o prestatori di servizi, costituito, anche mediante scrittura privata, allo scopo di partecipare alla procedura di affidamento di uno specifico contratto pubblico, mediante presentazione di una unica offerta.

Coerentemente con la libertà d'impresa e l'autonomia privata, nessun operatore può essere obbligato a costituirsi in ATI con altri.

Il principio fondamentale è il seguente: soprattutto nel caso di ATI costituende, la garanzia deve essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara.

Il fideiussore deve dunque richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente e deve dichiarare di garantire con la cauzione provvisoria non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara.

Nel caso la polizza provvisoria sia sottoscritta dalla sola capogruppo, l'Associazione temporanea di impresa costituenda non può essere esclusa.

A tale conclusione si perviene dalla lettura dell'art. 1936, comma 2, del codice civile, in forza del quale: <<La fideiussione è efficace anche se il debitore non ne ha conoscenza>>.

Nel contratto di fideiussione, il fideiussore

garantisce l'adempimento della obbligazione altrui, obbligandosi personalmente verso il creditore.

Il contratto interviene tra il garante (qui l'Istituto di credito) e il beneficiario (qui la stazione appaltante) e si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo (cfr. art. 1333 cod.civ.).

Il garantito (ATI costituenda) non è parte necessaria.

La fideiussione è infatti efficace anche se il garantito non è a conoscenza del contratto (art. 1936 secondo comma c.c.).

Il fatto che in una polizza fideiussoria per un'ATI non compaia la sottoscrizione del garantito non assume quindi di per sé alcun rilievo ai fini del perfezionamento e dell'efficacia della garanzia.

Pertanto questa è una irregolarità sanabile attraverso il cd soccorso istruttorio.

Avvalimento

Che cosa è l'avvalimento?

Con l'avvalimento l'impresa partecipante a una specifica gara può esibire i requisiti di capacità economico-finanziaria o tecnica di un'altra impresa (ausiliaria).

Si garantisce così la più ampia partecipazione possibile alle gare, anche da parte di imprese a cui sarebbero precluse per la mancanza dei requisiti speciali.

Il "prestito" di requisiti da impresa ausiliaria a impresa offerente consente peraltro di facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici.

Le categorie di requisiti suscettibili di circolazione sono "il fatturato, l'esperienza pregressa, il numero dei dipendenti a tempo indeterminato, il capitale sociale minimo (ritenendo quest'ultimo requisito di natura economica) fino a ricomprendere, da ultimo, tra quelli di carattere organizzativo, anche la "certificazione di qualità".

Non possono costituire oggetto di avvalimento i requisiti di idoneità morale e professionale avendo l'istituto in questione la finalità di favorire la più ampia possibile partecipazione alle gare, al tempo stesso assicurando il corretto livello di qualità prescritto dal bando, ma non anche l'aggiornamento di presupposti indefettibili per detta partecipazione. Detto questo, la domanda è: in caso di avvalimento, come deve essere intestata la garanzia provvisoria?

- La garanzia provvisoria della concorrente non deve essere intestata anche all'impresa ausiliaria;
- L'impresa ausiliaria non deve produrre un'autonoma garanzia provvisoria.

Nessuna disposizione di gara menziona l'obbligo di includere nell'intestazione della cauzione provvisoria, tra gli obbligati, anche i nominativi delle eventuali imprese ausiliarie.

È lo stesso legislatore a individuare nell'impresa avvalente l'unico soggetto titolare del contratto di appalto. Da ciò discende che non si può affermare, con un'operazione di interpretazione estensiva, che l'onere cauzionale debba gravare anche su di un soggetto ulteriore, qual è l'impresa ausiliaria, in ordine alla quale rileva invece il rapporto contrattuale con l'avvalente.

Infatti NON è PREVISTO CHE la GARANZIA PROVVISORIA debba includere anche i soggetti ausiliari, ritenendo perciò "illogica" l'affermazione che l'onere cauzionale debba "gravare (anche) su di un soggetto ulteriore e diverso in ordine al quale rileva solo il rapporto interno con l'avvalente medesimo, ferma restando la responsabilità solidale dell'ausiliario nei confronti dell'Amministrazione appaltante.

Servizi tecnici

Passiamo ora ad affrontare le problematiche per l'affidamento dei servizi tecnici. Per farlo dobbiamo tornare all'articolo 93, decimo comma del codice dei contratti pubblici, per il quale *"Il presente articolo non si applica agli appalti di servizi aventi a oggetto la redazione della progettazione e del piano di sicurezza e coordinamento e ai compiti di supporto alle attività del responsabile unico del procedimento"*.

Questa norma nasce sotto l'impulso delle associazioni dei progettisti: Come noto per la progettazione esiste l'obbligo di essere in possesso di un'adeguata polizza a copertura della responsabilità civile (Articolo 24, comma 4 del codice dei contratti).

Stesso discorso vale per le attività di supporto al Registro unico dei progettisti (Articolo 31, comma 11 del codice dei contratti).

Stante questo, la disposizione indica che, per quanto concerne i SOLI servizi indicati, la Stazione

appaltante non può richiedere la garanzia provvisoria.

È da rilevare che normalmente l'appalto per i cd servizi tecnici non è solo per le attività indicate. Possono essere infatti sottoposte a gara anche le attività del direttore dei lavori e del collaudatore e di conseguenza ci potrà comunque essere la richiesta della garanzia provvisoria, ma solo per queste attività.

L'aggiudicatario dovrà comunque, prima della sottoscrizione del contratto, presentare la garanzia definitiva.

4. Nel secondo e terzo comma, la differenza fra cauzione e fideiussione e il novero dei fideiussori autorizzati

Nel secondo comma dell'articolo 93, il legislatore indica i modi di presentazione della CAUZIONE.

Nel terzo comma dello stesso articolo, il legislatore indica i modi di presentazione della FIDEIUSSIONE.

Quali sono le differenze fra una cauzione e una fideiussione?

Fermo restando il limite all'utilizzo del contante di cui all'articolo 49, comma 1, del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, la cauzione può essere costituita, a scelta dell'offerente, in contanti, con bonifico, in assegni circolari o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di tesoreria provinciale o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice.

Questo significa che c'è un rapporto a due fra Stazione Appaltante e concorrente; da notare che con il codice dei contratti del 2016, anche la garanzia definitiva potrà essere presentata come cauzione.

Mentre la fideiussione rafforza la tutela dell'interesse del creditore all'attuazione del suo diritto, poiché aggiunge, all'obbligazione principale del debitore, l'obbligazione accessoria del fideiussore attraverso l'estensione della garanzia patrimoniale ai suoi beni. Questo significa un allargamento del potere di aggressione del creditore. Ed il rapporto è a tre. La polizza cauzione non è l'unico strumento previsto dalle normative speciali. Il debitore può presentare una cauzione oppure, sempre nella

forma della fideiussione, rivolgersi ad una Banca.

L'impiego frequente di una polizza cauzioni rispetto al deposito di una vera e propria cauzione trae linfa proprio in ragione della sua minore onerosità e della possibilità di evitare una lunga e improduttiva immobilizzazione di capitali, conseguenza ineludibile del deposito cauzionale.

Si assicura così:

La libera circolazione dei capitali e il pronto soddisfacimento dell'interesse del beneficiario, il quale può così porre affidamento su di una rapida e sollecita escussione di una controparte affidabile. La banca, per poter concedere fideiussioni, richiede la sottoscrizione di un conto corrente e la presenza di un credito concesso al futuro contraente superiore a quanto richiesto per l'emissione delle fideiussioni. Nelle fideiussioni bancarie il capitale globale viene ad essere intaccato dagli importi delle garanzie richieste.

Qui va fatta un'ulteriore precisazione: anche nelle concessioni o nei settori speciali, la polizza cauzione come forma di fideiussione DEVE ESSERE SEMPRE ACCETTATA.

Vige l'assoluta legittimità di presentazione della polizza fideiussoria quale (consolidata) forma di tutela degli interessi della Stazione Appaltante.

È sempre possibile infatti presentare la garanzia provvisoria con polizza assicurativa, in considerazione del fatto che la Compagnia di Assicurazione può farsi garante anche della garanzia definitiva.

La cosiddetta assicurazione fideiussoria costituisce una figura contrattuale intermedia tra il versamento cauzionale e la fideiussione ed è contraddistinta dall'assunzione dell'impegno, da parte (di una banca o) di una compagnia di assicurazione, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal contraente.

Questa è l'opinione dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato in un parere del 28 maggio 2018:

- Il bando di gara non può contenere disposizioni volte ad escludere le imprese bancarie, le imprese assicurative o gli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'art. 106 TUB dal novero dei soggetti ammessi a prestare le garanzie fideiussorie necessarie per la presentazione delle offerte perché una tale limitazione comporterebbe una distorsione

delle dinamiche concorrenziali nella fornitura delle garanzie fideiussorie e restringerebbe in maniera ingiustificata l'accesso a tale servizio finanziario da parte dei partecipanti alla gara;

- il bando di gara non può contenere disposizioni che impediscano alle imprese bancarie, assicurative e agli intermediari finanziari che operano in Italia in regime di libera prestazione di servizi di rilasciare garanzie fideiussorie perché l'esclusione di tali imprese comporterebbe un'ingiustificata restrizione della concorrenza e, per il suo carattere discriminatorio per ragioni di nazionalità, costituirebbe una violazione del diritto comunitario.
- Si integra una violazione dei principi a tutela della concorrenza e del mercato, nella misura in cui impongono alle società partecipanti alla procedura di gara di depositare esclusivamente garanzie fideiussorie rilasciate da banche e non accettano fideiussioni rilasciate da altri soggetti autorizzati da IVASS e da Banca d'Italia; tali previsioni del bando di gara non appaiono, inoltre, conformi a quanto disposto dall'art. 106 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia e dall'art. 2, comma 3, del Codice delle Assicurazioni.

5. L'impegno ad emettere la garanzia definitiva in caso di aggiudicazione

Prima di affrontare il prossimo argomento ci serve la definizione di «microimprese, piccole e medie imprese», ovvero le imprese come definite nella Raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione del 6 maggio 2003.

In particolare,

- sono medie imprese le imprese che hanno meno di 250 occupati e un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro, oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro;
- sono piccole imprese le imprese che hanno meno di 50 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro;
- sono microimprese le imprese che hanno meno di 10 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro.

In merito a questa distinzione, c'è una circostanza

importante di cui tener conto al comma 8 dell'articolo 93 del codice dei contratti: *"Il presente comma non si applica alle micro imprese, piccole e medie imprese e ai raggruppamenti temporanei o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da microimprese, piccole e medie imprese."*

Questa formulazione comporta due conseguenze:

- Le micro imprese e le piccole e medie imprese non possono essere escluse se manca l'impegno.
- In sede di sottoscrizione del contratto esse devono comunque presentare la garanzia definitiva.

6. Le possibilità di escussione della garanzia provvisoria

Uno degli ultimi grandi temi che ci resta da affrontare sulla garanzia provvisoria, è quello delle modalità di escussione.

Per farlo, soffermiamoci prima sulle clausole particolari che la garanzia deve contenere.

Al comma 4 sempre dell'articolo 93 del codice dei contratti, si legge che la garanzia provvisoria deve prevedere *"espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale"*.

Il primo comma dell'articolo 1944 c.c. afferma che il fideiussore è obbligato in solido con il debitore principale al pagamento del debito: tale vincolo sta alla base della definizione di fideiussore inteso come colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui.

Il secondo comma attribuisce alle parti la facoltà di convenire che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima dell'escussione del debitore principale: ciò significa che il creditore prima deve andare a domandare quanto gli spetta al suo debitore e poi, in caso di mancata soddisfazione dei propri interessi da parte del patrimonio di quest'ultimo, può rivolgersi al fideiussore.

Quello che invece viene previsto dalla Legge è esattamente l'opposto: si chiede che il beneficiario del contratto fideiussorio (nel nostro caso la Stazione Appaltante) possa richiedere direttamente al fideiussore (ovvero la Compagnia

di Assicurazione) il pagamento delle somme dovute.

Questo istituto, chiamato dell'“azione diretta”, è già contemplato nella Legge 990/1969, che ha istituito l'obbligo di assicurarsi contro la responsabilità civile automobilistica e che dà appunto la facoltà al danneggiato di rivolgersi direttamente alla Compagnia onde ottenere il risarcimento del danno, senza doverlo prima chiedere al diretto danneggiante.

Ritornando al comma 4 dell'articolo 93, facciamo giusto un breve cenno a un passaggio:

“La garanzia deve prevedere la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, secondo comma, del codice civile”.

L'articolo 1957 del codice civile - Scadenza dell'obbligazione principale.

Dice che “Il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale, purché il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate. La disposizione si applica anche al caso in cui il fideiussore ha espressamente limitato la sua fideiussione allo stesso termine dell'obbligazione principale.”.

Ora, poiché la garanzia provvisoria si svincola solo con un atto positivo da parte della Stazione appaltante, al contrario della garanzia definitiva che prevede uno svincolo automatico. la giurisprudenza ci insegna che non è applicabile.

Infatti nell'ipotesi in cui la durata di una fideiussione sia correlata non alla scadenza della obbligazione principale ma al suo integrale adempimento, l'azione del creditore nei confronti del fideiussore non è soggetta al termine di decadenza previsto dall'art. 1957 c.c..

Di conseguenza questa precisazione non sposta i termini della questione: se anche una tale clausola dovesse mancare, l'impresa può essere sempre chiamata ad integrarla con il soccorso istruttorio.

L'ultima parte del comma 4 dell'articolo 93, richiede “La garanzia deve prevedere l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante”. La clausola del pagamento “a prima richiesta” è la più comune delle deroghe che le parti apportano alla disciplina legale della fideiussione, una volta

che viene stipulata una assicurazione fideiussoria.

È fondamentale notare che, se è vero che la clausola non fa espresso riferimento all'impossibilità di formulare eccezioni, va considerato che la prestazione del garante è eseguita entro il tempo indicato dalla norma.

Tale aspetto assume peculiare rilievo in quanto espressione della volontà negoziale di consentire al beneficiario di escutere il garante con la stessa, tempestiva efficacia con cui potrebbe far proprio un versamento cauzionale.

La giurisprudenza di legittimità valorizza tale situazione al fine di ritenere preclusa la possibilità per il garante di sollevare eccezioni in ordine al rapporto sottostante, non essendo immaginabile, nei tempi estremamente ristretti e imposti dallo stesso beneficiario, lo svolgimento delle necessarie indagini per l'accertamento in concreto dell'inadempimento del garantito e della legittimità della richiesta dell'Amministrazione.

In sostanza, la possibilità di ottenere un pagamento in tempi imposti dallo stesso beneficiario valorizza la funzione persino “cauzionale” e comunque autonoma della garanzia che abilita alla riscossione delle somme, a prescindere, quindi, dal rapporto garantito.

Pertanto, il creditore ha la possibilità di realizzare il suo credito sui beni oggetto della garanzia mediante un atto unilaterale di richiesta scritta e incameramento della cauzione, con effetti analoghi a quelli del deposito cauzionale, ferma ovviamente restando la possibilità di eventuale rivalsa nel caso di successivo accertamento definitivo dell'inesistenza del debito assolto.

Quindi la natura giuridica del contratto di fideiussione con clausola a prima richiesta, è quella di avere la stessa funzione del deposito cauzionale.

Affrontate quindi le tematiche di modalità di escussione della garanzia, vediamo in quali circostanze questa sarà possibile.

Per farlo, dobbiamo andare a leggere il sesto comma dell'articolo 93 del codice dei contratti.

“La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione

di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 [...] a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione vi sarà l'escussione della garanzia provvisoria".

Accanto a questa norma, non va dimenticato il riferimento presente nel comma 3 dell'articolo 103 in tema di presentazione della garanzia definitiva. "La mancata costituzione della garanzia di cui al comma 1, determina la decadenza dell'affidamento e l'acquisizione della cauzione provvisoria presentata in sede di offerta da parte della stazione appaltante, che aggiudica l'appalto o la concessione al concorrente che segue nella graduatoria".

Cosa si intende quando si parla di ogni fatto riconducibile all'affidatario?

Si intende qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, e tra cui anche il difetto di un requisito partecipativo.

In conclusione, per comprendere l'importanza di una tale disposizione, ci affidiamo al pensiero del giudice amministrativo in una recentissima sentenza (Tar Cagliari numero 660 del 16 novembre 2020).

"il termine di 180 giorni previsto dall'art. 32, comma 4, del codice deve considerarsi quale *"spatium deliberandi"* massimo per addivenire alla sottoscrizione del contratto ed ha il fine di evitare che l'ulteriore protrarsi del vincolo possa arrecare danno all'impresa concorrente (vincolata alla sua offerta) ovvero alla stessa stazione appaltante (ove costretta ad un'aggiudicazione non più rispondente alle finalità pubbliche perseguite con la gara).

La sopravvenuta scadenza del termine di validità dell'offerta a seguito dell'eccessivo prolungamento delle operazioni di gara consente quindi all'aggiudicatario la scelta di disimpegnarsi da ogni vincolo negoziale senza incorrere in alcuna sanzione. In sostanza, è riservata all'aggiudicatario, nell'ambito delle sue autonome determinazioni imprenditoriali, la scelta se confermare la sua offerta ormai scaduta, addivenendo alla stipula, ovvero esercitare il suo diritto di recesso dalla fase della stipula.

Infatti, le conseguenze della sopravvenuta scadenza del termine massimo di validità dell'offerta a seguito dell'eccessivo prolungamento

delle operazioni di completamento della gara sono puntualmente precisate dal richiamato art. 32, comma 8, del codice degli appalti che affida all'aggiudicatario la scelta di disimpegnarsi o meno dal vincolo negoziale senza incorrere in alcuna sanzione.

Si è quindi riservata all'aggiudicatario, nell'ambito delle sue autonome determinazioni imprenditoriali, la scelta se "confermare" la sua offerta ormai scaduta, addivenendo egualmente alla stipula, ovvero esercitare il suo diritto di recesso e sottrarsi ad essa.

Tale facoltà è stata tuttavia subordinata, per evidenti ragioni di certezza dei rapporti giuridici e di tutela dell'affidamento, al rispetto di una tassativa modalità di comunicazione alla stazione appaltante del venir meno dell'interesse alla conclusione del contratto.

Recita infatti testualmente l'art. 32, comma 8, cit., che "Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto...".

Per contro, la Stazione Appaltante, a seguito del decorso del termine anzidetto (e in assenza di formale comunicazione dell'aggiudicatario), non perde ogni potere, ma anzi, laddove persista il pubblico interesse sotteso all'attivazione della procedura concorsuale, può ed anzi è tenuta a stipulare il contratto con l'aggiudicatario.

Orbene, nel caso di specie, anche se erano ampiamente decorsi sia il termine di 180 giorni previsto per la vincolatività dell'offerta sia il termine di 60 giorni per la stipula del contratto, la società ricorrente non ha esercitato la predetta facoltà di recesso mediante notifica di apposito atto alla stazione appaltante.

Il suo inadempimento alle richieste di presentazione della documentazione necessaria alla stipula del contratto, seppur successive al decorso di tale termine, dunque, si configura come una sottrazione al dovere (che ancora aveva) di fornire la documentazione – indicata nelle note di sollecito sopra menzionate, che assegnavano per l'adempimento il termine di 10 giorni – necessaria per addivenire alla stipula del contratto.

Ne segue, in ragione della validità e

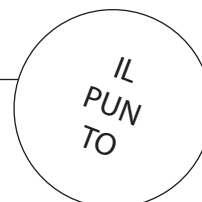
perdurante efficacia dell'offerta, la legittimità della nota dell'AREA del 17 febbraio 2020 di declaratoria di decadenza dall'aggiudicazione e di incameramento della fideiussione provvisoria, essendosi verificati i presupposti di cui all'art. 93 del codice appalti il quale prevede che "La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario...".

Non può infatti ritenersi che la nota della

ricorrente del 27 febbraio 2020, successiva alla richiesta della stazione appaltante, possa valere a inficiare, quale postuma volontà di recesso dal vincolo derivante dall'aggiudicazione, la legittimità della decisione dell'amministrazione di procedere comunque alla stipula del contratto e ad adottare, stante l'inadempimento della ricorrente ai doveri di collaborazione nascenti dall'intervenuta aggiudicazione, i conseguenti provvedimenti di legge."

L'ANAC aggiorna le proprie Linee guida in materia di appalti di servizi postali

di Alessandra Verde



1. Considerazioni generali

Gli appalti per l'affidamento di servizi postali sono stati per la prima volta oggetto di attenzione da parte dell'ANAC nel 2014, quando l'Autorità ha adottato la propria determinazione n. 3 recante "Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali". Dopo tale data, è entrato in vigore il nuovo Codice dei contratti pubblici e, soprattutto, è stato abrogato l'art. 4 del D. Lgs. n. 261/1999 che imponeva l'affidamento in esclusiva al fornitore del servizio universale dei servizi inerenti alle notificazioni e comunicazioni di atti a mezzo posta connesse alla notifica di atti giudiziari e i servizi inerenti alle notificazioni a mezzo posta di violazioni del Codice della strada.

Tale abrogazione ha comportato la piena liberalizzazione del settore postale e la conseguente esigenza di garantire la piena apertura alla libera concorrenza negli appalti di tale tipo di servizi.

Per soddisfare appieno l'esigenza di rendere

effettiva la liberalizzazione del settore, l'Autorità Anticorruzione, unitamente all'AGCOM – Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, ha ritenuto necessario aggiornare le Linee guida del 2014, al fine di superare alcune criticità emerse negli affidamenti di tali servizi nonché di porre rimedio alla mancata osservanza, da parte di talune stazioni appaltanti, delle indicazioni presenti nelle prime Linee guida.

Gli operatori alternativi a Poste Italiane e l'AGCOM hanno infatti segnalato alcune problematiche connesse alla predisposizione dei bandi di gara che, di fatto, favoriscono il gestore del servizio universale, funzionando da barriera all'accesso.

Si tratta, per esempio, della richiesta di requisiti di copertura sproporzionati rispetto al servizio richiesto o della valorizzazione, ai fini della valutazione dell'offerta, dei soli punti di giacenza, senza considerare modalità alternative di consegna nel caso di esito negativo del primo tentativo di recapito.

1. Ad opera dell'art. 1, comma 57, lett. b), L. 4 agosto 2017, n. 124, a decorrere dal 10 settembre 2017.

Da un'analisi del complesso delle gare d'appalto per l'affidamento di servizi postali bandite nel corso del 2019 in tutto il territorio nazionale, sulla base dei dati tratti da SIMOG, l'ANAC ha rilevato un giro d'affari per quasi un miliardo di euro. L'importo medio delle gare è di poco più di un milione di euro e, fatte salve le necessarie approssimazioni causate anche dal fatto che non tutti i RUP adempiono tempestivamente e correttamente agli obblighi informativi attraverso l'implementazione di SIMOG, emerge con evidenza la netta prevalenza degli affidamenti in favore di Poste Italiane s.p.a., soprattutto per le gare di importo più elevato. Di tali considerazioni l'Autorità dà conto nella Relazione illustrativa alla bozza di Linee guida in consultazione.

Occorre dire che l'ANAC ha fatto precedere la predisposizione del documento in esame dai lavori di un tavolo tecnico al quale hanno partecipato, oltre ai rappresentanti delle due Autorità, Consip, ANCI, Poste Italiane s.p.a., Nexive, CNA e Consorzio A.RE.L. – FULMINE, per esaminare e comprendere, da un punto di vista tecnico, le problematiche evidenziate e garantire il rispetto del principio di massima partecipazione all'iter decisionale da parte dei soggetti interessati. Sulla bozza del documento di consultazione sono state acquisite, inoltre, le osservazioni di Assopostale. Adesso, il documento così elaborato è stato posto in consultazione *online* fino al 31 dicembre prossimo. Tutti gli *stakeholders* interessati potranno far pervenire le proprie osservazioni entro tale termine.

Conclusa la fase di consultazione, l'ANAC adotterà le Linee guida, ai sensi dell'art. 213, comma 2 del Codice dei contratti pubblici. Questa volta si tratterà di Linee guida adottate congiuntamente con AGCOM, che, per parte sua, le adotterà in forza del disposto del D.L. n. 201/2011 (convertito in L. n. 214/2011) che ha designato l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni quale autorità

nazionale di regolamentazione per il settore postale ai sensi dell'art. 22 della direttiva 97/67/CE.

2. Quadro normativo di riferimento

L'articolo 120 del Codice dei contratti pubblici considera come servizi postali i seguenti servizi: poste e telecomunicazioni, servizi postali e di corriere, servizi postali, servizi postali per giornali e riviste, servizi postali per la corrispondenza, servizi postali per pacchi, servizi di sportello presso uffici postali, servizi di affitto di cassette postali, servizi di fermo posta e servizi di messaggeria interna.

I servizi postali rientrano nell'allegato IX al Codice dei contratti pubblici, pertanto agli stessi si applica il regime alleggerito previsto agli articoli 140 e seguenti del Codice, che comporta soglie di rilevanza comunitaria differenti e norme peculiari in merito agli avvisi e alla pubblicità dell'appalto. Sono assoggettati al regime ordinario, invece, i servizi di solo trasporto (trasporto di prodotti postali su strada, servizi di trasporto colli, servizi di linea di trasporto di posta aerea, servizi di trasporto aereo non regolare di posta).

I servizi postali oggetto delle Linee guida sono i servizi di corrispondenza, qualificabili come contratti di appalto che hanno ad oggetto più tipi di prestazioni: la raccolta, lo smistamento in partenza, il trasporto, lo smistamento in arrivo e la distribuzione

degli invii postali. Tra tali differenti tipologie di prestazioni, l'oggetto principale del contratto, ai sensi dell'articolo 28, comma 9, del Codice, è individuabile nell'attività di recapito.

In quanto rientranti nei servizi di cui all'allegato IX del Codice, come già detto, i servizi postali sono assoggettati alle disposizioni della parte II, Titolo IV, capo II e ad essi si applicano, per quanto ivi non espressamente previsto, le disposizioni delle parti I, II e VI del Codice.

A seguito dell'abrogazione dell'art. 4 del D. Lgs. n. 261/1999 che ha comportato la piena liberalizzazione del settore postale e la conseguente esigenza di garantire la piena ed effettiva apertura alla libera concorrenza negli appalti di tale tipo di servizi, l'ANAC e AGCOM hanno deciso di aggiornare le Linee guida per l'affidamento di appalti pubblici di servizi postali in vigore, elaborando un documento ora in consultazione da parte degli stakeholders.



Resta tuttavia ferma la previsione di cui all'art. 23, comma 2, del D. Lgs. n. 261/1999, come modificato dal D. Lgs. n. 58/2011, secondo cui il servizio universale - inteso come il servizio di raccolta, trasporto e smistamento di invii, pacchi postali, ivi compresi quelli raccomandati e assicurati, che risponde alla necessità di offrire un servizio tale da garantire il rispetto delle esigenze essenziali, senza discriminazioni, ininterrotto e di offrire agli utenti, in condizioni analoghe, un trattamento identico e funzionale alle loro esigenze in continua evoluzione - è affidato a Poste Italiane S.p.A. per un periodo di quindici anni. Ogni cinque anni il Ministero dello sviluppo economico deve tuttavia verificare che l'affidamento del servizio universale a Poste Italiane sia conforme a determinati criteri e che, nello svolgimento dello stesso, si registri un miglioramento di efficienza, sulla base di indicatori ben definiti, pena la revoca dell'affidamento.

A livello comunitario, il percorso di liberalizzazione del servizio postale ha avuto avvio in epoca ormai risalente. La prima direttiva in materia è infatti del 1997 (la n. 97/67/CE), poi seguita da altre due direttive postali nel 2002 e nel 2008 (le nn. 2002/39/CE e 2008/6/CE). Con esse è stata favorita una graduale apertura dei mercati nazionali nel settore dei servizi postali ad una più ampia concorrenza oltre che ad una graduale armonizzazione delle differenti regole vigenti nei vari Stati membri.

La Terza direttiva postale è quella che, più delle altre, ha segnato il passo verso il definitivo superamento della concezione monopolistica del servizio postale in capo al fornitore del servizio universale per lasciare spazio alla libera concorrenza. In attuazione della Terza direttiva, infatti, in Italia è stato emanato il D. Lgs. n.

2. L'art. 3 del D. Lgs. n. 261/1999 definisce così il servizio universale: <<1. È assicurata la fornitura del servizio universale e delle prestazioni in esso ricomprese, di qualità determinata, da fornire permanentemente in tutti i punti del territorio nazionale, incluse le situazioni particolari delle isole minori e delle zone rurali e montane, a prezzi accessibili all'utenza.

2. Il servizio universale, incluso quello transfrontaliero, comprende:

- a) la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione degli invii postali fino a 2 kg;
- b) la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione dei pacchi postali fino a 20 kg;
- c) i servizi relativi agli invii raccomandati ed agli invii assicurati.

(...) 5. Il servizio universale è caratterizzato come segue:

- a) la qualità è definita nell'ambito di ciascun servizio e trova riferimento nella normativa europea;
- b) il servizio è prestato in via continuativa per tutta la durata dell'anno;
- c) la dizione «tutti i punti del territorio nazionale» trova specificazione, secondo criteri di ragionevolezza, attraverso l'attivazione di un congruo numero di punti di accesso, al fine di tenere conto delle esigenze dell'utenza. Detti criteri sono individuati con provvedimento dell'autorità di regolamentazione;
- d) la determinazione del «prezzo accessibile» deve prevedere l'orientamento ai costi in riferimento ad un'efficiente gestione aziendale.

6. Il fornitore del servizio universale garantisce per almeno 5 giorni a settimana:

- a) una raccolta;
- b) una distribuzione al domicilio di ogni persona fisica o giuridica o, in via di deroga, alle condizioni stabilite dall'autorità di regolamentazione in installazioni appropriate.

(...) 8. Il servizio universale risponde alle seguenti necessità:

- a) offrire un servizio tale da garantire il rispetto delle esigenze essenziali;
- b) offrire agli utenti, in condizioni analoghe, un trattamento identico;
- c) fornire un servizio senza discriminazioni, soprattutto di ordine politico, religioso o ideologico;
- d) fornire un servizio ininterrotto, salvo casi di forza maggiore;
- e) evolvere in funzione del contesto tecnico, economico e sociale, nonché delle esigenze dell'utenza.

(...) 11. Il fornitore del servizio universale è designato nel rispetto del principio di trasparenza, non discriminazione e proporzionalità. La designazione è effettuata sulla base dell'analisi dei costi del servizio universale nonché dei seguenti criteri:

- a) garanzia della continuità della fornitura del servizio universale in considerazione del ruolo da questo svolto nella coesione economica e sociale;
 - b) redditività degli investimenti;
 - c) struttura organizzativa dell'impresa;
 - d) stato economico dell'impresa nell'ultimo triennio;
 - e) esperienza di settore;
 - f) eventuali pregressi rapporti con la pubblica amministrazione nel settore specifico, con esito positivo.
- (...)>>.

58/2011 che ha abolito qualunque monopolio in capo al fornitore del servizio universale, fatta eccezione per i servizi inerenti alle notificazioni di atti a mezzo posta connesse con la notifica di atti giudiziari e di violazioni del Codice della strada. Quest'ultimo baluardo del monopolio in capo a Poste Italiane è caduto, come accennato, nel 2017 a seguito dell'emanazione della L. n. 124, legge annuale per il mercato e la concorrenza.

Nello stesso anno, l'AGCOM, con propria delibera n. 384/17/CONS, ha rivisto le previsioni in materia di accesso alla rete e all'infrastruttura postale di Poste Italiane in quanto fornitore del servizio universale. È stato confermato l'obbligo in capo a detta Società di negoziare condizioni di accesso eque e ragionevoli alla propria rete postale, pur se limitato ad un unico livello di rete (CMP). Per l'accesso alla rete nelle aree di recapito in cui è presente solo la rete di Poste Italiane, la delibera ha invece previsto che la tariffa sia orientata ai costi pertinenti effettivamente sostenuti da PI, opportunamente efficientati.

L'abrogazione del diritto di esclusiva di Poste Italiane per i servizi di notificazione di atti a mezzo posta connesse con la notifica di atti giudiziari e di violazioni del Codice della strada ha tuttavia imposto di contemperare le esigenze di libera concorrenza e di accesso di tutti gli operatori al mercato con l'interesse pubblico alla certezza e alla correttezza del procedimento di notifica, cui sono sottesi delicati interessi di natura anche civilistica e penalistica. Il compito di contemperare tali opposte esigenze è stato attribuito ad AGCOM che, con proprio regolamento, ha dovuto far sì che, pur nel rispetto dei principi della concorrenza e dell'apertura del mercato, sia sempre e comunque

garantita la certezza legale della conoscenza dell'atto da parte del destinatario attraverso un procedimento (disciplinato dalla legge) che si svolga in modo lineare e con il massimo livello di garanzia del suo buon esito. Per fare ciò, è risultato necessario garantire l'unicità del processo di notificazione affidando ad un medesimo operatore lo svolgimento dell'intero servizio.

Tuttavia, se l'identificazione del "medesimo operatore" venisse compiuta secondo criteri prettamente formalistici, si giungerebbe a soluzioni di fatto precludenti l'accesso al mercato alla maggior parte degli operatori. Va detto infatti che, nel settore postale, il fenomeno della

frammentazione dell'impresa ha dato luogo alla diffusione, tra gli operatori alternativi a Poste Italiane di formule organizzative riconducibili ad una organizzazione a rete, fortemente accentrata sull'operatore principale.

Quest'ultimo ha poteri di ingerenza sull'intera organizzazione e gestisce tutto il servizio affidando l'esecuzione di alcune fasi di esso (accettazione, recapito) ad operatori più piccoli che operano in ambito locale e che, formalmente, appaiono come soggetti giuridicamente autonomi rispetto all'impresa posta al vertice dell'organizzazione. Di regola, tale organizzazione a rete è regolamentata sotto il profilo giuridico da

contratti plurilaterali di consorzio oppure mediante una pluralità di contratti bilaterali collegati di subfornitura o di *franchising*.

Se ci si fermasse al dato formalistico, queste organizzazioni a rete, in cui i soggetti più piccoli - pur sostanzialmente collegati e dipendenti rispetto al soggetto di vertice - sono formalmente autonomi

Il settore dei servizi postali ha subito una graduale evoluzione, partendo da una situazione di totale esclusiva in capo al fornitore del servizio universale, per arrivare all'attuale situazione di totale liberalizzazione del mercato, attraverso una fase intermedia di progressiva apertura agli operatori alternativi, grazie soprattutto all'intervento in tale direzione della normativa comunitaria susseguitasi nell'ultimo ventennio.



3. Regolamento in materia di rilascio delle licenze per svolgere il servizio di notificazione, approvato con delibera AGCOM n. 77/18/CONS.

rispetto ad esso, si potrebbe già parlare di mercato libero, laddove tuttavia tale liberalizzazione sarebbe solo apparente. Per tali ragioni, l'AGCOM, giustamente preoccupata di realizzare una liberalizzazione che sia sostanziale, ha individuato una soluzione volta a contemperare l'interesse all'effettiva apertura della concorrenza con la garanzia della certezza, correttezza ed affidabilità della procedura di notifica a mezzo posta, considerando "medesimo operatore" il soggetto di vertice di un'organizzazione unitaria (composta da una pluralità di soggetti aggregati in forma stabile e continuativa, con vincolo di esclusività e operanti con il medesimo segno distintivo) e di imputare al soggetto di vertice la responsabilità, sotto qualsiasi profilo, della fornitura del servizio.

3. I suggerimenti forniti dalla bozza di Linee guida: la suddivisione in lotti dell'appalto

Come accade per tutte le Linee guida ANAC, anche nel documento in consultazione che qui interessa vengono forniti una serie di suggerimenti e indicazioni alle stazioni appaltanti, riferiti per lo più alla fase di predisposizione della documentazione di gara, così da favorire l'effettivo accesso al

Un ruolo fondamentale nella effettiva liberalizzazione del mercato dei servizi postali è svolto anche da AGCOM che, con proprio regolamento, ha fatto sì che non ci si fermi ad una apparente condizione di libera concorrenza, data dalla formale autonomia giuridica degli operatori più piccoli rispetto al soggetto di vertice cui sono collegati, ma ha imposto che si consideri "medesimo operatore" il soggetto di vertice di un'organizzazione a rete, unitamente alla pluralità di soggetti aggregati ad esso in forma stabile e continuativa.



mercato degli operatori costituenti micro, piccole e medie imprese.

In primo luogo, le due Autorità suggeriscono di utilizzare in modo ponderato e differenziato l'istituto della suddivisione in lotti dell'appalto. Le stazioni appaltanti infatti possono distinguere i servizi a monte e quelli a valle del servizio postale - laddove i servizi a monte sono i servizi di elaborazione, composizione dei documenti, stampa e imbustamento, mentre i servizi a valle includono la conservazione sostitutiva e l'archiviazione degli avvisi di ricevimento - e decidere di affidare i servizi a monte e a valle del servizio postale con appalto separato oppure suddividere, ai

sensi dell'articolo 51 del Codice, l'appalto in lotti funzionali o in lotti prestazionali.

A tal fine, la stazione appaltante, in sede di definizione dei lotti, valuta se, in base all'analisi delle condizioni di mercato esistenti, vi siano imprese che possano offrire in modo efficiente servizi a monte e a valle rispetto al servizio postale. Sempre al fine di aprire il più possibile tali appalti alla concorrenza, le stazioni appaltanti valutano altresì l'opportunità di suddividere l'oggetto dell'affidamento in più lotti di recapito distinti, ad esempio, in base ad aree omogenee di territorio, distinte in aree infra o extra regionali, oppure

4. Nel regolamento AGCOM si spiega anche perché i medesimi principi non possano essere applicati alla "ripostalizzazione", cioè l'insieme dei servizi che permettono di comunicare a mezzo posta cartacea utilizzando unicamente un computer con accesso alla rete internet, in cui le attività di stampa su carta, imbustamento, affrancatura, ecc., sono svolte da un soggetto e le attività della produzione dei documenti in formato digitale sono svolte da un soggetto differente. In tale situazione, l'operatore alternativo, acquisendo un servizio da Poste Italiane, darebbe luogo ad una segmentazione del servizio di notifica, in contrasto con la natura unitaria del servizio e con evidenti conseguenze sotto il profilo della responsabilità. La fase terminale del recapito sarebbe svolta, sia sotto il profilo operativo che contrattuale, da un operatore postale (PI) terzo, diverso da quello originariamente contrattualizzato dal mittente. In estrema sintesi, la complessità della procedura di notifica richiederebbe, per evitare qualsiasi disservizio o incertezza nell'attribuzione delle responsabilità, una forte integrazione, anche organizzativa, tra l'operatore e Poste Italiane, circostanza questa che tuttavia non è realizzabile.

per tipologia di prodotto o, ancora, in funzione del numero di recapiti previsti, della frequenza di consegna e della specificità di servizio.

L'eventuale mancata suddivisione in lotti deve essere adeguatamente motivata da ragioni connesse, ad esempio, ad obiettive esigenze di connessione funzionale (unitarietà del servizio postale) che rendano opportuno affidare congiuntamente le prestazioni oggetto del contratto oppure all'inefficienza o all'antieconomicità della suddivisione in lotti.

4. (Segue) La copertura del servizio di recapito come criterio di valutazione delle offerte

Un altro suggerimento dato dalla bozza di Linee guida concerne la possibilità di considerare, tra i criteri di valutazione delle offerte tecniche, la copertura del servizio di recapito, ovvero di considerare tale requisito come livello minimo da rispettare in fase di esecuzione. Le due possibilità sono previste come alternative al fine di scongiurare una eccessiva penalizzazione degli operatori alternativi che non sarebbero in grado di offrire il cento per cento della copertura.

Il calcolo della copertura dovrà essere effettuato sulla base dei volumi di corrispondenza risultanti dai flussi storici, distinti per tipologia di prodotto e destinazione, laddove sia possibile avere tali dati.

Le Autorità suggeriscono, in caso di suddivisione dell'appalto in lotti geografici estesi - per i quali richiedere un livello di copertura più elevato rischierebbe di limitare la partecipazione - di differenziare la copertura minima sulla base dell'ambito geografico, fornendo indicazioni esemplificative delle percentuali che potrebbero essere ritenute congrue.

La copertura potrà essere valutata nell'ambito dell'offerta tecnica mediante l'attribuzione di un

punteggio aggiuntivo per fasce di copertura che eccedono il livello minimo di copertura richiesto. In tal caso, il punteggio aggiuntivo sarà attribuito in maniera decrescente, all'aumentare della copertura.

Nell'ambito dell'offerta economica, invece, la copertura dovrà essere valutata sulla base della possibilità di operare del concorrente che può garantire l'attività di recapito della corrispondenza attraverso la propria organizzazione diretta e/o indiretta o mediante la sottoscrizione di accordi di accesso alla rete di Poste, oppure con l'utilizzo di servizi di recapito equivalenti a "Posta Time" offerti da Poste per le aree EU2 (cioè le aree di recapito in cui è presente solo la rete di Poste Italiane). La quota non coperta dal concorrente sarà postalizzata tramite il servizio universale.

Le Linee guida forniscono altresì una specifica formula per il calcolo del prezzo offerto che tiene conto delle peculiarità del settore in esame.

Le Linee guida suggeriscono anche ulteriori parametri di valutazione possibili, da individuare e selezionare sulla base delle necessità delle singole stazioni appaltanti. Ad esempio, si potrebbe attribuire un punteggio crescente sulla base della percentuale offerta di consegne al primo tentativo oppure premiare con un punteggio tecnico più elevato l'offerta di un maggior numero di punti di giacenza o di modalità alternative di consegna (ad esempio: passaggi multipli, recapito per appuntamento, accordi con esercizi commerciali),

che garantiscano elevati standard di sicurezza e riservatezza.

Per gli appalti di maggiori dimensioni, le stazioni appaltanti potrebbero altresì valutare l'opportunità di attribuire un punteggio aggiuntivo e proporzionato alle imprese in possesso del *rating* di legalità rilasciato dall'AGCOM o di certificazioni equivalenti.

Le Linee guida in consultazione prevedono una serie di indicazioni e suggerimenti, rivolti principalmente alle stazioni appaltanti, volti a favorire la partecipazione del maggior numero di operatori del settore e riguardanti, ad esempio, la suddivisione in lotti dell'appalto, i criteri di valutazione delle offerte e gli obblighi informativi da inserire nei bandi.



5. (Segue) Informazioni da inserire nella documentazione di gara

La bozza di Linee guida individua inoltre una serie di informazioni che devono essere necessariamente presenti nella documentazione di gara al fine di consentire ai concorrenti la formulazione di un'offerta consapevole.

Si tratta, ad esempio, dei flussi storici di invio e di destinazione della corrispondenza diversificati per le tipologie di prodotti postali (es. posta massiva e posta raccomandata) e per le diverse grammature (peso dell'invio), oppure l'indicazione di eventuali, possibili variazioni delle proprie modalità operative idonee ad incidere sull'entità e le modalità di comunicazione con gli utenti finali (es. il passaggio all'invio telematico delle fatture), individuando preventivamente possibili correttivi.

Correlata a tale necessità informativa, vi è l'indicazione di inserire nei documenti di gara la previsione di specifici obblighi di comunicazione minimi a carico dell'aggiudicatario (quali ad esempio il *reporting* degli invii per tipologia di prodotto/porto di peso/area di consegna/CAP), al fine di consentire alla stazione appaltante l'acquisizione delle informazioni necessarie alla predisposizione dei futuri bandi di gara. Il mancato o il ritardato rilascio di dette informazioni comporterà l'applicazione di specifiche penali.

A scopo incentivante, il documento in consultazione suggerisce di prevedere, oltre ai predetti requisiti informativi minimi obbligatori, anche l'attribuzione

di punteggi premiali per le offerte che prevedano la fornitura, ad esempio, di informazioni ulteriori o la creazione e messa a disposizione di banche dati che consentano la conservazione e il riuso di tali informazioni.

6. Importo a base di gara, sub-contratti e penali

Premesso che l'importo a base di gara degli appalti di servizi postali deve essere, come di regola, determinato al netto dell'IVA, il documento in consultazione precisa che, ai sensi dell'art. 32-

bis del D.L. n. 91/2014, sono esenti da IVA le prestazioni del servizio postale universale, nonché le cessioni di beni a queste accessorie, effettuate dai soggetti obbligati ad assicurarne l'esecuzione. Sono invece soggette ad IVA le prestazioni di servizi e le cessioni di beni ad esse accessorie, le cui condizioni siano state negoziate individualmente. Per tale ragione, ciascun prezzo unitario a base d'asta deve essere determinato in valore pari al corrispondente prezzo del FSU decurtato dell'IVA.

In materia di contratti continuativi di servizio o di fornitura stipulati

dall'aggiudicatario anteriormente all'avvio della gara d'appalto, le Linee guida in consultazione rammentano che deve considerarsi applicabile la fattispecie di cui all'art. 105, comma 3, lett. *c-bis* del Codice⁵, per cui tali tipi di contratti, molto frequenti nel settore dei servizi postali (si pensi ai casi in cui il fornitore principale affidi a

Le Linee guida suggeriscono alle stazioni appaltanti l'inserimento in gara di vari parametri di valutazione da selezionare sulla base delle specifiche necessità. Potrebbe essere premiato chi offre maggiori percentuali di consegne al primo tentativo oppure chi offre il maggior numero di punti di giacenza o di modalità alternative di consegna, oppure ancora chi garantisce la maggiore copertura territoriale del servizio di recapito.



5. Art. 105, comma 3, D. Lgs. n. 50/2016: <<3. Le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto: (...) *c-bis*) le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto>>.

terzi contraenti, in *franchising* o con altro tipo di contratto, singole o più fasi del servizio postale), non si configurano come subappalto.

Per essi, la bozza di Linee guida prescrive che gli stessi debbano essere stipulati in modo tale da avere data certa e stabilisce che il contraente principale debba assumere la direzione giuridica della prestazione ed essere responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante.

I suddetti contratti continuativi sono assimilabili a sub-contratti perché funzionalmente collegati all'appalto principale, anche se stipulati antecedentemente ad esso e pertanto, di regola, da considerarsi riferibili alla filiera delle imprese e assoggettati agli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari.

Per quanto concerne le penali, invece, le Linee guida in consultazione raccomandano di assicurare la proporzionalità delle penali rispetto alle prestazioni oggetto del contratto prevedendo nella documentazione di gara l'applicazione della penale non per il singolo inadempimento, quale il ritardo nel recapito del singolo invio, ma per gli inadempimenti complessivamente registrati nello svolgimento del servizio affidato in un arco temporale significativo, di norma almeno un trimestre.

7. Notificazioni a mezzo posta connesse alla notifica di atti giudiziari e di violazioni del Codice della strada

Specifiche raccomandazioni vengono fornite per l'affidamento del servizio di notificazione a mezzo posta di atti giudiziari e di violazioni al Codice della strada.

Tale servizio riveste, come accennato in premessa, carattere peculiare per il fatto che deve essere effettuato nel rispetto del principio di unitarietà del processo, volto ad assicurare la certezza legale della conoscenza dell'atto da parte del destinatario. Da ciò discende che il procedimento di notifica non può essere segmentato affidando a singoli operatori l'esecuzione in modo autonomo di singole fasi del procedimento, magari mediante lo strumento del subappalto, né è ammessa, per la stessa ragione, la postalizzazione di una parte degli invii.

Ciò non significa che nel procedimento non possa essere coinvolta una pluralità di soggetti, purché gli stessi siano tra loro aggregati in forma stabile e continuativa e con vincolo di esclusività e che la gestione dell'intera fornitura del servizio e la conseguente responsabilità siano perciò riconducibili, sotto ogni profilo, ad un unico soggetto in grado di esercitare effettivi poteri di indirizzo e di controllo sull'intera rete postale di operatori aggregati.

Solo in presenza di queste condizioni, infatti, può considerarsi garantito il principio di unitarietà del processo di notificazione.

Le Linee guida precisano che il soggetto capofila, che si assume ogni responsabilità in merito alla corretta fornitura del servizio di notifica, deve essere titolare di licenza speciale ma può svolgere il servizio di notificazione anche attraverso un'organizzazione unitaria composta dall'aggregazione di più operatori postali titolari di licenza individuale.

Il documento in consultazione impone alle stazioni appaltanti di affidare separatamente il servizio di notificazione a mezzo posta di atti giudiziari e di infrazioni al Codice della strada rispetto agli altri servizi postali, al fine di favorire la massima partecipazione.

È invece lasciato alla valutazione delle stazioni appaltanti medesime l'opportunità di suddividere in lotti distinti l'affidamento dei servizi di notificazione a mezzo posta di atti giudiziari da un lato e i servizi di notificazione delle violazioni del Codice della strada dall'altro, nonché di suddividere l'oggetto dell'affidamento in più lotti di recapito distinti in base ad aree omogenee di territorio, preferibilmente di estensione regionale, se tale scelta appaia conveniente sotto il profilo dell'efficienza e dell'economicità del servizio.

Per il resto, valgono anche per tali tipi di servizi le indicazioni fornite in generale dalla Linee guida in esame.

8. La Verifica di Impatto Regolatorio (VIR) a posteriori

Merita un accenno, in conclusione, la previsione, contenuta nella Relazione illustrativa del documento in consultazione, di una verifica a posteriori del grado di raggiungimento degli obiettivi che ANAC

e AGCOM si sono poste con l'aggiornamento delle Linee guida sin qui esaminate, ovvero l'effettiva apertura del mercato ad operatori alternativi all'ex monopolista Poste Italiane s.p.a., e di un monitoraggio dello stato di attuazione dell'intervento regolatorio. Si tratta, in concreto di una VIR (Verifica di Impatto Regolatorio), prevista in generale per certe tipologie di provvedimenti normativi e qui adottata per comprendere fino in fondo l'efficacia delle scelte regolatorie compiute.

Nella Relazione si legge infatti che il raggiungimento dell'obiettivo indicato sarà verificato valutando il numero e l'importo delle procedure aggiudicate

Specifiche raccomandazioni vengono fornite per l'affidamento del servizio di notificazione a mezzo posta di atti giudiziari e di violazioni al Codice della strada, il quale deve essere posto in essere garantendo il rispetto del principio di unitarietà del procedimento di notifica, volto ad assicurare la certezza legale della conoscenza dell'atto da parte del destinatario.



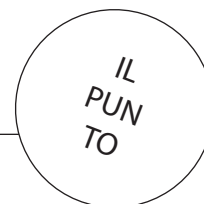
agli operatori alternativi rispetto a quelle aggiudicate a Poste Italiane e il numero dei partecipanti alle singole procedure di aggiudicazione, ponendo a confronto i dati riferiti agli anni 2019 e 2020 con i dati relativi ai due anni successivi all'entrata in vigore delle linee guida.

L'intento è quello di verificare, trascorsi due anni dall'applicazione delle Linee guida, se vi sarà stato un incremento della partecipazione alle

procedure di affidamento e, quindi, una effettiva apertura del mercato alla concorrenza e, in estrema sintesi, se l'intervento regolatorio operato con esse avrà realmente prodotto i frutti sperati.

Partenariato pubblico privato nel decreto “semplificazioni”

di Stefano de Marinis



1. Il rilancio degli investimenti

Il decreto legge 16 luglio 2020, n. 76¹, noto anche come decreto “semplificazioni”, interviene in vario modo per favorire la realizzazione di opere pubbliche e rilanciare gli investimenti infrastrutturali al fine di superare l’impasse economico in cui, non da oggi, si dibatte il Paese, fortemente aggravato dall’emergenza Covid-19, in una logica che, peraltro, dovrebbe essere quella dello sviluppo legato all’innovazione, specie sul fronte dell’efficientamento dei servizi pubblici.

2. La necessità di una recovery non fine a se stessa ma orientata a garantire innovazione e sviluppo sostenibile

A tali fini, oltre a riconfigurare il regime di responsabilità per danno erariale e ad innovare la fattispecie del reato di abuso d’ufficio, numerosi sono gli adeguamenti che il provvedimento apporta alla disciplina dei contratti pubblici, sia con modifiche destinate ad operare a regime che con previsioni *extra ordinem* finalizzate ad imprimere, per un definito arco di tempo, in specie fino a tutto il 2021, una spinta agli investimenti di natura eccezionale, anche a costo di sacrificare alcune modalità che tradizionalmente ne disciplinano l’affidamento e l’esecuzione.

In tal senso significativi sono gli inviti che, in questi giorni², il Ministero delle Infrastrutture ha indirizzato agli enti locali ed alle proprie strutture di Provveditorato, oltre che ad Anas ed RFI, per sfruttare in pieno quanto disposto dal decreto, al fine di rendere concreto quel *balzo in avanti per la nostra economia* divenuto oramai indispensabile, obiettivo questo che, per poter essere conseguito, necessita che le stazioni appaltanti applichino la legge in tutte le sue potenzialità.

1. Decreto recante “Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale”, convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120 (pubblicata in G.U. 14.09.2020, n. 120, S.O. n. 228)
2. Nota n. U0045113 del 18 novembre 2020

3. L'importanza del partenariato pubblico privato per la ripresa

Tra gli interventi a regime rientrano le modifiche al codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n.50 del 2016, destinate ad applicarsi anche oltre il 31 dicembre 2021, termine fin qui previsto per l'operatività dei regimi "in deroga"; in tale contesto rilevano in questa sede quelli riguardanti l'istituto del partenariato pubblico privato, ambito rispetto al quale già il decreto "sbloccacantieri" del 2019³ aveva apportato adeguamenti, a dimostrazione del fatto che non ai soli tradizionali appalti Governo ed istituzioni rivolgono l'attenzione per favorire la ripresa.

Ad opera del decreto legge semplificazioni si assiste, infatti, ad un ulteriore ampliamento del ruolo del finanziatore privato per la realizzazione di opere pubbliche o di utilità pubblica: in tal senso, l'articolo 8, comma 5, lett. d), consente di presentare proposte in regime di PPP anche relativamente ad interventi già inclusi negli atti di programmazione approvati; tale facoltà riguarda, ovviamente, anche gli investitori istituzionali, tra i quali, a titolo di esempio, la Cassa Depositi e Prestiti, i fondi comuni di investimento immobiliare, le assicurazioni, le casse di previdenza, i fondi pensione, ecc., in base all'apertura ad essi già disposta nel 2019.

L'insieme delle richiamate modifiche rende dunque decisivo il ruolo della finanza privata per l'attivazione di progetti pubblici che, specie nell'immediato, rischiano di rimanere bloccati, vuoi per l'inerzia dell'amministrazione, vuoi per l'indisponibilità attuale di molte delle risorse pubbliche annunciate, destinate semmai a giungere in un secondo momento.

Ne consegue, peraltro, la necessità degli investitori istituzionali di conoscere, valutare adeguatamente, il contesto delle imprese che operano sul mercato dei lavori, ovvero delle forniture e dei servizi, onde considerare le singole operazioni come meritevoli

(*eligible*) di finanziamento. In tal senso rileva non solo la redditività dell'investimento, ma anche la sua natura, l'oggetto, ad esempio legato ad interventi destinati ad abbattere le emissioni di CO₂, ad assicurare forme di mobilità innovative, a valorizzare l'utilizzo dell'intelligenza artificiale, gli operatori economici prescelti per eseguirlo, l'adozione da parte di questi dei bilanci sociali certificati a norma SA8000 ecc....

4. Le modifiche al regime del c.d. promotore

Venendo più direttamente a quanto innovato dal decreto semplificazioni, è utile analizzare più in dettaglio alcuni degli effetti legati alla possibilità, data al privato, di sollecitare l'avvio del procedimento cosiddetto di finanza di progetto, ai sensi dell'articolo 183, commi 15 e seguenti del codice dei contratti pubblici, anche relativamente ad interventi già inclusi negli atti di programmazione approvati.

Fino all'introduzione di tali modifiche, infatti, la regola prevedeva che gli operatori economici potessero presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte per la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità basate sull'utilizzo di tutte le tipologie di contratti di partenariato, ma solo relativamente a progetti non presenti negli strumenti di programmazione.

Peraltro, la possibilità che il privato potesse porsi come vero e proprio attivatore dell'iniziativa pubblica era stato inserito per la prima volta nel sistema giuridico nazionale dalla legge Merloni, in specie nella sua versione risalente al 1998⁴, che consentiva ai privati, definiti da quel momento promotori, di proporre formalmente alle amministrazioni iniziative di *project financing* inserite nel programma triennale dei lavori pubblici o in altri strumenti di programmazione.

Le modalità procedurali allo scopo a suo tempo previste (scadenze temporali a data fissa per la presentazione delle proposte, carente disciplina del

3. Trattasi del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito con la legge 14 giugno 2019, n. 55 (in G.U. n. 140 del 17.06.19), recante: «Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di ri-generazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici.»

4. Legge 18 novembre 1998, n. 415 Modifiche alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, e ulteriori disposizioni in materia di lavori pubblici" pubblicata in G.U. n. 284 del 4 dicembre 1998 - Suppl. Ord.

diritto di prelazione e delle modalità di indennizzo di quanti formulavano la proposta o concorrevano al suo miglioramento senza esserne poi gli affidatari ecc.) avevano nel tempo evidenziato numerosi limiti; d'altro canto, spesso alcune proposte di notevole contenuto innovativo e migliorativo non venivano accolte dalle amministrazioni in quanto diversamente incluse negli strumenti di programmazione, con ciò rinunciando ad applicare un iter alternativo di natura acceleratoria di grande aiuto per le amministrazioni stesse, che altresì consentiva di far fronte, fin dall'avvio dell'iter di affidamento, alle insufficienze di finanza pubblica grazie all'apporto di risorse e mezzi di soggetti privati.

In questo senso il Codice dei contratti non aveva riproposto tale modalità, ancora presente nell'abrogato codice "De Lise"⁵, prevedendo viceversa solo quella secondo la quale le proposte dei privati dovevano riguardare interventi non previsti in programmazione, onde consentire la collaborazione tra pubblico e privato oltre che nella fase realizzativa e di gestione degli investimenti, anche in quella dell'ideazione e programmazione.

5. Fin dall'adozione del nuovo Codice il Consiglio di Stato aveva suggerito le modifiche oggi introdotte dal decreto semplificazioni

Fin dall'inizio, peraltro, nell'ambito del parere sullo schema di decreto recante il Codice vigente, il Consiglio di Stato aveva evidenziato che *se la finanza di progetto è uno strumento di apporto collaborativo dei privati, occorrerebbe consentirne l'utilizzazione in entrambe le ipotesi: sia per il mancato inserimento dell'opera negli strumenti di programmazione; sia per l'inerzia dell'amministrazione nella pubblicazione dei bandi relativi a opere già inserite in tali strumenti.*

Ancorché solo oggi, il decreto semplificazioni recepisce tale suggerimento, ed in proposito, nella relazione che ne illustra i contenuti, si evidenzia come *al fine di assicurare la migliore fattibilità dei*

progetti ovvero rimediare alla potenziale inerzia dell'amministrazione, la disposizione concede al promotore la facoltà di proporre progetti anche alternativi, migliorati e affinati rispetto a quelli già inseriti negli strumenti di programmazione.

La modifica normativa riscrive, quindi, la ratio più recente dell'istituto, poiché amplia il raggio d'azione di una procedura sostanzialmente a costo zero per il fatto che i privati predispongono tutta la documentazione relativa alla realizzazione di un investimento infrastrutturale, dalla progettazione, al finanziamento, alla realizzazione e successiva gestione funzionale ed economica dell'opera, e possono altresì intervenire per migliorare ed affinare ipotesi di intervento già previste. Il tutto senza in alcun modo compromettere il ruolo dell'amministrazione pubblica, alla quale spetta la parola finale in termini di accettazione o rifiuto delle modalità, ancorché innovative, di un'operazione che peraltro lei stessa aveva già posto tra i propri obiettivi di intervento.

L'ampliamento si lega non solo alla possibilità di superare situazioni di inerzia, ma anche di favorire la realizzazione di interventi rispetto ai quali l'interesse pubblico è già acquisito, semmai migliorandoli nell'ottica perseguita dagli investitori istituzionali, ad esempio rendendoli maggiormente compatibili sul piano ambientale o tecnologicamente più avanzati nell'ottica della maggior efficacia del servizio (pubblico) che l'infrastruttura dovrà rendere.

In questo senso dovrebbero potersi superare i dubbi legati alla possibilità di presentare proposte anche relativamente ad iniziative previste in programmazione come appalti, ed in tal senso il riferimento generico che ad essa compare nella legge pare supportare tale lettura.

Anche il fatto di poter riferire le proposte al campo dei servizi, oltre che dei lavori, appare meno discutibile rispetto al recente passato, dato che queste possono basarsi su qualsiasi formula di partenariato, nel cui ambito lo stesso codice riconduce anche le concessioni di servizi; ciò

5. D.lgs., 12 aprile 2006, n. 163 Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. In GU n. 100 del 2-5-2006- Suppl. Ordinario n. 107. Art. 153, commi 16-17.

6. Cons. Stato, Commissione speciale, 1° aprile 2016, n. 855.

anche in considerazione del fatto che qualsiasi investimento infrastrutturale che si ripaghi con l'uso implica di per sé l'erogazione di un servizio.

6. I promotori possono presentare proposte alle amministrazioni indipendentemente da qualsivoglia presupposto o condizione preliminare

In sintesi, così come la modifica apportata dallo sblocca cantieri ha segnato il passaggio dalla finanza di progetto tradizionale, che vedeva coinvolti principalmente grandi imprenditori e società di costruzione, ad una finanza di progetto istituzionale, che coinvolge, nella realizzazione e gestione di opere pubbliche investitori istituzionali, l'ultimo cambiamento normativo ha liberalizzato l'istituto in esame consentendo ai soggetti promotori di presentare proposte alle amministrazioni aggiudicatrici indipendentemente da qualsivoglia presupposto o condizione preliminare.

7. Le modifiche al Partenariato Pubblico-Privato: i contratti di EPC

L'art. 8 del decreto "semplificazioni" al comma 5, lettera c-quater, introdotta in sede di conversione, inserisce altresì un nuovo periodo nell'articolo 180, comma 2 del Codice, relativamente alle modalità di remunerazione dell'operatore economico nell'ambito dei contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica (gli Energy Performance Contract - EPC) le cui caratteristiche di base sono di seguito illustrate.

Più precisamente la disposizione specifica che "i ricavi di gestione dell'operatore economico possono essere determinati e pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica stabiliti contrattualmente, purché quantificabili in relazione ai consumi; la misura di miglioramento dell'efficienza energetica, calcolata conformemente alle norme in materia di attestazione della prestazione energetica degli immobili e delle altre infrastrutture energivore, deve essere resa disponibile all'amministrazione concedente a cura dell'operatore economico e deve essere verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, anche avvalendosi di apposite piattaforme informatiche adibite

per la raccolta, l'organizzazione, la gestione, l'elaborazione, la valutazione e il monitoraggio dei consumi energetici".

Con la modifica proposta, si stabilisce che i ricavi di gestione possono essere determinati e pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica, ovvero possono essere commisurati ad altri criteri di prestazione energetica, definiti contrattualmente, purché chiaramente quantificabili.

In sostanza sembra che la norma si preoccupi di assicurare che, nell'ambito di operazioni di PPP qualificate come EPC sia assicurata la corretta allocazione dei rischi contrattuali, stabilendo che la remunerazione del partner privato debba essere dipendente dai risultati effettivamente conseguiti e dalle prestazioni rese, dovendo tale corretta allocazione essere opportunamente monitorata e verificata.

L'energy performance contract (EPC o contratto di rendimento energetico) è una fattispecie contrattuale introdotta dalla direttiva 2012/27/UE, recepita nel nostro ordinamento con il D.lgs. n. 102/2014, per promuovere l'efficienza energetica.

In particolare l'EPC, secondo la definizione riportata all'articolo 2, comma 1, lett. n) del d.lgs. n. 102/2014 è un "accordo contrattuale tra il beneficiario e il fornitore di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, laddove siano erogati investimenti (lavori, forniture o servizi) nell'ambito della misura in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari".

Oggetto principale del contratto è, quindi, il conseguimento di una "misura di miglioramento dell'efficienza energetica" stabilita dalle parti, anche in termini di risparmi finanziari, che costituisce, al contempo, il parametro in funzione del quale saranno pagati gli investimenti effettuati dal soggetto privato (di qualsiasi natura: lavori-forniture o servizi). L'EPC è il modello contrattuale attraverso il quale operano tipicamente le ESCo, soggetti specializzati in grado di offrire ai propri clienti, beneficiari dei servizi di efficienza e risparmio energetico, le seguenti prestazioni:

diagnosi energetica e audit energetico; studio di fattibilità degli interventi di miglioramento dell'efficienza energetica; progettazione degli interventi; reperimento delle risorse finanziarie; realizzazione dell'intervento; gestione dei sistemi riqualificati; finanziamenti tramite terzi.

Nella prassi si sono sviluppati più modelli contrattuali di EPC, sicché esso può assumere connotazioni e contenuti differenti in base allo specifico regolamento del rapporto tra le parti.

8. I rischi nei contratti EPC e le categorie di rischio che contraddistinguono i contratti di PPP

Tale fattispecie contrattuale presenta, per natura, degli indubbi profili di assunzione del rischio, da parte del contraente privato, in quanto questi si impegna, come detto, a realizzare un dato livello di risparmio energetico e ad anticipare il capitale necessario alla realizzazione degli interventi di efficientamento energetico.

I rischi connessi a tali obbligazioni contrattuali non appaiono, tuttavia in tutto coincidenti con le categorie di rischio che contraddistinguono i contratti di PPP secondo la disciplina delineata negli articoli 180 e seguenti del Codice; per tale motivo in dottrina e in giurisprudenza ha stentato ad affermare con sicurezza che questi contratti rivestano in senso proprio la natura di contratti di PPP.

L'inserimento nel Codice dei contratti pubblici, all'art. 180 relativo al Partenariato Pubblico Privato, di tali contratti di rendimento energetico sembra peraltro farli entrare a pieno titolo tra i contratti di PPP, purché ovviamente presentino le caratteristiche ivi indicate.

Se nella prassi tali contratti, qualora ben redatti, venivano già considerati forme di PPP, spesso tuttavia potevano nascere criticità attuative.

Tale precisazione normativa potrà rendere più semplici e soprattutto più corrette – in ossequio alla nuova disposizione – le operazioni in finanza di progetto che hanno ad oggetto tale tipologia contrattuale.

Tuttavia, come per qualsiasi contratto di partenariato, la questione della qualificazione di tale contratto quale appalto o contratto di PPP, resta delicata e, sotto l'aspetto pratico, da risolvere caso per caso, avendo riguardo alle caratteristiche connotanti in concreto ogni singola fattispecie.

9. I PPP nei beni culturali

Il già citato articolo 8 comma 5 alla lett. c-ter), inserita anch'essa in sede di conversione, modifica l'articolo 151 del Codice dei Contratti pubblici recante "Sponsorizzazioni e forme speciali di partenariato" nell'ambito dei beni culturali, modificandone il comma 3.

Quest'ultimo prevedeva che per assicurare la fruizione del patrimonio culturale nazionale e favorire la ricerca scientifica applicata alla tutela, il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo potesse attivare "forme speciali di partenariato con enti e organismi pubblici e con soggetti privati, dirette a consentire il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali immobili, attraverso procedure semplificate di individuazione del partner privato analoghe o ulteriori rispetto a quelle previste dal comma 1.

7. Le ESCo sono definite dall'art. 2, comma 1, lett. c) del d.lgs. 115/2008 come "qualsiasi persona fisica o giuridica che fornisce servizi energetici ovvero altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica nelle installazioni o nei locali dell'utente e, ciò facendo, accetta un certo margine di rischio finanziario. Il pagamento dei servizi forniti si basa, totalmente o parzialmente, sul miglioramento dell'efficienza energetica conseguito e sul raggiungimento degli altri criteri di rendimento stabiliti".

8. Si veda al proposito P.Piselli, S. Mazzantini, A. Stirpe, Il contratto di rendimento energetico (Energy performance contract), voce Treccani, 2010.

9. In senso favorevole si veda, tuttavia, F. Scalia, L'Energy Performance Contract (EPC) quale operazione di partenariato pubblico privato per la riqualificazione energetica del patrimonio immobiliare pubblico, in www.federalismi.it, 6 marzo 2019.

10. Stato, le regioni e gli enti territoriali possono anch'esse attivare forme speciali di PPP

La modifica prevede che non più soltanto il Ministero dei beni e delle attività culturali ma "lo Stato, le regioni e gli enti territoriali possono, con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente", attivare tali forme speciali di PPP.

L'intervento è di notevole rilevanza per il rilancio del settore dei beni culturali poiché amplia il novero dei soggetti pubblici abilitati a porre in essere iniziative di PPP nel settore attraverso

procedure semplificate per la scelta del partner privato nonché forme innovative e sperimentali di partnership tra pubblico e privato.

In altre parole non più soltanto il Ministero competente, ma anche lo Stato, le regioni e gli enti territoriali possono, in partnership con soggetti privati (ma anche pubblici), provvedere a forme di tutela del patrimonio culturale diffuso nel territorio nazionale compresi i piccoli centri ed i borghi e ampliare le forme di fruizione e valorizzazione del nostro ricchissimo patrimonio culturale inteso nel senso più ampio del termine di beni **culturali** immobili e mobili e beni paesaggisti.

La Commissione giudicatrice nelle gare di appalto.

La giurisprudenza sul tema, le disposizioni attuali e pregresse a confronto, la gestione, con l'applicazione dei diversi istituti interessati, da parte delle Pubbliche Amministrazioni al fine di nominare legittimamente una Commissione.

di Beatrice Corradi

IL
PUN
TO

1. Il requisito dell'esperienza nello specifico settore da parte della Commissione giudicatrice. Gli orientamenti giurisprudenziali

L'art. 77 del d.lgs. 50/2016 stabilisce che nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto.

Le modalità di nomina e la composizione della commissione di gara sono il risultato del fatto che nelle procedure in cui la selezione delle offerte

avviene secondo criteri di carattere discrezionale, occorre assicurare la massima imparzialità, trasparenza e competenza dei soggetti preposti alla formulazione dei giudizi tecnici sulle offerte.

La competenza tecnica che deve essere posseduta dai membri della Commissione giudicatrice non deve necessariamente essere desunta da uno specifico titolo di studio, potendo risultare anche da incarichi svolti e attività espletate: talché, la qualifica di "esperto", richiesta dall'art. 77, c. 1 non richiede obbligatoriamente, ad esempio, il possesso del diploma di laurea; il possesso della laurea è un elemento astrattamente idoneo a garantire la competenza tecnica, ma ciò non esclude che la qualifica di esperto possa desumersi dai numerosi incarichi svolti, indicativi di una esperienza tecnica acquisita sul campo, nel concreto svolgimento dell'attività professionale (in questo senso, cfr. C.d.S., VI, 2 febbraio 2015, n. 473 e già prima Consiglio di Stato n.6297/2009).

La Commissione di gara inoltre deve essere composta da esperti nell'area di attività in cui ricade l'oggetto del contratto, ma non necessariamente in tutte e in ciascuna delle materie tecniche e scientifiche o addirittura nelle tematiche alle quali attengono i singoli e specifici aspetti presi in considerazione dalla *lex specialis* di gara ai fini valutativi", questo in particolare quando la procedura riguarda un materia non specialistica (esempio gare connesse al funzionamento ordinario dell'ente, quali pulizie, vigilanza).

Non si ritiene dirimente, inoltre, la circostanza che i soggetti non abbiano in precedenza svolto la medesima funzione con riferimento ad appalti nel campo oggetto dell'appalto, la dimostrazione della specifica esperienza non deve infatti trarsi dall'avvenuto svolgimento di incarichi analoghi o sovrapponibili a quello oggetto di valutazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 3295 del 2015; sez. IV, n. 552 del 2015; sez. IV, 11/12/2014, n. 6079). In tale prospettiva è pacifico che *"La presenza, pertanto, di componenti portatori di diverse esperienze professionali, sia di natura gestionale ed amministrativa sia di natura tecnica, risponde, in un rapporto di complementarità, alle esigenze valutative imposte dall'oggetto della gara d'appalto"* (Consiglio di Stato, Sezione VI, 10 giugno 2013, n. 3203).

Il requisito dello "specifico settore" è interpretato in modo costante nel senso che la competenza ed esperienza richieste ai commissari debba essere riferita ad aree tematiche omogenee e non anche alle singole e specifiche attività oggetto dell'appalto (Consiglio di Stato, Sezione V, 18 luglio 2019, n. 5058 e 1 ottobre 2018, n. 5603):

Le modalità di nomina e la composizione della commissione di gara si spiegano in quanto nelle procedure in cui la selezione delle offerte avviene secondo criteri di carattere discrezionale, occorre assicurare la massima imparzialità, trasparenza e competenza dei soggetti preposti alla formulazione dei giudizi tecnici sulle offerte. Il requisito dello "specifico settore" è interpretato in modo costante nel senso che la competenza ed esperienza richieste ai commissari debba essere riferita ad aree tematiche omogenee e non anche alle singole e specifiche attività oggetto dell'appalto (Consiglio di Stato, Sezione V, 18 luglio 2019, n. 5058 e 1 ottobre 2018, n. 5603).

L'esperienza si valuta mediante la conoscenza specifica, la competenza tecnico-specialistica, le esperienze pregresse, una pertinente qualificazione professionale, una conoscenza amministrativa data anche dall'esperienza organizzativa.

È, quindi, principio consolidato che il requisito in questione deve essere inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze spesso richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, in quanto, secondo un accolto indirizzo giurisprudenziale, il codice degli appalti *"non richiede una perfetta corrispondenza*

tra la competenza dei membri della commissione, anche cumulativamente considerata, ed i diversi ambiti materiali che concorrono alla integrazione del complessivo oggetto del contratto. Ciò anche sul presupposto, del resto, che all'esperienza nel "settore" primario, cui si riferisce l'oggetto del contratto, si accompagna una analoga esperienza nei settori "secondari", che con quell'oggetto interferiscono o si intersecano" (Consiglio di Stato, Sezione III, 24 aprile 2019, n. 2638). Ciò non solo tenendo conto, secondo un approccio formale e atomistico, delle strette professionalità tecnico settoriali implicate dagli specifici criteri di valutazione, la cui applicazione sia prevista dalla *lex specialis*, ma considerando, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, anche le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze dell'Amministrazione, alla quale quei criteri siano funzionalmente preordinati, sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali gli

stessi siano destinati ad incidere (Consiglio di Stato, sez. III, 16.04.2018 n. 2241).

2. L'art. 84 del d.lgs. 163/2006 e l'art. 77 del d.lgs. 50/2016 a confronto

L'art. 216, comma 12, del d.lgs. n. 50, prevede che: *"Fino all'adozione della disciplina in materia di iscrizione all'albo di cui all'articolo 7, la commissione aggiudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante"*.

L'abrogato articolo art. 84, del d.lgs. 163 del 2006, prevedeva che:

"La commissione è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali, nominato dall'organo competente. I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. I commissari diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari della stazione appaltante. In caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti tra funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, ovvero con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle seguenti categorie:..."

L'abrogato art. 84, del d.lgs. 163 del 2006, prevedeva, quindi, che la commissione fosse presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali, nominato dall'organo competente. La norma precedente era quindi più articolata e presupponeva regole distinte, tra l'altro, con riferimento alla nomina del Presidente rispetto agli altri componenti di commissione. Le attuali disposizioni uniformano invece la figura di Presidente in termini di requisiti ed incompatibilità: l'art. 77 prevede, che i commissari, nel loro insieme, non debbano aver svolto, né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto. La norma precedente circoscriveva tale situazione unicamente ai componenti di commissione.

L'attuale disposizione prevede senza distinguere, si premette, tra Presidente e commissari, che:

- la commissione sia costituita da un numero dispari di commissari, non superiore a cinque, individuato dalla stazione appaltante;
- i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. Disposizione diversa rispetto al precedente decreto 163/2006, che come detto, lo prevedeva solo per i commissari non Presidenti;
- coloro che, nel biennio antecedente all'indizione della procedura di aggiudicazione, abbiano ricoperto cariche di pubblico amministratore, non possono essere nominati commissari giudicatori relativamente ai contratti affidati dalle Amministrazioni presso le quali hanno esercitato le proprie funzioni d'istituto;
- siano esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di membri delle commissioni giudicatrici, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi;
- La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura, precisazione non presente nel decreto legislativo 163/2006, in quanto risultato della giurisprudenza occorsa negli anni.

Il Presidente della commissione giudicatrice è individuato, quindi, dalla stazione appaltante tra i commissari sorteggiati. Disposizione non presente nel precedente decreto, il quale inoltre prevedeva: *"si applicano ai commissari le cause di astensione previste dall'art.51 cod. proc. civ."* (in tema di conflitti di interesse)". L'attuale codice prevede, invece, eliminando questo richiamo, in maniera più dettagliata che:

"Al momento dell'accettazione dell'incarico, i commissari dichiarano ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, l'inesistenza delle cause di incompatibilità e di astensione di cui ai commi 4, 5 e 6."

Le stazioni appaltanti, prima del conferimento dell'incarico, accertano l'insussistenza delle cause ostative alla nomina a componente della commissione giudicatrice di cui ai commi 4, 5 e 6 del presente articolo, all'articolo 35-bis del decreto

legislativo n. 165 del 2001 e all'articolo 42 del Dlgs. 50/2006".

L'art. 35 bis prevede:

"Coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale: non possono fare parte delle commissioni per la scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, per la concessione o l'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché per l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere."

L' Art. 42 del d.lgs. 50/2016 prevede, tra l'altro, che:

"1. Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62".

3. Imparzialità dei componenti di Commissione

L'art. 77, comma 4, del d.lgs. 50 del 2016 (che stabilisce che "I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione

o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta") intende prevenire il pericolo concreto di possibili effetti distorsivi prodotti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti che a diverso titolo siano intervenuti o possano intervenire nella procedura concorsuale, a garanzia dell'imparzialità della valutazione.

La norma precedente era più articolata e presupponeva regole distinte, tra l'altro, con riferimento alla nomina del Presidente rispetto agli altri componenti di commissione. Le attuali disposizioni uniformano invece la figura di Presidente e degli altri commissari in termini di requisiti ed incompatibilità: l'art. 77 prevede, che i commissari, nel loro insieme, non debbano aver svolto, né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto. La norma precedente circoscriveva tale situazione unicamente ai componenti di commissione.

È illegittima la composizione della commissione giudicatrice di una gara di appalto, nel caso in cui il relativo presidente abbia approvato: a) l'indizione della gara stessa, con il relativo criterio di aggiudicazione; b) il bando integrale ed i relativi allegati (tra cui il capitolato speciale d'appalto, gli elaborati di progetto e i modelli di istanza, di presentazione offerta tecnica ed economica); c) abbia nominato la commissione giudicatrice, indicando se stesso quale presidente; d) abbia approvato tutti i verbali e formulato la proposta di aggiudicazione; e) abbia, infine, disposto l'aggiudicazione definitiva.

La norma ha il duplice scopo di garantire la libertà di elaborazione delle offerte e l'imparzialità della valutazione delle stesse, a garanzia tanto dei concorrenti quanto della Stazione appaltante, impedendo che i medesimi soggetti possano influire sul contenuto del servizio da aggiudicare e sul risultato della procedura di gara.

Il principio di imparzialità dei componenti del seggio di gara va declinato nel senso di garantire la totale mancanza di un pregiudizio nei riguardi dei partecipanti alla gara stessa. La garanzia di trasparenza ed imparzialità nella conduzione della gara impedisce la presenza nella commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un'attività idonea a interferire con il giudizio di merito

sull'appalto di che trattasi (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2011, n. 4438, parere n. 46 del 21 marzo 2012).

La situazione di incompatibilità deve ricavarsi dal dato sostanziale della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara, al di là del profilo formale della sottoscrizione o mancata sottoscrizione degli stessi e indipendentemente dal fatto che il soggetto in questione sia il funzionario responsabile dell'ufficio competente (Consiglio di Stato, sez. V, 28.4.2014 n. 2191). In questo senso il decreto legislativo 50, si pone in linea con quanto precedentemente disposto dal decreto legislativo 163/2006.

Per predisposizione materiale della legge di gara deve quindi intendersi *"non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per l'amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario"*. (Consiglio di Stato, sez. V, 22.01.2015 n. 255 e 23.03.2015, n. 1565); ad integrare la prova richiesta, non è sufficiente il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità, dovendo l'art. 84, comma 4, essere interpretato in senso restrittivo, in quanto disposizione limitativa delle funzioni proprie dei funzionari dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 22.01.2015, n. 255). La sentenza n. 5958 del 18.10.2018, resa dalla sez. V del Consiglio di Stato, che richiamando quanto disposto dall'articolo 77, comma 4, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ribadendone nei termini già espressi la ratio, afferma

La garanzia di trasparenza ed imparzialità nella conduzione della gara impedisce la presenza nella commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un'attività idonea a interferire con il giudizio di merito sull'appalto di che trattasi



Le valutazioni delle offerte tecniche da parte delle commissioni di gara sono espressione di discrezionalità tecnica e, come tali, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti.



"che nella sua applicazione sia da escludere ogni automatismo, e si debba, invece, valutare caso per caso se i pregressi incarichi possano condizionare

le scelte da assumere in veste di componente della commissione, secondo un'interpretazione sostanzialistica e non meramente formale del dato normativo".

L'art. 77, comma 4 del d.lgs. n. 50 del 2016, mira a prevenire il pericolo di possibili interferenze derivanti dalla partecipazione alle Commissioni giudicatrici di soggetti (progettisti, dirigenti

che hanno emanato atti del procedimento di gara o che comunque hanno partecipato alla loro elaborazione) che siano intervenuti a diverso titolo, ma in modo significativo, nella predisposizione degli atti di gara, in funzione di garanzia del diritto delle parti a una decisione amministrativa adottata da un organo terzo e imparziale e raggiunta mediante valutazioni il più possibile oggettive e cioè non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta.

Il fondamento ultimo di razionalità della disposizione dell'art. 77, comma 4 del d.lgs. n. 50 del 2016, è quello per cui chi ha redatto la *lex specialis* non può essere componente della Commissione, costituendo il principio della separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è chiamato a concretamente applicarlo, a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del

diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta. Inoltre una lettura della disciplina in tema di contratti pubblici volta a predicare un'assoluta incompatibilità, sempre e comunque, del RUP quale componente o

presidente della commissione di gara, si porrebbe in contrasto con una regola a presidio dell'esercizio delle funzioni fondamentali che disciplina le competenze degli organi.

Si evidenzia, per completezza, che le valutazioni delle offerte tecniche da parte delle commissioni di gara sono espressione di discrezionalità tecnica e, come tali, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti ovvero ancora salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione, non essendo sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, in quanto il giudice amministrativo non può sostituire – in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri – proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle offerte (Consiglio di Stat, Sez. V, Sentenza 11 luglio 2017, n. 3400 Sull'insindacabilità della valutazione tecnica espressa dalla Commissione).

4. Nomina della Commissione a cura dell'organo competente della stazione appaltante. La gestione da parte della stazione appaltante

Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di

competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante.

L'operato della stazione appaltante non diventa illegittimo per il sol fatto della mancata previa formalizzazione di dette regole. Occorre dimostrare che, in concreto, sono mancate le condizioni di trasparenza e competenza. La nomina della commissione giudicatrice appare quindi sufficientemente sostenuta dalla produzione dei curricula dei singoli componenti e dalla formulazione, da parte di ciascuno di essi, delle dichiarazioni sostitutive attestanti l'insussistenza di eventuali cause di incompatibilità rispetto all'incarico ricevuto.

La nomina quindi deve avvenire secondo elementi prestabiliti volti a verificare la competenza della Commissione in una logica di trasparenza, preferibilmente in un "atto fonte della stazione appaltante".

L'operato della stazione appaltante non diventa illegittimo per il sol fatto della mancata previa formalizzazione di dette regole. Occorre dimostrare che, in concreto, sono mancate le condizioni di trasparenza e competenza. La nomina della commissione giudicatrice appare quindi sufficientemente sostenuta dalla produzione dei curricula dei singoli componenti e dalla formulazione, da parte di ciascuno di essi, delle dichiarazioni sostitutive attestanti l'insussistenza di eventuali cause di incompatibilità rispetto all'incarico ricevuto.

Alcune Amministrazioni definiscono mediante, ad esempio, regolamenti, i criteri per la nomina, la composizione delle Commissioni giudicatrici, i relativi compiti, i compensi, le regole di trasparenza, garantendo il rispetto dei principi fondamentali di pubblicità ed efficacia.

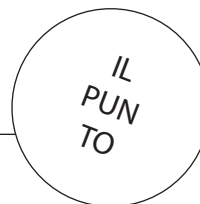
I soggetti da nominare per la valutazione delle offerte sono determinati in ragione del criterio di aggiudicazione dell'appalto e dalla sua configurazione specifica, con riferimento a ciascuna gara. Aggiudicandosi, quindi, con il criterio dell'OEPV si provvede alla nomina della Commissione giudicatrice ex art. 77 del Codice Appalti, i cui membri sono dotati di competenze: a) specialistiche e altamente qualificate, se i criteri e sub-criteri di aggiudicazione implicano valutazioni discrezionali e ampiamente discrezionali b) adeguate e genericamente riferite

a contratti/gare analoghi, se i criteri e sub-criteri hanno configurazione tabellare, misurabile, e non implicano valutazioni discrezionali di particolare rilevanza o complessità.

Altre Amministrazioni rendono noto il procedimento di nomina, provvedendo quindi alla pubblicazione dell'atto di nomina descrittivo e ricognitivo al fine di evidenziare la competenza professionale della Commissione, l'iter adottato, il rispetto delle disposizioni in tema di conflitto di interesse e di incompatibilità in termini specifici e generali.

La clausola sociale negli appalti pubblici

di Paola Cartolano



Premesse

La tutela dei lavoratori alle dipendenze dell'affidatario uscente è sempre stata sempre al centro della disciplina degli appalti pubblici con la finalità di garantire i livelli occupazionali del personale a seguito del frequente *turnover* che caratterizza gli affidamenti pubblici.

La disciplina a tutela dell'occupazione estesa anche nella materia della contrattualistica pubblica ha come indubbio obiettivo quello di assicurare, nel caso di discontinuità dell'affidatario, oltre che la continuità dell'occupazione, anche la stabilità dell'affidamento e

dell'interesse pubblico sotteso.

Come vedremo nel prosieguo, il dibattito relativo alla cd. **clausola sociale** ha da sempre oscillato tra la tutela del lavoro e la tutela della libertà di iniziativa economica intrecciandosi con il rispetto dei principi di matrice europea in tema di affidamenti pubblici.

Per clausola sociale si intende l'obbligo per l'impresa aggiudicataria che subentra nell'esecuzione del servizio di assicurare i livelli occupazionali, procedendo all'assunzione del personale già alle dipendenze nell'impresa uscente

Si premette che tali clausole, a prescindere dall'applicazione in materia di contrattualistica pubblica, trovano compiuta disciplina in ambito giuslavoristico essendo generalmente previste dai singoli CCNL di categoria, nonché nella disciplina generale dell'art. 29, comma 3 del d.lgs. n. 276/2003¹.

1. d.lgs. n. 276/2003 art. 29 comma 3 "L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda".

1. La disciplina codicistica

Nell'ambito della contrattualistica pubblica il **d.lgs. n. 163/2006** non prevedeva una disciplina *ad hoc* circa le tutele da garantire, alla scadenza dell'affidamento, al personale alle dipendenze dell'affidatario uscente.

Ai sensi dell'art. 69² dello stesso d.lgs. n. 163/2006 era tuttavia prevista la possibilità per le stazioni appaltanti di esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, attinenti a esigenze sociali o ambientali, purché compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché precisate nel bando di gara, o nella lettera invito. In applicazione alla predetta disposizione, le stazioni appaltanti nella *lex specialis* di gara prevedono la c.d. "**clausola sociale**" (anche dette "clausole di riassorbimento") ovvero l'obbligo per l'impresa aggiudicataria che subentra nell'esecuzione del servizio di assicurare i livelli occupazionali, procedendo all'assunzione del personale già alle dipendenze nell'impresa uscente. Il successivo d.lgs. 50/2016 ("**Codice Appalti**") in maniera esplicita e con un contenuto più specifico dell'art. 69 del d.lgs. n. 163/2006, ha invece disposto – nella formulazione originaria – che per gli affidamenti di contratti di lavori e servizi ad alta intensità di manodopera,

ovvero quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto, le stazioni appaltanti potessero inserire delle specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato.

Il d.lgs. 50/2016 all'art. 50 prevede la disciplina della clausola sociale in maniera esplicita e con un contenuto più specifico rispetto all'art. 69 del d.lgs. n. 163/2006



Il d.lgs. 50/2016 all'art. 50 prevede la disciplina della clausola sociale in maniera esplicita e con un contenuto più specifico rispetto all'art. 69 del d.lgs. n. 163/2006



In particolare, il Codice Appalti, in attuazione dei criteri di delega di cui alle lettere ddd), fff), ggg) e iii) della Legge n. 11/2016, in origine prevedeva che i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti potessero contenere clausole sociali compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di

trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità.

Nella formulazione odierna il d.lgs. 50/2016, come novellato dal d.lgs. n. 56/2017 n. 56 (cosiddetto Decreto Correttivo), con una formulazione che ha sovvertito l'impianto originario secondo il quale era prevista una mera facoltà per le stazioni appaltanti di prevedere nei bandi di gara la clausola sociale, prevede invece espressamente che le stazioni appaltanti inseriscano le stesse, nei bandi e nelle lettere di invito.

Facciamo riferimento all'**art. 50 del Codice Appalti** che – nel testo novellato dal Decreto Correttivo – dispone che «1. Per gli affidamenti dei contratti

di concessione e di appalto di **lavori e servizi** diversi da quelli aventi natura intellettuale, con

2. d.lgs. 163/2006 art. 69 (Condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell'invito)

"1. Le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri.

2. Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali o ambientali.

3. La stazione appaltante che prevede tali condizioni particolari può comunicarle all'Autorità, che si pronuncia entro trenta giorni sulla compatibilità con il diritto comunitario. Decorso tale termine, il bando può essere pubblicato e gli inviti possono essere spediti.

4. In sede di offerta gli operatori economici dichiarano di accettare le condizioni particolari, per l'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari".

particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti **inseriscono**, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto».

Tale scelta del legislatore interno trae origine dalle indicazioni contenute nelle Direttive 23/24/25 UE e, in particolare dalla Direttiva 2014/24/UE (considerando nn. 37, 93, 99 e art. 18, par. 2 e art. 70).

È in *primis* il Codice Appalti stesso che all'art. 3, comma 1, lettera qq) fornisce una prima **definizione di "clausole sociali"** quali quelle «disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie».

L'art. 50 nell'impianto originario era applicabile agli affidamenti di contratti sopra-soglia comunitaria nei settori ordinari e nei settori speciali, in considerazione del richiamo operato dall'art. 114, comma 1 del Codice Appalti alla disciplina generale (artt. 1 – 58), ferme restando le discipline speciali per talune materie, fra cui quella del trasporto pubblico (cfr. art. 48, comma 7 lettera e del DL 50/2017).

Da ultimo - nell'ambito della legislazione emergenziale dovuta alla pandemia da COVID-19 in corso e alla necessità di dare impulso ad un settore che rappresenta un volano per la nostra economia quale quella degli appalti - con l'art. 8 comma 5 del Decreto Legge 16 luglio 2020, n. 76, come convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120 (cd. **Decreto Semplificazioni**) è stato modificato l'art. 36, comma 1 del Codice Appalti in materia di contratti sotto-soglia comunitaria:

La disciplina della clausola sociale trova oggi applicazione anche per gli affidamenti sotto-soglia comunitaria.

in luogo della precedente formulazione, che prevedeva una facoltà per le stazioni appaltanti di applicare le clausole sociali, il nuovo testo dell'art. 36 comma 1 dispone che «Le stazioni appaltanti applicano le disposizioni di cui all'articolo 50».

La disciplina della clausola sociale trova, dunque, oggi applicazione anche per gli affidamenti sotto-soglia comunitaria.

L'estensione dell'applicazione della clausola sociale rende inevitabile un approfondimento al fine di tracciarne il perimetro, da tempo sviscerato dalla giurisprudenza e dall'ANAC.

Diversi sono infatti gli interrogativi che si sono posti gli operatori del diritto

con riferimento alla portata di detta norma. In particolare, **ci si è chiesti se in forza - prima dell'art. 69 del d.lgs. n. 163/2006 e poi dell'art. 50 del d.lgs. n. 50/2016 - le stazioni appaltanti possono imporre al nuovo affidatario la riassunzione di tutto il personale impiegato dal precedente contraente.**

È sulla legittimità e sulla portata di dette norme che la giurisprudenza e l'autorità di settore si sono interrogate al fine di rinvenire o meno un obbligo in termini assoluti della stazione appaltante di prevedere nella *lex specialis* di gara una clausola sociale.

2. L'orientamento giurisprudenziale

Già prima dell'entrata in vigore del Codice Appalti - come visto con l'enunciazione esplicita della clausola sociale - sotto la vigenza del d.lgs. n. 163/2006 la giurisprudenza aveva espresso taluni principi volti a coniugare l'eventuale introduzione nel bando di una clausola sociale con la **libertà di impresa**.

In particolare, lo stato dell'interpretazione giurisprudenziale attestatosi con riferimento al precedente codice appalti di cui al d.lgs. n. 163/2006, può essere così sintetizzato (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 30.03.2016 n. 1255): «(a) - la c.d. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa

imprenditoriale e di concorrenza, risultando, altrimenti, essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 della Costituzione, che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto, sicché tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente (cfr. Cons. Stato, VI, n. 5890/2014);

(b) - conseguentemente, l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante; i lavoratori, che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali (cfr. Cons. Stato, III, n. 5598/2015);

(c) - la clausola non comporta invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria (cfr. Cons. Stato, III, n. 1896/2013)». Circa la portata della clausola sociale dell'obbligo di continuità nell'assunzione, la giurisprudenza del Consiglio di Stato già sotto la vigenza del d.lgs. n. 163/2006 aveva ritenuto che l'affidatario subentrante «deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante» mentre «i lavoratori, che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali» (Consiglio di Stato sez. IV, 2.12.2013, n. 5725).

Ad avviso della giurisprudenza, dunque, il presupposto per il riassorbimento del personale dell'affidatario uscente era che il numero e la

qualifica di detto personale dovevano essere armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante in relazione alle proprie strategie aziendali non potendo essere imposto a quest'ultimo di assumere personale che non trova spazio nel proprio organigramma.

Il Consiglio di Stato, con riferimento alla portata di dette clausole sociali, aveva tra l'altro avuto modo di rilevare che «è evidente che la clausola sociale, la quale prevede, secondo numerose disposizioni, «l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto», (così l'art. dell'art. 29, comma 3, del d. lgs. 276/2003, ma altrettanto rilevanti sono la generale previsione dell'art. 69, comma 1, del d. lgs. 163/2006 e quella dell'art. 63, comma 4, del d. lgs. 112/1999), perseguendo la prioritaria finalità di garantire la continuità dell'occupazione in favore dei medesimi lavoratori già impiegati dall'impresa uscente nell'esecuzione dell'appalto, è costituzionalmente legittima, quale forma di tutela occupazionale ed espressione del diritto al lavoro (art. 35 Cost.), se si contempera con l'organigramma dell'appaltatore subentrante e con le sue strategie aziendali, frutto, a loro volta, di quella libertà di impresa pure tutelata dall'art. 41 Cost.» (Consiglio di Stato, sez. III, 09.12.2015 n. 5598).

Già prima dell'entrata in vigore del Codice Appalti era stato chiarito che una clausola atta a imporre in termini rigidi la conservazione del personale di cui al precedente appalto risulta illegittima: la clausola sociale deve, infatti, essere formulata in termini di previsione della priorità del personale uscente nella riassunzione presso il nuovo affidatario, in conformità alle esigenze occupazionali risultanti per la gestione del servizio, in modo da armonizzare l'obbligo di assunzione con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'affidatario subentrante. Ad avviso del Giudice Amministrativo la «stabilità occupazionale» quale valore ordinamentale deve essere infatti «promossa» e non rigidamente imposta e comunque deve essere armonizzata con i principi europei della libera concorrenza e della libertà d'impresa.

Il riferito esito interpretativo consolidatosi durante la vigenza del d.lgs. n. 163/2006 non è mutato con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016: la nuova

disciplina normativa non ha carattere innovativo con riferimento alla tematica della clausola sociale ma anzi **sussume nel testo di legge i risultati cui era giunta la giurisprudenza.**

Anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 e del Decreto Correttivo, come detto con una portata più specifica della disciplina della clausola sociale, diverse sono le pronunce del Giudice Amministrativo che sono tornate sulla portata di detta clausola.

Ad avviso della giurisprudenza la clausola sociale va infatti formulata e intesa *«in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario»*, anche perché solo in questi termini *«la clausola sociale è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa secondo la quale l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; III, 30 gennaio 2019, n. 750; III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018, n. 731; V, 17 gennaio 2018 n. 272; III 5 maggio 2017, n. 2078; V 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255)»* (Consiglio di Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6148; v. anche Consiglio di Stato, sez. VI, 21 luglio 2020, n. 4665 e Consiglio di Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1066).

3. In ambito di prassi

Dopo l'entrata in vigore del Codice Appalti, con la Delibera n. 114 del 13 febbraio 2019 l'ANAC ha adottato le **Linee Guida n. 13/2019** recanti *"La disciplina delle clausole sociali"* nell'ambito delle quali, al fine di fornire indicazioni operative circa l'applicazione di questo strumento, è stata

sostanzialmente recepita la giurisprudenza maggioritaria secondo cui la clausola sociale deve interpretarsi conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza: diversamente detta clausola risulterebbe lesiva della concorrenza, disincentivando la partecipazione alla gara e limitando la platea dei partecipanti, nonché limitativa della libertà d'impresa di concorrenti.

Le Linee guida Anac n.13/2019 – non vincolanti – sono state adottate, ai sensi dell'art. 213, comma 2 del Codice Appalti (come novellato dal d.lgs. n. 56/2017, cd. Decreto Correttivo), a seguito di una consultazione pubblica aperta a tutti gli operatori del mercato e previo parere del Consiglio di Stato. In particolare, quest'ultimo ha posto in risalto che il regime della clausola sociale *«richiede un bilanciamento fra più valori, tutti di rango costituzionale, ed anche europeo [...]». Ci si riferisce da un lato al rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost, ma anche*

dall'art. 16 della Carta di Nizza, che riconosce 'la libertà di impresa', conformemente alle legislazioni nazionali [...]. Ci si riferisce, dall'altro lato, in primo luogo al diritto al lavoro, la cui protezione è imposta dall'art. 35 Cost, e dall'art. 15 della Carta di Nizza, di analogo contenuto» (cfr. Cons. Stato, Comm. spec., parere 21 novembre 2018, n. 2703).

Ad avviso dell'ANAC, come specificato nelle Linee Guida n. 13/2019, l'obbligo di applicazione della clausola sociale richiede la sussistenza di **due condizioni**:

«- il contratto di cui si tratta è oggettivamente assimilabile a quello in essere. L'inserimento di clausole volte alla tutela dei livelli occupazionali non è legittimo qualora non sussista, per la stazione appaltante, alcun contratto in essere nel settore di riferimento, ovvero il contratto in essere presenti un'oggettiva e rilevante incompatibilità rispetto a quello da attivare, L'incompatibilità è oggettiva quando pertiene alle prestazioni dedotte nel contratto e non deriva da valutazioni o profili meramente soggettivi attinenti agli operatori economici. Non sussiste di regola incompatibilità laddove il contratto di cui si tratta preveda

La giurisprudenza ha da sempre espresso taluni principi applicativi volti a coniugare l'eventuale introduzione nel bando di una clausola sociale con la libertà di impresa dell'affidatario subentrante

prestazioni aggiuntive rispetto a quello precedente, salvo il caso in cui, per l'entità delle variazioni e per i conseguenti effetti sulle prestazioni dedotte, risulti complessivamente mutato l'oggetto dell'affidamento;

- l'applicazione della clausola sociale non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente, dovendo tale obbligo essere armonizzato con l'organizzazione aziendale prescelta dal nuovo affidatario. Il riassorbimento del personale è imponibile nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal nuovo assuntore. Tale principio è applicabile a prescindere dalla fonte che regola l'obbligo di inserimento della clausola sociale (contratto collettivo, Codice dei contratti pubblici)».

Ad avviso dell'ANAC, dunque, la legittimità delle clausole sociali, sussiste soltanto se l'oggetto del contratto d'appalto sia assimilabile oggettivamente a quello preesistente: nel caso in cui, invece, esiste un'oggettiva e rilevante incompatibilità tra il precedente contratto e quello da attivare, tale clausola non può essere inserita.

Un altro importante aspetto evidenziato dall'ANAC consiste nell'applicazione della clausola sociale la quale non può comportare un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento di tutto il personale utilizzato dall'affidatario uscente, essendo preminente la necessità di armonizzare tale obbligo con l'organizzazione aziendale del nuovo affidatario: in tal senso, il riassorbimento del personale è imponibile nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal nuovo affidatario.

Come rilevato dall'ANAC, quali conseguenze della mancata accettazione della clausola sociale, costituisce manifestazione della volontà di proporre un'offerta condizionata, come tale inammissibile nelle gare pubbliche, per la quale si impone l'esclusione dalla gara. L'esclusione, viceversa, non è fondata nell'ipotesi in cui l'operatore economico manifesti il proposito di applicarla nei limiti di compatibilità con la propria organizzazione d'impresa.

L'inadempimento degli obblighi derivanti dalla

clausola sociale comporta l'applicazione dei rimedi previsti dalla legge ovvero dal contratto. Nello schema di contratto le stazioni appaltanti inseriscono clausole risolutive espresse ovvero penali commisurate alla gravità della violazione.

Occorre poi soffermarsi su un elemento introdotto dall'ANAC nelle Linee Guida n. 13/2019 ovvero il cd. **progetto di riassorbimento** del personale del precedente affidatario, sul quale si è sviluppato un ampio dibattito tra gli addetti di settore, dovuto in buona parte dalla poca chiarezza delle disposizioni introdotte dall'ANAC.

Al § 4 delle Linee Guida n. 13/2019 si legge che «*La stazione appaltante prevede, nella documentazione di gara, che il concorrente alleggi all'offerta un progetto di assorbimento, comunque denominato, atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico). La mancata presentazione del progetto, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, equivale a mancata accettazione della clausola sociale con le conseguenze di cui al successivo punto 5.1. Il rispetto delle previsioni del progetto di assorbimento sarà oggetto di monitoraggio da parte della stazione appaltante durante l'esecuzione del contratto*».

I **dubbi** - confermati anche dal MIT nel parere del 29 luglio 2019 relativo a "Applicazione della clausola sociale e progetto di riassorbimento" – fanno riferimento *in primis* alla circostanza che l'ANAC indica che il progetto di riassorbimento deve essere allegato all'offerta tecnica, in mancanza del quale possa essere attivato il soccorso istruttorio. A riguardo però non può non rilevarsi come ai sensi dell'art. 83 comma 9 del Codice Appalti «*Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica ...*». È dunque espressamente previsto che il soccorso istruttorio non sia ammesso con riferimento a carenze dell'offerta tecnica: in tal senso mal si concilia la predetta previsione delle Linee Guida n. 13/2019.

Ancora, un altro dubbio emerso fa riferimento alla possibilità che possa essere attribuito un punteggio con riferimento al progetto di riassorbimento in quanto parte dell'offerta tecnica.

A riguardo non può non rilevarsi che, qualora venisse attribuito detto punteggio, verrebbe sviata la *ratio* della clausola sociale stessa la quale – come illustrato – non prevede un automatico assorbimento di tutto il personale alle dipendenze dell'affidatario uscente bensì un assorbimento da parte dell'affidatario subentrante temperato dal principio di libertà di organizzazione imprenditoriale e quindi armonizzarsi con l'organizzazione prescelta: attribuire un punteggio al progetto di riassorbimento determinerebbe pertanto una situazione per la quale verrebbe favorito il concorrente con più capacità economica, in spregio ai principi del *favor participationis* e dell'apertura alla concorrenza.

Sul punto si è già espresso il Giudice Amministrativo rilevando che l'art. 50 del Codice Appalti «*non prevede la valutazione e l'attribuzione di un punteggio ai piani di riassorbimento del personale di cui alla c.d. clausola sociale*» (TAR Toscana, Firenze, sez. II, 31.12.2019 n. 1772).

L'ANAC con le Linee Guida n. 13/2019, al fine di fornire indicazioni operative circa l'applicazione delle clausole sociali, ha sostanzialmente recepito la giurisprudenza maggioritaria

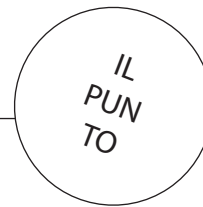
4. Conclusioni

Anche alla luce della recentissima modifica apportata dal Decreto Semplificazioni con l'applicazione dell'art. 50 del Codice Appalti anche agli appalti sotto-soglia, al fine di dare concreta attuazione alle misure volte a favorire il sistema degli affidamenti pubblici come volano per l'economia per il superamento dell'attuale crisi dovuta alla pandemia da COVID-19, si auspica che possano essere al più presto fornite alle stazioni appaltanti chiare indicazioni con portata precettiva, rispetto alle indicazioni delle Linee Guida ANAC n. 13/2019 in merito alla corretta applicazione della clausola sociale, anche tramite l'atteso **"Regolamento**

Unico" di attuazione del Codice Appalti di prossima adozione. Ciò in quanto, se è pur vero che le Linee Guida non hanno carattere vincolante, per espressa previsione, difficilmente le stazioni appaltanti se ne discosteranno, generando comunque un inevitabile contenzioso a discapito della celerità degli affidamenti.

La necessaria stipula del contratto di avalimento “a prescindere dalla natura giuridica dei legami dell’operatore economico con l’impresa ausiliaria”. Indicazioni sul contenuto del contratto di avalimento.

di Ilenia Paziani



1. Breve inquadramento dell’istituto e la sua *ratio*

L’avalimento è disciplinato dall’articolo 89 del D.lgs. 50/2016, tuttavia il concetto di “avalimento” ha matrice europea e nasce come strumento strettamente legato alle logiche e strategie imprenditoriali orientate alla creazione di “gruppi” societari, al fine di consentire l’accesso alle gare anche a realtà imprenditoriali di nuova costituzione, così da garantire una maggiore partecipazione alle procedure pubbliche di affidamento.

Il primo riconoscimento della possibilità di dimostrare la titolarità dei requisiti previsti da un bando di gara avvalendosi dei requisiti posseduti da un altro soggetto, è stato ottenuto in seguito alla sentenza della Corte di giustizia CE (oggi CGUE) del 14 aprile 1994 C-389/92.

In tale sede è stato ritenuto ammissibile che una società capogruppo comprovasse il possesso delle capacità richieste per l’iscrizione in un elenco

ufficiale di imprenditori abilitati, ricorrendo ai requisiti posseduti dalle consociate, a condizione che dimostrasse di poter disporre effettivamente dei mezzi necessari per eseguire il contratto.

Più tardi, sempre in una pronuncia della Corte di Giustizia CE (2 dicembre 1999 C-176/98) è stata riconosciuta la possibilità di avvalersi dei requisiti di un’altra impresa terza, indipendentemente dalla natura giuridica del legame intercorrente tra i due soggetti.

In un primo momento quindi la possibilità di avvalersi dei requisiti di un altro soggetto era stata ritenuta configurabile per i c.d. avalimenti “infragruppo”, con la seconda pronuncia la Corte di Giustizia ha invece esteso il principio anche agli avalimenti tra soggetti che non necessariamente appartengono al medesimo gruppo societario. Tale aspetto risulta di fondamentale importanza al fine di comprendere la reale portata di quella che è la norma ad oggi vigente, sia a livello europeo, che a livello di diritto interno, sull’avalimento.

Ma andiamo con ordine.

Premesso questo brevissimo inquadramento, come anticipato, l'avvalimento è oggi disciplinato dall'articolo 89 del Codice che lo definisce come la possibilità riconosciuta a qualunque operatore economico, singolo o in raggruppamento, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti necessari per partecipare ad una procedura di gara, facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti, e ciò indipendentemente dai legami con questi ultimi.

Ne discende che la *ratio* di tale istituto è quella di amplificare la capacità di partecipazione del concorrente, l'avvalimento rappresenta quindi uno strumento in grado di garantire una maggiore partecipazione alle gare pubbliche, ampliando la platea dei possibili concorrenti.

2. L'avvalimento nel diritto europeo (cenni)

L'avvalimento presenta un profilo interno ed uno esterno.

Per profilo interno si intende il rapporto tra ausiliata e ausiliaria; il profilo esterno afferisce invece alla possibilità di rendere tale rapporto tra ausiliata e ausiliaria opponibile anche nei confronti della Stazione Appaltante.

Da un punto di vista formale, il rapporto che lega il soggetto ausiliato e l'ausiliario (contratto di avvalimento) non deve rispettare una particolare e determinata forma giuridica al fine di essere opponibile alla Stazione Appaltante.

La locuzione *"a prescindere dalla natura giuridica dei legami dell'operatore economico con l'impresa ausiliaria"*, contenuta nell'articolo 89 del Codice, deve essere interpretata nel senso che non occorre uno specifico titolo giuridico per poter parlare di contratto di avvalimento.

Il punto è stato chiarito ancora una volta in sede europea con la sentenza della CGUE del 14 gennaio 2016 C-234/14, secondo la quale *"Gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di*

servizi, devono essere interpretati nel senso che ostano a che un'amministrazione aggiudicatrice, nel capitolato d'oneri relativo ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, possa obbligare un offerente che faccia affidamento sulle capacità di altri soggetti, prima dell'aggiudicazione di detto appalto, a stipulare con questi ultimi un accordo di partenariato o a costituire con essi una società in nome collettivo" (cfr. <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/da660425-e9b1-11e5-b954-01aa75ed71a1/language-it>).

In questo caso quindi, la Corte ha ritenuto illegittima la legge di gara che richiedeva la stipula di un determinato contratto (in quel caso di partenariato) al fine di poter partecipare alla gara avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto.

In altri termini quindi, viene riconosciuta all'impresa partecipante un'ampia libertà nello scegliere il tipo di organizzazione giuridica che preferisce, senza che siano stabilite dalla legge (o dalla *lex specialis* di gara) delle ipotesi tipizzate per poter accedere all'avvalimento, il tutto risulta coerente con l'ottica di garantire la più ampia partecipazione e quindi il più ampio confronto concorrenziale.

Tuttavia, come si vedrà nei paragrafi successivi, tale libertà non è mai interpretabile nel senso di ritenere superflua la stipula di un apposito contratto di avvalimento, nemmeno nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi dei requisiti di un'impresa a cui è strettamente legato.

La sentenza sopra citata si rifà alla previgente direttiva 2004/18/CE, ma anche la direttiva 2014/24/UE, che ha abrogato e sostituito la precedente, in materia di avvalimento ha mantenuto un atteggiamento sostanzialistico.

A mente del diritto euro-unitario infatti ciò che conta è che il concorrente possa effettivamente disporre dei mezzi di cui ha dichiarato di avvalersi, di modo che la possibilità di ricorrere all'avvalimento sia subordinata esclusivamente alla dimostrazione, a carico del concorrente ausiliato, dell'effettiva disponibilità dei mezzi.

Il diritto europeo rimette poi al giudice nazionale la concreta verifica di tale effettiva disponibilità. Ebbene, in tale prospettiva, il diritto italiano chiede che l'impegno tra ausiliato e ausiliario sia formalizzato in un "contratto di avvalimento".

In ogni caso, occorre precisare che la libertà accordata dal diritto europeo riguarda quindi una libertà di scelta del tipo di collaborazione tra imprese che si ritiene più consona alla propria attività, ma per ricorrere all'avvalimento è sempre richiesta la stipula (e l'allegazione in sede di gara) del relativo contratto.

3. Il contratto di avvalimento

L'articolo 89 del Codice descrive in termini molto generici il contratto di avvalimento; la norma si sofferma infatti solo sul contenuto dello stesso evidenziando che ciò che conta è che:

- l'impresa ausiliaria sia in possesso dei requisiti che intende "prestare" (oltre che dei requisiti di ordine generale ex art. 80 del Codice);
- l'impresa ausiliaria abbia assunto un impegno giuridicamente vincolante nei confronti dell'ausiliata a metterli a disposizione.

La disposizione normativa non indica una determinata forma giuridica che il contratto deve assumere, il contratto di avvalimento può infatti essere definito un contratto "atipico", riconducibile alle più svariate forme di collaborazione tra imprese.

La giurisprudenza amministrativa ha negli anni puntualizzato alcuni requisiti formali e sostanziali (di contenuto) che il contratto di avvalimento deve avere.

Tali pronunce non hanno il fine di dichiarare un contratto (che resta di natura privatistica) nullo o annullabile (approfondimento che esula dalla giurisdizione amministrativa), bensì quello di valutare se quel contratto ha i requisiti che lo rendono opponibile alla stazione appaltante e se dunque è utilizzabile come mezzo di prova dell'effettività dell'avvalimento in sede di gara.

Partendo dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 4 novembre 2016 n. 23, è possibile affermare che, secondo prevalenti ragioni di carattere sistematico, la forma scritta del contratto di avvalimento è prescritta *ad substantiam*. In particolare, tale conclusione si deduce dall'onere di allegazione (produzione in gara) del contratto di avvalimento da parte del concorrente, come previsto dalla norma di riferimento (già nel vecchio Codice) e dal fatto che tale contratto deve essere opponibile ad un

soggetto terzo rispetto al contratto (la Stazione Appaltante).

In ogni caso, la forma scritta del contratto di avvalimento deve essere richiesta almeno *ad probationem* sia, come detto, per renderlo opponibile alla Stazione Appaltante, ma altresì per consentire a quest'ultima di verificare che il contratto sia stato stipulato prima della partecipazione alla gara.

Anche nel caso in cui il concorrente ricorra all'avvalimento infatti, la Stazione Appaltante deve comunque essere in grado di verificare che i requisiti di partecipazione siano posseduti dalla presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura e dell'affidamento (nel caso di aggiudicazione), senza soluzione di continuità.

4. L'onere probatorio nel caso di avvalimento infragruppo

Nella vigenza del vecchio Codice (D.lgs. 163/2006) si riteneva che per quanto riguarda l'avvalimento infragruppo, cioè tra società facenti parte del medesimo gruppo, la prova del contratto di avvalimento potesse essere fornita con minor rigore.

In particolare, la giurisprudenza maggioritaria riteneva sufficiente una dichiarazione di parte attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, senza bisogno della stipula di un apposito contratto con cui l'impresa ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione del concorrente le risorse necessarie per tutta la durata del contratto (cfr. sul punto Cons. Stato, IV, 1 agosto 2012, n. 4406; sez. V 12 gennaio 2017, n. 52).

Tale tesi traeva origine dalla previsione dell'articolo 49 comma 2 lett. g del vecchio Codice che prevedeva espressamente che *"nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5"* (cfr. sul punto Cons. Stato, sez. III, 27 giugno 2019, n. 4418, relativa ad una gara bandita nella vigenza del vecchio Codice).

Al contrario, il nuovo articolo 89 del D.lgs. 50/2016 non prevede più alcun riferimento all'attenuazione dell'onere probatorio in virtù del legame intercorrente tra ausiliata e ausiliaria. L'indirizzo giurisprudenziale che si è affermato in relazione al nuovo articolo 89 infatti non ritiene la mera dichiarazione unilaterale attestante il legame giuridico intercorrente tra i due soggetti. Viceversa ritiene necessario e imprescindibile, anche per gli avvalimenti infragruppo, la stipula di un contratto di avvalimento per consentire l'ammissione alla gara dei concorrenti che non possiedono in proprio i requisiti richiesti dal bando.

5. La recente pronuncia del TAR Lazio sull'avvalimento infragruppo

Tale aspetto è stato esaminato da una recente pronuncia del TAR Lazio (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III 11 maggio 2020 n. 4945).

Il caso posto all'attenzione del Collegio riguardava la partecipazione alla gara di una società, la quale in sede di domanda di partecipazione, aveva dichiarato di avvalersi, per una quota del requisito del fatturato delle capacità economico-finanziarie di una diversa impresa, facente parte del proprio gruppo societario.

Il contratto di avvalimento prodotto in sede di gara è stato ritenuto dalla Stazione Appaltante non idoneo a consentire l'ammissione alla gara del concorrente, in quanto il requisito prestato doveva ritenersi in realtà di capacità tecnico professionale e di conseguenza l'avvalimento per tale requisito deve essere ricondotto nella fattispecie dell'avvalimento c.d. tecnico o operativo, per il quale è necessario che il relativo contratto indichi, diversamente da quanto avvenuto nella specie, *"in modo puntuale e specifico le risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliaria, in termini di mezzi, personale, know how, prassi e di tutti gli altri elementi aziendali qualificanti in relazione all'oggetto dell'appalto, poiché l'impegno contrattualmente assunto dall'ausiliaria deve ritenersi completo, concreto, serio, determinato, nella misura in cui attesta la messa a disposizione del fatturato e delle risorse necessarie"*.

Viceversa, secondo la Stazione Appaltante, *"nel caso di specie, invece, le generiche obbligazioni con cui l'ausiliante garantisce il proprio supporto all'ausiliata, riproducono nella sostanza,*

semplicemente, la locuzione dell'art. 89 del d.lgs. 50/2016 costituendo così una proposizione contrattuale del tutto generica, assimilabile ad una semplice formula di stile, dalla quale non è possibile evincere l'impegno contrattualmente assunto dall'ausiliaria e l'effettivo prestito all'impresa ausiliata delle competenze tecniche acquisite dall'ausiliaria grazie alle precedenti esperienze lavorative".

Di conseguenza il contratto non è stato ritenuto idoneo a dimostrare il possesso dei requisiti in sede di partecipazione e l'impresa è stata esclusa dalla gara.

Con il ricorso proposto al TAR Lazio, la ricorrente aveva sostenuto che la decisione presa dalla Stazione Appaltante fosse errata in quanto tra ausiliata ed ausiliaria intercorre un legame giuridico molto stretto che avrebbe reso inutile la stipula di un contratto più dettagliato.

In particolare, la ricorrente ha evidenziato:

- (i) di possedere il 100% del pacchetto azionario dell'impresa ausiliaria;
- (ii) di essere anche amministratore unico dell'ausiliaria;
- (iii) che il direttore delle risorse umane dell'ausiliaria è anche vice segretario dell'ausiliata;
- (iv) che le società condividono lo stesso personale e la stessa sede.

Di conseguenza l'ausiliata eserciterebbe sull'ausiliaria un controllo diretto e una compenetrazione tali da escludere qualsivoglia alea nella effettività del prestito del requisito e nella cogenza dell'impegno di collaborazione assunto dall'impresa partecipante nel contratto di avvalimento.

In altri termini, la ricorrente sostiene che tra ausiliata ed ausiliaria vi sia una immedesimazione da cui l'illegittimità dell'estromissione dalla gara.

Ebbene, il TAR Lazio, pur rilevando che sussistono elementi idonei ad evidenziare lo stretto legame intercorrente tra le due società, non arriva a condividere la tesi dell'*"immedesimazione tra controllante (ausiliata) e controllata (ausiliaria)"*, vale a dire, l'assenza di un rapporto intersoggettivo tra le due società.

Secondo il TAR, il rapporto di controllo tra due società, anche quando si concretizza nel possesso

totalitario in capo alla società controllante del capitale sociale della società controllata, non perviene mai al superamento della distinzione giuridica tra i due soggetti societari, ossia alla **negazione della intersoggettività**, atteso che controllante e controllata costituiscono, comunque, **due soggetti distinti** sul piano statutario, patrimoniale, ecc. ma, soprattutto, rappresentano centri distinti ed autonomi di imputazione giuridica di situazioni giuridiche soggettive.

Pertanto, pur nell'unitarietà del centro decisionale e strategico da individuare nella holding capogruppo, resta il fatto che le due società continuano ad essere soggetti distinti, titolari dei rapporti giuridici che ad esse, rispettivamente e distintamente, fanno capo e distintamente soggetti alle responsabilità che ne derivano.

Per aversi immedesimazione, infatti, si deve compiere quel passo ulteriore e "straordinario" costituito dalla fusione di cui agli artt. 2501 e ss. cod. civ., in quanto solo *"la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione"* (art. 2504 bis, comma 1, cod. civ.).

Il Collegio arriva dunque ad affermare che, in linea generale, il rapporto di controllo, anche se particolarmente intenso, come nel caso in esame, e produttivo effetti di varia natura non arriva mai a configurare una "immedesimazione tra le due società collegate", le quali, per quanto non sia diversamente previsto dalla disciplina speciale in argomento, dovranno essere assoggettate alle regole comuni a tutte le società di capitali, costituendo in ogni caso due soggetti giuridicamente e patrimonialmente distinti.

Tale aspetto risulta particolarmente rilevante se si considera che l'impresa concorrente e l'impresa ausiliaria devono essere ritenute responsabili in solido nei confronti della Stazione Appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.

Ne discende che in nessun caso il contratto di avvalimento potrebbe essere sostituito da una dichiarazione unilaterale, o addirittura non essere allegato, in quanto in assenza di un'apposita assunzione dell'obbligo contrattuale, la Stazione Appaltante non sarebbe in alcun modo tutelata

alla corretta esecuzione del contratto. In tal caso infatti l'impresa terza, sebbene facente parte dello stesso gruppo societario, non potrebbe essere in alcun modo chiamata a rispondere della mancata messa a disposizione dei mezzi richiesti dalla legge di gara.

D'altro canto, l'articolo 89 del Codice non prevede norme che dispongono deroghe alla disciplina generale dell'istituto dell'avvalimento in ragione del rapporto di collegamento societario tra ausiliante e ausiliaria, nel senso di attenuare gli adempimenti documentali necessari a comprovare il rapporto di avvalimento oppure di autorizzare un diverso (e meno rigoroso) trattamento del contratto di avvalimento, quanto a validità, forma e contenuto di esso.

Di conseguenza, anche nel caso di avvalimento del requisito tecnico-professionale "prestato" da una società controllata, devono trovare applicazione le disposizioni del comma 1 dell'art. 89 attinenti:

"i. alla necessità che l'impresa partecipante alla procedura selettiva allegghi, "oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento;

ii. all'onere, per l'operatore economico che non voglia subire l'esclusione, di dimostrare alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una "dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente;

iii. all'onere del concorrente di allegare, altresì, alla domanda di partecipazione "...in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria".

Il TAR specifica inoltre che anche in presenza di uno stretto collegamento societario, il contratto di avvalimento da produrre in sede di gara -

specialmente con riferimento all'avvalimento avente ad oggetto il prestito di un requisito di capacità tecnico-professionale (c.d. "avvalimento operativo") - richiede, a pena di nullità, la puntuale indicazione delle risorse messe a disposizione dell'impresa concorrente, essendo altrimenti non idoneo, da un lato, a integrare l'effettivo possesso in capo alla società ricorrente del requisito di capacità tecnico-professionale e, dall'altro, a rendere effettivo, verificabile e coercibile in fase esecutiva l'impegno assunto dall'impresa ausiliaria alla messa a disposizione di risorse determinate.

In conclusione, il TAR Lazio ritiene né l'ordinamento interno, né la disciplina euro-unitaria in materia di contratti pubblici, consentano di superare l'alterità soggettiva che è invece connaturata al rapporto di controllo. Pertanto, gli elementi fattuali di controllo indicati dalla ricorrente non assumono rilevanza normativa, trattandosi di elementi di fatto non contemplati dalle disposizioni pertinenti all'istituto dell'avvalimento. Il TAR evidenzia che tali elementi fattuali sono in ogni caso del tutto provvisori e transitori, in quanto rimessi alle libere e non prevedibili decisioni societarie, senza che sussistano doveri informativi della concorrente nei confronti della S.A., sicché sarebbe del tutto aleatoria la possibilità per la S.A. di fondare su situazioni così "liquide" la propria determinazione di ammettere o escludere l'operatore economico.

Per tali ragioni, non può essere riconosciuta all'avvalimento infragruppo alcuna attenuazione probatoria, sia a garanzia della Stazione Appaltante ad una corretta esecuzione dell'opera, sia a garanzia della tutela della *par condicio* tra tutti i partecipanti alla gara.

6. Chiarimenti sul contenuto del contratto di avvalimento

Posto che è sempre richiesta la stipula e la produzione di un contratto di avvalimento tra l'impresa partecipante alla gara e il soggetto che presta i requisiti, occorre chiarire più in dettaglio cosa, secondo le disposizioni vigenti, deve contenere il contratto di avvalimento.

Il comma 1 dell'articolo 89 del Codice stabilisce che il contratto di avvalimento contiene a pena di nullità la specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliaria. Anche

l'articolo 88 del DPR 207/2010, ad oggi ancora vigente, stabilisce che il contratto di avvalimento deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente:

"a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico;

b) durata;

c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento".

In particolare, secondo un orientamento consolidato richiamato anche nella pronuncia del TAR Lazio sopra riportata, la messa a disposizione del requisito mancante non può risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, ma è invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare tutti quegli elementi che giustificano l'attribuzione del requisito di partecipazione. In altre parole, dal contratto devono risultare esattamente tutte le risorse che l'impresa ausiliaria mette a disposizione del concorrente.

Tale esigenza di specificità è ritenuta indispensabile, e la giurisprudenza è concorde nel ritenere che sia richiesta a pena di nullità del contratto (cfr. Cons. Stato sez. V, 14 giugno 2019 n. 4024), nel caso di avvalimento tecnico-operativo.

In questi casi dal contratto deve sempre risultare la concreta messa a disposizione in modi specifici di risorse determinate, attraverso l'indicazione specifica dei mezzi aziendali messi a disposizione dall'ausiliaria per l'ausiliata al fine di eseguire l'appalto.

Ciononostante, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 23/2016, citata nei precedenti paragrafi, ha affermato che le disposizioni vigenti in materia di avvalimento *"ostano a un'interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi in cui una parte dell'oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 cod. civ.; in siffatte ipotesi, neppure sussistono i presupposti per fare applicazione della teorica c.d. del 'requisito della forma/contenuto', non venendo in rilievo l'esigenza (tipica dell'enucleazione di tale figura) di assicurare una particolare tutela al contraente debole attraverso l'individuazione di una specifica forma di 'nullità di protezione'".*

Tale impostazione è stata recentemente condivisa e ribadita dal TAR Campania, il quale si è pronunciato su un caso in cui era stata censurata l'indeterminatezza dell'oggetto di un contratto di avvalimento.

La ricorrente sosteneva in particolare che trattandosi di avvalimento tecnico-operativo, i contraenti sarebbero stati obbligati ad indicare con precisione i mezzi aziendali e le risorse determinate messi a disposizione dell'ausiliata, allo scopo di eseguire completamente l'appalto.

Tuttavia, il TAR Campania ha giudicato che pur trattandosi di avvalimento di tipo operativo, nel caso di specie non è richiesta la messa a disposizione da parte dell'ausiliaria di elementi aziendali complessi, ovvero di unità di personale con qualifiche di particolare specializzazione o professionalità e in ogni caso, il contratto di avvalimento in discussione appare rispondere ai requisiti previsti, in quanto contempla:

- le risorse umane messe a disposizione, con indicazione delle qualifiche;
- l'elenco dei mezzi strumentali e delle attrezzature funzionali all'esecuzione dei lavori appaltati;
- la previsione della responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante;
- il corrispettivo previsto per l'obbligazione nascente dalla sottoscrizione del predetto contratto di avvalimento.

Pertanto, in virtù di tali elementi, l'oggetto del contratto di avvalimento in questione, da un lato, non appare indeterminato e, dall'altro, risulta congruo e proporzionato rispetto agli interventi da svolgersi, consistenti nella costruzione di un edificio scolastico per il quale la partecipante alla gara ha comunque fornito i relativi documenti tecnici.

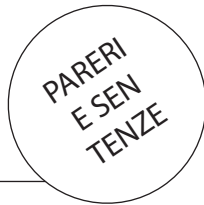
Il TAR quindi, aderendo all'orientamento dominante ha affermato che *"non è utile fare ricorso ad aprioristici schematismi concettuali che possano irrigidire la disciplina sostanziale della gara" (in questo senso, Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4860; idem, 13 febbraio 2017, n. 596) dovendo, viceversa, ritenersi valido il contratto di avvalimento nell'ipotesi in cui l'oggetto, pur non essendo puntualmente determinato "sia tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli articoli 1346, 1363 e 1367 del codice civile"*

(Consiglio di Stato, Ad. Plenaria, 4 novembre 2016, n. 23). L'indagine circa la validità del contratto di avvalimento allo scopo di attestarne il possesso dei richiesti titoli partecipativi, va svolta in concreto, avuto riguardo al tenore testuale dell'atto ed alla sua idoneità ad assolvere la precipua funzione di garanzia assegnata all'istituto (cfr. sul punto Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2017, n. 2022).

La decisione de TAR Campania è inoltre motivata alla luce del principio del *favor participationis*, principio che risulta particolarmente enfatizzato dal nuovo Codice dei contratti pubblici, rispetto alla disciplina contenuta nel precedente. Il TAR Campania sostiene infatti che l'attuazione del principio del *favor participationis* ha contribuito ad un progressivo depotenziamento degli ostacoli che precludono l'accesso alla gara; per questo, la nuova disciplina che tratteggia l'istituto dell'avvalimento è ispirata alla massima apertura dell'attività pubblica alla concorrenza a vantaggio sia degli operatori economici sia delle amministrazioni.

Di conseguenza, il grado di determinatezza del contratto di avvalimento non può che sottostare ai requisiti previsti per la generalità dei contratti e, dunque, non è quindi necessario che il contratto abbia un oggetto determinato, essendo sufficiente che questo sia determinabile sulla scorta degli elementi complessivi risultanti dall'accordo (art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016). È tuttavia imprescindibile che l'impegno dell'impresa ausiliaria a mettere a disposizione dell'ausiliata il requisito richiesto risulti in maniera univoca dal contratto allegato in gara e che tale impegno sia garantito nei confronti della Stazione Appaltante per l'intera durata dell'appalto.

Pareri & Sentenze



Tar Umbria, Sez. I, 04/12/2020 n. 559

Non rileva la data della determina a contrarre ai fini dell'applicazione delle procedure di gara

"... per giurisprudenza costante "la procedura di affidamento di un contratto pubblico è soggetta alla normativa vigente alla data di pubblicazione del bando, in conformità al principio tempus regit actum ed alla natura del bando di gara, quale norma speciale della procedura che regola cui non solo le imprese partecipanti, ma anche l'amministrazione non può sottrarsi" (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 7 giugno 2016, n. 2433)" (Consiglio di Stato, sent. n. 2222/2017) ... Ne consegue che, essendo state ammesse a partecipare alla procedura de qua nove concorrenti, la disciplina applicabile in materia di anomalia dell'offerta coincide con quella cronologicamente vigente al momento di invio, in data 10 agosto 2020, delle lettere di invito, ossia con quella di cui all'art. 1, comma 3, del decreto legge n. 76/2020, entrato in vigore il 16 luglio 2020, a tenore del quale "Nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque"... Non può infatti condividersi la prospettazione dell'amministrazione resistente per la quale ai fini dell'applicazione della disciplina di cui all'art. 97, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, vigente prima dell'entrata in vigore del decreto legge n. 76/2020, avrebbe dovuto farsi riferimento alle determinate a contrarre n. 59 del 6 maggio 2020 e n. 82 in data 8 luglio 2020, avendo la giurisprudenza definitivamente chiarito che la determina a contrarre ha natura endoprocedimentale, ex se idonea a fondare in capo ai terzi posizioni di interesse qualificato."

TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 3/12/2020, n. 800

È inammissibile il soccorso istruttorio in caso di omessa dichiarazione delle parti di servizio che saranno eseguite dai singoli componenti il RTI

“Né è ammissibile il soccorso istruttorio. La dichiarazione con cui il RTI specifica le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli componenti è un elemento che attiene all’offerta: i membri assumono un impegno giuridicamente vincolante nei confronti della stazione appaltante in vista dell’eventuale attuazione del contratto, e detto impegno deve essere già definito al momento in cui si partecipa alla gara, perché in questo modo i professionisti raggruppati formalizzano – nei loro rapporti e nei confronti dell’amministrazione – la misura entro la quale provvederanno all’esecuzione del rapporto e la corrispondente quota dei requisiti di cui devono essere in possesso (T.A.R. Campania Napoli, sez. I – 28/5/2020 n. 2041).

Siffatte carenze non sono afferenti “... a profili od irregolarità formali, bensì alla conformazione strutturale del concorrente, analogamente all’ipotesi considerata dall’Adunanza Plenaria n. 6 del 2019 - e idonee a determinare l’esclusione del raggruppamento a prescindere dal possesso dei requisiti in capo ai suoi singoli componenti” (Consiglio di Stato, sez. V – 31/7/2019 n. 5427).”

Tar Lazio, Sez. III, 27/11/2020, n. 12696

Il soccorso istruttorio per Pass Oe mancante è possibile purché sia stata perfezionata la registrazione presso i servizi informativi dell’Anac-AVCpass

“Secondo un primo orientamento giurisprudenziale che si è formato (TAR Lombardia 970/2019, TAR Sicilia 150/2016, TAR Lazio 11031/2017) il Passoe può essere prodotto anche successivamente alla presentazione dell’offerta, anche in esito alla procedura del soccorso istruttorio, ma ciò è possibile purché il prerequisite fondamentale, cioè la registrazione presso i servizi informatici dell’Anac – AVCpass, sia stato perfezionato. La produzione successiva di un documento ovvia alla carenza di un elemento formale della domanda, ma la registrazione non completata prima della scadenza del termine per partecipare alla gara è un adempimento tardivo ad un obbligo di legge.”

Consiglio di Stato, Sez. V, 20/11/2020, n. 7239

“È consentito alle stazioni appaltanti ricorrere alla procedura negoziata, e nel caso di unico operatore presente sul mercato all’affidamento diretto, se il bene oggetto della fornitura sia infungibile”

“L’art.63 (Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara), al comma 2, lett. b) prevede, tra i casi tassativi cui è possibile far ricorso a tale modalità di scelta del contraente, “Quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni: ... 2) la concorrenza è assente per motivi tecnici”.

È poi specificato che “Le eccezioni di cui ai punti 2) e 3) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l’assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell’appalto”.

Per effetto di tale disposizione citata, secondo un condivisibile indirizzo giurisprudenziale, è consentito alle stazioni appaltanti ricorrere alla procedura negoziata – e nel caso di unico operatore presente sul mercato all’affidamento diretto – se il bene oggetto della fornitura sia infungibile (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 2019, n. 8588; VI, 13 giugno 2019, n. 3983; III, 18 gennaio 2018, n. 310).

In tale condizione, infatti, per l’assenza di mercato, lo svolgimento di una procedura di gara aperta alla

concorrenza sarebbe un inutile spreco di tempo, contrastante con il principio di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2014, n. 3997; V, 30 aprile 2014, n. 2255)."

Consiglio di Stato, Sez. V, 19/11/2020, n. 7182

Condizioni per l'utilizzo del criterio del minor prezzo ai sensi dell'art. 95, comma 4, lett. b) del Codice

"L'art. 95, comma 4, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione applicabile alla fattispecie ratione temporis (che è quella precedente alle modifiche apportate con il d.-l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, che comunque qui non rilevano), possono essere aggiudicati con il criterio del minor prezzo i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato.

Per la giurisprudenza, il legittimo ricorso al criterio del minor prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 4, lett. b), del Codice dei contratti pubblici, in deroga alla generale preferenza accordata al criterio di aggiudicazione costituito dall'offerta economicamente più vantaggiosa, si giustifica in relazione all'affidamento di forniture o di servizi che siano, per loro natura, strettamente vincolati a precisi e inderogabili standard tecnici o contrattuali ovvero caratterizzati da elevata ripetitività e per i quali non vi sia quindi alcuna reale necessità di far luogo all'acquisizione di offerte differenziate (Cons. Stato, V, 20 gennaio 2020, n. 444; III, 13 marzo 2018, n. 1609; 2 maggio 2017, n. 2014)."

Consiglio di Stato, Sez. IV, 11/11/2020, n. 6392

In materia di accesso agli atti "la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta"

"non può ritenersi valido ed efficace il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente che l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell'appalto, senza però in alcun modo precisare in che cosa tali risorse materialmente consistano"

"L'Adunanza plenaria, con la sentenza n. 12 del 2 luglio 2020, ha affermato il principio di diritto secondo cui "la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta". Peraltro, come correttamente citato dalla originaria ricorrente, il Consiglio di Stato, nella medesima occasione, ha ritenuto che: "l'Amministrazione aggiudicatrice deve consentire all'impresa interessata di accedere agli atti, sicché – in presenza di eventuali suoi comportamenti dilatori (che non possono comportare suoi vantaggi processuali, per il principio della parità delle parti)", ossia "qualora l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati), il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti". Condividendo quanto affermato sul punto dal primo giudice, il Collegio ritiene quindi che, nel caso in cui nulla si evinca dalla iniziale comunicazione dell'aggiudicazione, il termine per l'impugnazione decorre solo dal momento dell'effettiva conoscenza da parte della società ricorrente degli atti che avrebbero – a suo avviso – determinato la violazione delle disposizioni applicabili in materia di appalti pubblici."

"la recente giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2018, n. 953) ha precisato che, mentre si

ha avvalimento di garanzia laddove l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la sua solidità economica e finanziaria (requisiti di carattere economico e finanziario), assicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento (Cons. St., Sez. III, 7 luglio 2015 n. 3390; 17 giugno 2014 n. 3057), l'avvalimento è operativo quando l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto, avendo così ad oggetto i requisiti di capacità tecnica e professionale.

In particolare, nell'avvalimento operativo, al fine di attestare il possesso dei titoli partecipativi, è imposto alle parti di indicare nel contratto i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto, la cui presenza dovrà essere rilevata secondo un'indagine – svolta in concreto – dell'efficacia del contratto, sulla base delle generali regole dei contratti e, specificatamente, secondo i canoni di interpretazione complessiva enunciati dal codice civile e secondo buona fede delle clausole contrattuali (Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2019, n. 755; sez. V, 20 novembre 2018, n. 6551). Pertanto, non può ritenersi valido ed efficace il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente che l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell'appalto, senza però in alcun modo precisare in che cosa tali risorse materialmente consistano (Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2018, n. 1543)."

TAR Emilia Romagna, Sez. II, 11/11/2020, n. 732

"sussiste incompatibilità solo quando un commissario ha partecipato alla predisposizione di atti della lex specialis della procedura"

"... si è condivisibilmente ritenuto che "nelle gare pubbliche, per potersi concretizzare l'incompatibilità affermata da un partecipante, non è sufficiente che al singolo funzionario sia stato affidato un qualsivoglia incarico tecnico-amministrativo, ma occorre che nel caso concreto possa venire oggettivamente messa in discussione la garanzia di imparzialità: il che si verifica quante volte siano individuati, quali commissari di gara, soggetti che abbiano svolto incarichi relativi al medesimo appalto, come compiti di progettazione, di verifica della progettazione, di predisposizione della legge di gara e simili, e non anche incarichi amministrativi o tecnici genericamente riferiti ad altre gare" (ex multis Cons. Stato, Sez. V, 23.03.2017 n. 1320; Sez. VI, 29.12.2010 n. 9577; Sez. V, 22.06.2012, n. 3682; TAR Lombardia, Milano, 21.02.2018, n. 499).

Il principio sancito dalla giurisprudenza, quindi, è quello per cui "sussiste [...] incompatibilità solo quando un commissario ha partecipato alla predisposizione di atti della lex specialis della procedura" (Cons. Stato, Sez. V, 25.01.2016, n. 242), in coerenza con la ratio della relativa previsione, poiché è solo in tali casi, e cioè in presenza di attività strettamente correlate al contratto del cui affidamento si tratta, che si ravvisa in modo accentuato un rischio per l'imparzialità dei componenti del seggio di gara.

Pertanto, anche nei casi suddetti, non qualsiasi apporto al procedimento di formazione della documentazione di gara determina necessariamente una situazione di incompatibilità, come emerge dagli approdi giurisprudenziali in materia di partecipazione del RUP alla commissione preposta alla valutazione delle offerte, dove si esclude un'automatica incompatibilità tra i due ruoli, confermata infatti dal D.lgs. n. 56/2017, della previsione del comma 4 dell'art. 77 del D.lgs. n. 50/2016 in forza del quale "la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura" (in argomento si veda TAR Bologna, Sez. II, 25.01.2018, n. 87; da ultimo anche Cons. Stato Sez. V, 29.07.2019, n. 5308)."

Autorità Nazionale Anticorruzione
DELIBERA N. 676 del 29 Luglio 2020
PREC 129/2020/L

"... la riparametrazione dei coefficienti fa parte integrante del metodo di calcolo del punteggio degli elementi qualitativi e, pertanto, l'obbligo informativo, nei confronti della platea dei concorrenti, circa l'intenzione della stazione appaltante di avvalersene è da considerarsi soddisfatto con la previsione dell'applicazione del metodo aggregativo compensatore"

"... il metodo aggregativo-compensatore è un metodo che si basa sulla sommatoria dei coefficienti attribuiti per ciascun criterio, ponderati per il peso relativo del criterio, dove l'attribuzione dei coefficienti agli elementi dell'offerta di natura qualitativa può essere effettuata con una delle modalità scelta tra le cinque indicate nell'allegato G ... una volta scelto il metodo aggregativo compensatore di cui all'Allegato G, la previsione del disciplinare di gara per cui "a ciascun singolo sub-elemento che compone l'elemento di valutazione, oppure a ciascun singolo elemento di valutazione non suddiviso in sub-elementi, è attribuito un coefficiente, compreso tra 0 (zero) e 1 (uno), da parte di ciascun commissario" ... tenuto conto del significato proprio delle parole utilizzate secondo la connessione di esse, costituisce una previsione implicita ma dal significato univoco dell'intenzione della stazione appaltante di avvalersi di tale metodologia; ... una volta terminata la procedura di attribuzione discrezionale dei coefficienti, si procede a trasformare la media dei coefficienti attribuiti ad ogni offerta da parte di tutti i commissari in coefficienti definitivi, riportando ad uno la media più alta e proporzionando a tale media massima le medie provvisorie prima calcolate; ... tale passaggio è descritto come fase finale del metodo di attribuzione del punteggio basato sull'attribuzione discrezionale di un coefficiente, variabile tra zero e uno, da parte di ciascun commissario, dall'Autorità, nelle Linee Guida n. 2 ("Una volta che ciascun commissario ha attribuito il coefficiente a ciascun concorrente, viene calcolata la media dei coefficienti attribuiti, viene attribuito il valore 1 al coefficiente più elevato e vengono di conseguenza riparametrati tutti gli altri coefficienti"), e che è stato ritenuto insito nel metodo aggregativo compensatore ai fini dell'attribuzione del punteggio definitivo sia dalla giurisprudenza. ... alla luce di quanto sopra (...) l'obbligo informativo, nei confronti della platea dei concorrenti, circa l'intenzione della stazione appaltante di riparametrare a 1 la media massima dei coefficienti - a differenza dell'intenzione di riparametrare il punteggio tecnico assegnato alla migliore offerta al punteggio massimo previsto dal disciplinare - è da considerarsi soddisfatto con la previsione dell'applicazione del metodo aggregativo compensatore"

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 670 del 29 Luglio 2020
PREC 111/2020/S

"I servizi analoghi hanno una portata più ampia rispetto ai servizi identici, tuttavia nell'individuare i servizi analoghi è consentito alla stazione appaltante richiedere che lo svolgimento degli stessi sia avvenuto in settori affini a quello in cui ricade l'oggetto della gara, avuto riguardo alla specificità degli interessi perseguiti alla luce del capitolato speciale d'appalto"

"... come evidenziato anche recentemente dal Consiglio di Stato, sez. IV, nella sentenza 11/05/2020, n. 2953, le previsioni dei bandi di gara richiedenti come requisito il pregresso svolgimento di servizi analoghi perseguono come finalità «il contemperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche, dal momento che la locuzione "servizi analoghi" non s'identifica con "servizi identici"; al contempo, però, «occorre ricercare elementi di

similitudine tra i servizi presi in considerazione, che possono scaturire solo dal confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti al fine di dimostrare il possesso della capacità economico-finanziaria richiesta dal bando, vale a dire che, pur rilevando l'identità del settore imprenditoriale o professionale, il confronto va fatto in concreto tenendo conto del contenuto intrinseco delle prestazioni nonché della tipologia e dell'entità delle attività eventualmente coincidenti" (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. III, 23 agosto 2018 n.5040);"

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 702 del 4 Agosto 2020

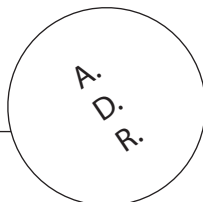
PREC 149/2020/F

"In base ad espresse disposizioni del diritto nazionale, la mancata indicazione dei costi aziendali per la sicurezza dei lavoratori è causa legittima di esclusione dalla gara e non è sanabile attraverso l'istituto del c.d. 'soccorso istruttorio' in quanto tale mancata indicazione è espressamente compresa fra i casi in cui il soccorso non è ammesso"

"Tutte le pronunce giurisdizionali che ammettono la possibilità (...) di ricorrere al soccorso istruttorio e che quindi escludono l'applicazione automatica della sanzione espulsiva nel caso di mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali fanno riferimento ad ipotesi specifiche..."

"... considerato in merito all'asserita necessità di attivare il soccorso istruttorio prima dell'esclusione, che la giurisprudenza ha chiarito che «l'indicazione in offerta dei predetti oneri di sicurezza aziendali pari a zero si traduce in una mancata indicazione degli stessi, privando così l'offerta di un elemento essenziale la cui carenza risulta insanabile e determinando l'esclusione del concorrente che vi sia incorso» e che «in base ad espresse disposizioni del diritto nazionale, la mancata indicazione dei costi per la manodopera e la sicurezza dei lavoratori non sia sanabile attraverso il meccanismo del c.d. 'soccorso istruttorio' in quanto tale mancata indicazione è espressamente compresa fra i casi in cui il soccorso non è ammesso (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 24/01/2019 n. 3)» (così TAR Molise, sez. I, sent. n. 204/2019); ... tutte le pronunce giurisdizionali che ammettono la possibilità (comunque non unanimemente condivisa dalla giurisprudenza amministrativa) di ricorrere al soccorso istruttorio e che quindi escludono l'applicazione automatica della sanzione espulsiva nel caso di mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, fanno riferimento ad ipotesi specifiche che nel caso in discussione non ricorrono (quali, ad esempio, il caso in cui la lex specialis, pur richiedendo l'indicazione di tali oneri, non contempli alcuna causa di esclusione per l'ipotesi della loro mancata indicazione e/o metta a disposizione dei concorrenti dei modelli di offerta privi della specifica voce relativa ai siffatti costi; oppure ove sussista una "materiale impossibilità" che non consenta agli offerenti di indicare separatamente i costi aziendali per la sicurezza o, più in generale, nel caso di effettiva ambiguità delle disposizioni contenute nei documenti di gara);"

A Domanda Rispondiamo



1

Nelle procedure telematiche è sufficiente che l'operatore economico apponga la firma digitale sul contenitore dell'offerta economica?

Una procedura telematica può essere organizzata in modo che venga richiesta anche una ulteriore firma digitale del partecipante, sui contenitori (informatici) che raggruppano più documenti, ad esempio per l'offerta economica. La sottoscrizione dell'offerta economica è infatti rivolta non solo ad accertarne la provenienza e a garantire l'integrità del documento informatico ma anche a vincolare l'autore al contenuto del documento per assicurare la serietà, l'affidabilità e l'insostituibilità dell'offerta (TAR Piemonte, I, n.16 del 2020); la mancata sottoscrizione del documento contenente l'offerta economica non è sanabile mediante il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio il quale, in virtù dell'articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, non può essere utilizzato per sanare le carenze degli elementi sostanziali dell'offerta economica, tra i quali rientra a pieno titolo, per le funzioni essenziali che essa spiega, la sottoscrizione, senza che sia necessaria un'espressa previsione nella lex specialis (Consiglio di Stato, sezione IV, 19 marzo 2015, n. 1425; T.a.r. Lazio, sede di Roma, sezione III quater, 2 luglio 2019, n. 8605; sezione III ter 22 dicembre 2015, n. 14451).

2

In una gara cd. "a doppio oggetto" per la scelta del socio privato e per l'affidamento del servizio, è sufficiente far riferimento alle attività indicate nello statuto sociale, oppure è necessario un maggior dettaglio?

L'affidamento di un servizio ad una società mista è ritenuto ammissibile a condizione che si svolga una unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere, delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 30 settembre 2010, n. Sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555 e Corte Giustizia, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, Acoset). È fondamentale che l'oggetto sia predeterminato e non genericamente descritto, poiché altrimenti sarebbe agevole l'aggiramento delle regole pro-competitive a tutela della concorrenza (Tar Lazio, sez. II bis, 6 luglio 2018, n.7524).

Quindi, i criteri di scelta del socio privato si devono riferire non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma anche alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire (cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 2015 n. 992; Sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456).

3

L'emergenza sanitaria Covid-19 può assurgere a causa di risoluzione contrattuale dei contratti d'appalto?

La crisi pandemica ha causato molte difficoltà economiche e finanziarie nell'adempimento dei rapporti contrattuali, dando origine ad una vera e propria impossibilità di adempiere (per riduzione di uomini e mezzi) per causa non imputabile al debitore. Tali fattispecie, rientrano comunque, ai sensi dell'art. 1256 del c.c., nei casi in cui l'impossibilità di adempiere alla prestazione, unitamente all'assenza di colpa delle parti coinvolte nell'appalto, ne comporta l'estinzione. In molti casi, è la controparte a non avere interesse a ricevere la prestazione, pertanto, la risoluzione rinvia quale rimedio di giustizia contrattuale a seguito dell'impossibilità di assolvere gli obblighi contrattuali.

In ogni caso, nulla vieta la rinegoziazione dei termini contrattuali al fine di modificare equamente le condizioni del contratto, tale, sembra essere l'orientamento della Corte di Cassazione "al fine di salvaguardare il rapporto".

4

Il D.U.V.R.I. che si allega al contratto può essere firmato solo dalla mandataria o da tutte le aziende facenti parte del raggruppamento?

In caso di A.T.I. il DUVRI dovrà essere sottoscritto dall'Impresa capogruppo (mandataria a cui spetta la rappresentanza esclusiva per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'Appalto) alla quale è fatto obbligo di coordinare le altre imprese del raggruppamento. Ciò, in quanto ai sensi del comma 15 art. 48 d.lgs. 50/2016, al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino alla estinzione di ogni rapporto.

5

A chi spetta la Verifica di Conformità nelle gare soprasoglia e la contestuale emissione del Certificato di Verifica di Conformità?

La verifica della conformità e il conseguente rilascio del certificato di verifica, sono competenze attribuite al Direttore dell'esecuzione del contratto. Per le prestazioni superiori a 500.000 euro, il Rup non può rivestire anche il ruolo di DEC.

Qualora non vi sia tale coincidenza, la stazione appaltante, su proposta del Rup, nomina il Direttore dell'Esecuzione individuandolo tra i soggetti, in possesso di requisiti di adeguata professionalità e competenza in relazione all'oggetto del contratto:

- a) personale della stazione appaltante titolare del contratto o di altre stazioni appaltanti, mediante stipula di apposite convenzioni;
- b) professionisti esterni individuati con le modalità previste dall'art. 31, comma 8, del Codice.

6

Relativamente al calcolo della soglia di anomalia delle offerte, nel silenzio della legge di gara, può la stazione appaltante per analogia utilizzare il medesimo troncamento previsto per la diversa fase della formulazione dei ribassi?

Il Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, con sentenza n. 2358 del 2 dicembre 2020, riprendendo la giurisprudenza consolidata anche di secondo grado, precisa che, in assenza di puntuale e specifica disposizione del bando, per il calcolo della soglia di anomalia deve considerarsi tutta l'offerta. Gli arrotondamenti o troncamenti sono consentiti solo se espressamente previsti dalle norme speciali della gara. In applicazione di tale criterio è stato osservato che "In assenza (...) di alcuna previsione, negli atti di gara, dell'adozione di criteri particolari (quali l'arrotondamento od il troncamento) per l'individuazione della soglia di anomalia, deve prendersi in considerazione l'offerta così come formulata dal concorrente, sia perché, altrimenti, sarebbe indebitamente manipolata la volontà negoziale espressa dai partecipanti e potenzialmente falsato l'esito della procedura, sia perché il giudizio di anomalia risponde ad esigenze (eliminazione di offerte che appaiano, in base ad un confronto comparativo con la media delle altre, economicamente ed imprenditorialmente insostenibili) ed è retto da criteri (individuazione, normativamente indirizzata, di una soglia di valore al di sotto della quale si apre l'area della potenziale anomalia economica) diversi da quelli che presiedono alla selezione comparativa dei concorrenti in base al (mero) confronto algebrico fra le rispettive offerte" (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 15.1.2016, n.150).

7

La mancata produzione del PASSOE in fase di presentazione delle offerte determina l'esclusione dalla procedura di gara?

Il mancato inserimento del PASS-OE nella busta contenente la documentazione amministrativa non costituisce causa di esclusione. La Stazione Appaltante, in caso di mancata produzione o produzione di un PASS-OE non conforme, ne chiederà la regolarizzazione entro un congruo termine perentorio. La produzione successiva di un documento ovvia alla carenza di un elemento formale della domanda e quindi determina l'attivazione del soccorso istruttorio. Ciò che legittima l'esclusione dalla procedura di gara - Tar Lazio, Roma, Sez. III, 27/11/2020, n. 12696 - è la mancata o non completa registrazione sul sistema AVCPASS prima della scadenza del termine per partecipare alla gara in quanto adempimento tardivo ad un obbligo di legge.

8

Nelle gare pubbliche cosa si intende per errore materiale?

Per errore materiale si intende una fortuita divergenza tra il giudizio e la sua espressione letterale cagionata da una mera svista o disattenzione nella redazione dell'atto e che come tale, può essere percepito o rilevato ictu oculi senza bisogno di alcuna indagine ricostruttiva della volontà, il cui contenuto resti individuabile e individuato senza incertezza.

Qualificazione di amministrazione pubblica, violazione delle disposizioni in materia di affidamento incarichi e servizi legali

di Giuseppe Croce

IN
PIL
LOLE

La vicenda (dal tratto assolutamente pratico) ha investito una Fondazione di diritto privato operante in ambito culturale e promozione artistica che tra l'altro si ritrova all'interno del conto economico consolidato ISTAT, ai sensi dell'articolo 1, comma 3 della legge 31 dicembre 2009, n.196 e ss.mm. (Legge di contabilità e di finanza pubblica).

Tale Fondazione procedeva, sulla scorta del proprio "regolamento per gli acquisti sotto soglia" e nel rispetto dei principi Comunitari e nazionali in

tema di appalti pubblici, tramite due differenti iter selettivi, ad affidare due contratti di "Consulenza e assistenza legale" a due differenti professionisti. I servizi legali oggetto di tali contratti non prevedevano in nessuno dei due casi, attività di patrocinio in giudizio, attenendo invece ad attività definite e puntuali quali ad esempio redazione di contratti, predisposizione di monitorie, preparazione pareri, ecc. per aree giuridiche differenti¹.

1. Da qui l'esigenza dei due contratti: l'uno nell'ambito del diritto del lavoro, l'altro nell'ambito della contrattualistica pubblica in particolare nell'area appalti pubblici.

A questo punto veniva contestata alla Fondazione la violazione della previsione di cui all'art. 7 comma 6 del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165².

Da un'indagine preliminare emerge che al di là della probabilmente infausta rubrica data ai contratti, nel quale si legge di "Consulenza e assistenza legale"³, occorre approfondire a parere dello scrivente, su due direttrici principali: una strettamente connessa alla piena applicazione complessiva del d.lgs. 165/2001 alla Fondazione (e nel caso specifico dell'art. 6 della stessa).

l'altra fondata sulla consapevolezza che la Fondazione ha ottemperato alla disciplina pubblicistica relativa alla contrattualistica pubblica, conformandosi col proprio *agere* alle direttive comunitarie ed ai principi in esse espressi, in tema di appalti pubblici.

Quanto al primo aspetto, inerente l'applicazione del d.lgs. 165/2001, in forza delle previsioni di cui all'art. 1 del richiamato decreto, occorrerebbe per la verità, indagare opportunamente sulla natura giuridica della Fondazione verificando che i propri atti istitutivi e regolamentari non vincolino il soggetto giuridico espressamente alla d.lgs. 165/2001, in tal caso nessun dubbio vi sarebbe in merito all'applicazione diretta di tutte le previsioni in esso articolate. Ma in assenza di ciò, si aprono spunti interessanti su cui riflettere!

In primis, l'appartenenza al conto economico consolidato ISTAT. Tale elemento è importante, ma non esaustivo e non deve trarre in inganno, poiché non implica automaticamente la parificazione della Fondazione ad un'amministrazione pubblica, o almeno andrebbe indagata di volta in volta, a seconda della tematica in trattazione, la parificazione tra le due realtà giuridiche.

2. Art. 7 co. 6 d.lgs. 165/2001 - Fermo restando quanto previsto dal comma 5-bis, per specifiche esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire esclusivamente incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei seguenti presupposti di legittimità:

- a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente;
- b) l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno;
- c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata; non è ammesso il rinnovo; l'eventuale proroga dell'incarico originario è consentita, in via eccezionale, al solo fine di completare il progetto e per ritardi non imputabili al collaboratore, ferma restando la misura del compenso pattuito in sede di affidamento dell'incarico;
- d) devono essere preventivamente determinati durata, oggetto e compenso della collaborazione.

Si prescinde dal requisito della comprovata specializzazione universitaria in caso di stipulazione di contratti di collaborazione per attività che debbano essere svolte da professionisti iscritti in ordini o albi o con soggetti che operino nel campo dell'arte, dello spettacolo, dei mestieri artigianali o dell'attività informatica nonché a supporto dell'attività didattica e di ricerca, per i servizi di orientamento, compreso il collocamento, e di certificazione dei contratti di lavoro di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, purché senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ferma restando la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore.

Il ricorso ai contratti di cui al presente comma per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei soggetti incaricati ai sensi del medesimo comma come lavoratori subordinati a causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti. Il secondo periodo dell'articolo 1, comma 9, del decreto-legge 12 luglio 2004, n. 168, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2004, n. 191, è soppresso. Si applicano le disposizioni previste dall'articolo 36, comma 3, del presente decreto e, in caso di violazione delle disposizioni di cui al presente comma, fermo restando il divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, si applica quanto previsto dal citato articolo 36, comma 5-quater.

3. Aspetto che probabilmente ha indotto in inganno circa la natura degli affidamenti. Il termine consulenza apre infatti uno scenario complesso in termini sia di affidamento, sia di adempimenti comunicativi successivi, rimandando al mondo degli affidamenti degli incarichi di collaborazione e consulenza e con esso, alla fitta rete di provvedimenti normativi e regolamentari (pensiamo tra tutte alla circolare ministeriale del Dipartimento della Funzione pubblica circolare n. 5 del 21.12.2006; la legge n. 244/2007 e ss.mm.ii., ecc.), che metterebbero la Fondazione di fronte ad articolato impalcato di assolvimenti attualmente non espletati per i contratti attenzionati.

Si rammenta infatti che per l'individuazione della natura pubblica o privata di Enti la cui azione interseca, in vario modo, quella dell'amministrazione pubblica, valgono, in generale, alcuni indici, tra i quali quello che valorizza il controllo da parte di soggetti pubblici e quello che si incentra sull'erogazione di risorse pubbliche, provenienti da leggi (e da provvedimenti applicativi) emanati in coerenza con l'art. 23 della Costituzione, in tema di prestazioni patrimoniali imposte, aventi una causa di attribuzione di natura pubblicistica.⁴

Secondo aspetto. Vi è da considerare ai fini dell'applicazione della normativa sugli appalti pubblici, che la Fondazione sembrerebbe rientrare ai fini della definizione di cui all'art. 3 del Codice degli appalti nell'ambito degli "Organismi di diritto pubblico" di cui all'elenco IV del Codice (elenco che si rammenta essere non tassativo), cioè tra quegli organismi che:

1. Sono istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;
2. sono dotati di personalità giuridica;
3. la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.⁵

Le principali conseguenze derivanti dalla qualificazione di un soggetto all'interno della categoria degli organismi di diritto pubblico consistono:

- nell'obbligo di conformarsi alle direttive comunitarie in tema di appalti e a ciò che ne consegue, in termini di istituti connessi;
- nella sottoposizione alla disciplina sul diritto di accesso agli atti ex art. 22 L. 241/1990;
- all'applicazione della disciplina penale della P.A., con riferimento all'attività svolta nella qualità di stazione appaltante che indice o gestisce una procedura di gara.

L'equiparabilità dell'organismo di diritto pubblico alla pubblica amministrazione non vale sempre e comunque. Si tratta al contrario, "di una equiparazione settoriale, funzionale e dinamica, perché strettamente legata all'affidamento dei contratti. Quando svolge altre attività, l'organismo di diritto pubblico dismette la sua veste pubblicistica e soggiace di regola al diritto privato. Esso è, quindi, un ente pubblico dinamico, funzionale e cangiante. Questa connotazione funzionale non caratterizza soltanto l'organismo di diritto pubblico, ma rappresenta ormai un connotato di molti altri soggetti. Quando un ente viene dalla legge sottoposto a regole di diritto pubblico, quell'ente, limitatamente allo svolgimento di quell'attività procedimentalizzata, diviene, di regola, "ente pubblico" a prescindere dalla sua veste formale. Deve essere ribadito che lo diviene non in maniera statica ed immutabile, ma dinamica e mutevole, perché dismette quella veste quando svolge altre

4. Controllo e finanziamento pubblico assumono, infatti, anche alla luce della normativa comunitaria la funzione di indicatori della natura pubblica del soggetto esaminato, ai fini della determinazione dei soggetti sottoposti alle regole della riduzione del disavanzo pubblico (v. il regolamento UE n. 2223/96-SEC 95 ed in particolare l'art. 1.2 del manuale del SEC 95, il quale ribadisce che una istituzione senza fine di lucro deve essere considerata pubblica se "sia controllata, sia prevalentemente finanziata dalle amministrazioni pubbliche"). Da un'indagine preliminare, si può certamente asserire che l'inclusione nel novero delle istituzioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato, non presuppone necessariamente, in base alle norme tecniche di cui al Regolamento SEC 95, che ricorra l'elemento della diretta contribuzione a carico del bilancio dello Stato; il ricevere o meno trasferimenti diretti da parte dello Stato, non rappresenta, di per sé, un autonomo criterio di classificazione delle unità istituzionali rientranti nell'elenco delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato. Per il corretto inquadramento del problema vengono, invece, in evidenza gli ordinari parametri ed in particolare quello che concerne l'esistenza del controllo da parte di organi dello Stato.

5. I tre requisiti, come precisa la Giurisprudenza della Corte di Giustizia, 10 aprile 2008, causa C-393/06, Sez. Quarta, pres. K. Lenaerts, Avv. gen. D. Ruiz-Jarabo Colomer, parti Ing. Aigner/Fernwärme Wien GmbH hanno natura cumulativa, di conseguenza la mancanza anche di uno solo di essi esclude lo status di organismo di diritto pubblico (con la disapplicazione, quindi, della normativa comunitaria sugli appalti pubblici).

attività non procedimentalizzate”.⁶

Sotto altro profilo e nella denegata ipotesi in cui si ritenga comunque applicabile il predetto art. 7 anche alla Fondazione, va tenuto presente che l'amministrazione conferisce incarichi per acquisire prestazioni professionali qualificate, con riferimento a un periodo determinato, in relazione alla realizzazione di propri programmi, progetti o attività solo qualora:

- a) non disponga quantitativamente o qualitativamente di professionalità adeguate nel proprio organico e tale carenza non sia altrimenti risolvibile con strumenti flessibili di gestione delle risorse umane;
- b) si tratti di materie di particolare ed eccezionale complessità, specificità, rilevanza pubblica che richiedano l'apporto di competenze altamente specializzate.

L'affidamento di tali incarichi ha carattere fiduciario in riferimento agli incarichi ad alto contenuto professionale, mentre per le prestazioni professionali ordinarie, prive di particolare competenza specialistica, avviene previo esperimento di apposita selezione pubblica effettuata tramite pubblicazione di apposito bando di selezione o altre forme di valutazione comparativa; insomma un appalto pubblico.

Ed in tal senso appare di tutta evidenza che dall'osservazione degli oggetti dei due contratti affidati dalla Fondazione, è ben evidente che in nessuno dei due vi è traccia di rapporto fiduciario.

In nessuno dei due contratti si ha traccia di difesa in giudizio (il più tipico incarico fiduciario affidabile ad un avvocato). In entrambi si ritrovano tratti chiari di prestazione volta ad un risultato ben definito (sia essa la stesura o il controllo dei contratti, piuttosto che la predisposizione di pareri legali, ecc.). Insomma vere e proprie prestazioni di servizio che ben ricadono nell'alveo degli appalti di servizi, collocabili all'interno del d.lgs. 50/2016 art. 17 comma 1 lett. d) sub 1) e 2).

Si è insomma nell'ambito dei c.d. contratti esclusi per i quali le Stazioni Appaltanti, non essendo tenute all'applicazione delle regole del Codice degli appalti, rispettano però le regole delle direttive comunitarie per la parte relativa ai principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità (giusta previsione dell'art. 4 del d.lgs. 50/2016). Tra l'altro la Fondazione ha operato all'atto della selezione pubblica degli operatori, avendo proceduto alla richiesta di due differenti Codici Identificativi Gara (CIG), ed avendo poi provveduto ad una selezione mediante gli strumenti consentiti dall'art. 36 del d.lgs. 50/2016, attraverso una selezione comparativa tra molteplici offerte pervenute. La stazione appaltante infatti, ha operato in piena ottemperanza al proprio regolamento per gli acquisti sotto soglia, selezionando (per ciascun contratto) gli affidatari dei servizi, attraverso una comparazione di tre preventivi. Una proceduralizzazione regolamentata e verificabile, come previsto e richiesto dal d.lgs. 50/2016, dalla Giurisprudenza e dalle linee guida Anac, mediante

6. Consiglio di Stato Consiglio di Stato, Sez. VI, 11/7/2016 n. 3043, si veda ancor prima Cons. di Stato, sez. VI, n. 8634 del 2015.

Un esempio pratico può rendere meglio il concetto. Art. 2 del d.lgs. 33/2013 stabilisce espressamente al comma 1 che "ai fini del presente decreto, per "pubbliche amministrazioni" si intendono tutte le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, ivi comprese le autorità portuali, nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione". Mentre al comma 2 aggiunge espressamente che "La medesima disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 si applica anche, in quanto compatibile ... c) alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni e in cui la totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo sia designata da pubbliche amministrazioni".

accesso pubblico all'intera documentazione, ai verbali di seduta ed ai provvedimenti amministrativi di corredo, disponibili sull'apposita sezione di Amministrazione Trasparente. Tutti indici concreti del rispetto delle regole Comunitarie e nazionali in tema di appalti pubblici. Tra l'altro richiamando il contenuto della linea guida n. 12 dell'ANAC dedicata proprio all'Affidamento dei servizi legali (Approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 907 del 24 ottobre 2018), si rammenta che l'Autorità aderisce all'impostazione palesata dal Consiglio di Stato nel parere n. 2017 del 3 agosto 2018. L'affidamento dei servizi legali costituisce appalto, con conseguente applicabilità dell'allegato IX e degli articoli 140 e seguenti del Codice dei contratti pubblici, qualora la stazione appaltante affidi la gestione del contenzioso in modo continuativo o periodico al fornitore nell'unità di tempo considerata (di regola il triennio); l'incarico conferito ad hoc costituisce invece un contratto d'opera professionale, consistendo nella trattazione della singola controversia o questione, ed è sottoposto al regime di cui all'articolo 17 (contratti esclusi).

Rammenta l'Anac che possono essere ricondotti nell'elenco di cui all'articolo 17, comma 1, lettera d), del Codice dei contratti pubblici esclusivamente le tipologie di servizi legali ivi indicate, che non rientrino negli affidamenti ricompresi nell'Allegato IX del Codice dei contratti pubblici (v. par. 2.). A tal fine, rileva la circostanza che l'incarico venga affidato, nel rispetto dei principi recati dall'articolo 4 del Codice dei contratti pubblici, per un'esigenza puntuale ed episodica della stazione appaltante. In tale ipotesi, si configura la tipologia contrattuale del contratto d'opera intellettuale, di cui agli articoli 2229 e seguenti del codice civile e non assumono rilevanza, ai fini della disciplina applicabile alla procedura di selezione, il valore economico del contratto e l'eventuale superamento della soglia di rilevanza comunitaria.

I servizi legali di cui all'articolo 17, comma 1, lettera d), n. 1 e n. 2 possono essere svolti solo dai soggetti abilitati all'esercizio della professione di avvocato nello Stato membro di provenienza. Mentre si parla di servizi legali rientranti nell'allegato IX del Codice qualora si faccia riferimento a tutti i servizi giuridici che non siano esclusi a norma dell'articolo 17, comma 1, lettera d), del Codice dei contratti pubblici. I relativi affidamenti costituiscono appalti e comprendono

i servizi non ricompresi da un punto di vista prestazionale nell'ambito oggettivo di applicazione dell'articolo 17 (ad esempio, le consulenze non collegate ad una specifica lite), ovvero che, su richiesta delle stazioni appaltanti e nei limiti delle istruzioni ricevute, i fornitori realizzano in modo continuativo o periodico ed erogano organizzando i mezzi necessari e assumendo il rischio economico dell'esecuzione, come nell'ipotesi di contenzioso seriale affidato in gestione al fornitore.

A ben vedere gli oggetti contrattuali delle prestazioni richieste ai professionisti nel caso che ci occupa, attraversano trasversalmente tanto le fattispecie dell'art. 17, tanto le fattispecie dell'allegato IX, ben avendo operato perciò la Fondazione, con l'opportuna proceduralizzazione dell'iter di affidamento secondo le disposizioni del d.lgs. 50/2016. Operando in sostanza, una selezione calibrata sulle indicazioni della linea Guida 12, la Fondazione ha inteso rispettare i principi Comunitari e Nazionali senza alcuna violazione di altra normativa pubblicistica.



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^a
Graphic**

Redazione: Mediagraphics s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)

Tel. 0883.527171 - Mail: redazione@mediappalti.it

i seminari in programma 2020

SEMI
NARI

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!



sulla
Corte dei Conti

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

Medi
Graphic
MEDIA APPALTI

Rubrica bimestrale
a cura di
Stefano Usai

dicembre
2020

allegato alla Rivista mensile
MediAppalti

sommario

**Il servizio di trasporto pubblico non reso
deve essere compensato comunque?
(Corte dei Conti, sezione regionale Veneto,
deliberazione n. 147/2020)**

1. Quesiti
2. L'analisi della normativa e la questione dell'aiuto di Stato
3. La successiva correzione normativa
4. Il riscontro

3

**L'acquisto di beni immobili da parte dell'ente locale
(Corte dei Conti, sezione regionale Puglia,
deliberazione n. 99/2020)**

1. Quesito
2. I vincoli all'acquisto e il piano di riequilibrio
3. Il riscontro

7

**La corretta gestione del Fondo pluriennale vincolato
(Corte dei Conti, sezione Emilia Romagna,
deliberazione n. 96/2020)**

1. L'analisi del fondo pluriennale vincolato
2. L'esame della Corte
3. Le condizioni per "alimentare" il Fondo Pluriennale

10

Il servizio di trasporto pubblico non reso deve essere compensato comunque?

1. Quesiti

Un Comune veneto sottopone alla competente sezione tre quesiti specifici, finalizzati ad acquisire l'orientamento della Corte in relazione:

- a) alla legittimità o meno - alla luce dell'art. 92, comma 4/bis della L. 27/2020 di conversione del DL 18/2020 e dell'art. 109 del DL 34/2020 - della corresponsione ai gestori del servizio di trasporto scolastico dell'intero corrispettivo per il periodo da marzo al 18.05.2020 come da richieste degli stessi (quesito 1);
- b) alla legittimità - considerata la richiamata nota dell'Anci Veneto - della corresponsione unicamente al gestore del servizio di trasporto scolastico di un "*contributo a copertura delle spese residue incompressibili*".., e dell'applicazione unicamente degli artt.184 del Tuel e del 107 del Dlgs. 50/2016 a tutti gli altri gestori di servizio interrotti durante il *lockdown* (quali ad esempio fornitori del servizio di mensa scolastica, del servizio di pulizia degli impianti sportivi ecc.), prefigurando una indebita disparità di trattamento (quesito 2);
- c) alla condivisibilità del percorso logico seguito da Anci Veneto per giungere a siglare un accordo con i rappresentanti delle aziende di trasporto per l'erogazione del contributo fissato nella misura del 40% del corrispettivo pattuito (quesito 3, esposto solo in caso affermativo ed in subordine al precedente quesito n. 2).

2. L'analisi della normativa e la questione dell'aiuto di Stato

La questione del ristoro dei gestori dei servizi di trasporto anche in assenza di controprestazione è argomentazione profondamente sentita e frequentata nel momento particolare dell'emergenza sanitaria.

La sezione, dopo aver riepilogato le varie disposizioni inerenti la questione giunge al riscontro evidenziando l'impossibilità di giungere ad un pagamento senza controprestazione. Pertanto, importante parere espresso soprattutto nei confronti dei responsabili del procedimento della spesa e dei RUP degli appalti correlati.

Più nel dettaglio la sezione rileva che in relazione al regime di finanziamento del trasporto scolastico delineato dalla normativa emergenziale la legge 24 aprile 2020, n. 27 (entrata in vigore il 30.04.2020), di conversione del D.L. 17 marzo 2020 n. 18, ha aggiunto il comma 4-*bis* all'art. 92, che detta le *"Disposizioni in materia di trasporto marittimo di merci e di persone, nonché di circolazione di veicoli"*, **all'interno del quale i gestori dei servizi di trasporto scolastico venivano inseriti, al pari di quelli dei servizi di trasporto pubblico locale e regionale, tra i Soggetti esclusi dall'applicazione, da parte dei Committenti dei servizi medesimi, di decurtazioni di corrispettivo, di sanzioni o penali in ragione delle minori corse effettuate o delle minori percorrenze realizzate a decorrere dal 23 febbraio 2020 e fino al 31 dicembre 2020, anche laddove negozialmente previste.** Questo al fine di contenere gli effetti negativi dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e delle misure di contrasto alla diffusione del virus sui gestori dei predetti servizi. Il comma in questione è entrato in vigore il 30 aprile 2020, essendo stato introdotto in sede di conversione.

La norma **così introdotta consentiva, sostanzialmente, il pagamento di una prestazione non resa** -anche in presenza di condizioni negoziali favorevoli alla decurtazione del corrispettivo, ovvero all'applicazione di sanzioni o penali-, al fine di indennizzare, sotto forma di corrispettivo, la sospensione del servizio disposta *ex lege* per motivi eccezionali dettati dall'emergenza sanitaria. La disposizione, altresì, risultava di "rottura" rispetto agli aspetti comunitari visto che avrebbe potuto configurarsi l'intervento come un "aiuto di Stato", **ossia come un trasferimento di risorse pubbliche a favore di operatori economici con conseguente attribuzione di un vantaggio economico selettivo e possibile alterazione delle condizioni di parità delle imprese nel mercato comune.**

Per questo fatto, evidenzia nella sua ricostruzione la Corte, il successivo comma 4-*quater* (anch'esso inserito in sede di conversione in legge) **ha subordinato l'efficacia della suesposta disposizione all'autorizzazione della Commissione europea ai sensi dell'art. 108, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in base al quale devono essere comunicati alla Commissione Europea i progetti diretti ad istituire o modificare aiuti di Stato.**

Ne è conseguita la inidoneità della disposizione in esame a produrre effetti giuridici nelle more del rilascio della predetta autorizzazione.

3. La successiva correzione normativa

Successivamente, l'art. 109 comma 1 lett. b) del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 entrato in vigore lo stesso giorno, ha espunto dal menzionato comma 4-bis dell'art. 92 del D.L. 18/2020 la locuzione "e di trasporto scolastico".

Per effetto di quanto – la prerogativa della corresponsione in difetto di prestazione – ovvero il predetto comma 4-bis dell'art. 92 **ha avuto una vigenza di soli 19 giorni nell'arco dei quali, giova ribadire, le disposizioni ivi contenute non sono state in grado di esplicare alcun effetto nel mondo giuridico in quanto in attesa del rilascio della preventiva autorizzazione della Commissione europea.**

In sede di conversione del D.L. 19 maggio 2020, n. 34, la legge 17 luglio 2020, n. 77 (legge di conversione) ha confermato il menzionato art. 109, comma 1, lett. b, cristallizzando l'esclusione del trasporto scolastico dal novero dei servizi di trasporto contemplati dall'art. 92 comma 4-bis del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 e, nel contempo, ha previsto una diversa forma di ristoro per esso per le medesime finalità di cui sopra.

E' stato, infatti stabilito che: "Al fine di far fronte alle esigenze straordinarie e urgenti derivanti dalla diffusione del COVID-19 e alla conseguente riduzione dell'erogazione dei servizi di trasporto scolastico oggetto di contratti stipulati con gli enti locali, nello stato di previsione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti è istituito un fondo con una dotazione di 20 milioni di euro per l'anno 2020. Le risorse del fondo sono destinate ai comuni interessati per ristorare le imprese esercenti i servizi di trasporto scolastico delle perdite di fatturato subite a causa dell'emergenza sanitaria. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'istruzione, previa intesa, ai sensi dell'articolo 3 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del citato decreto legislativo n. 281 del 1997, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, le risorse del fondo sono ripartite tra i comuni interessati. All'onere derivante dal presente comma, pari a 20 milioni di euro per l'anno 2020, si provvede mediante corrispondente riduzione del Fondo di cui all'articolo 1, comma 200, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, come rifinanziato dall'articolo 265, comma 5, del presente decreto" (comma 2-bis dell'art. 229, inserito dalla legge di conversione).

4. Il riscontro

Secondo la sezione, dal quadro normativo sopra delineato, emerge evidente l'intenzione del legislatore **di non intervenire sul rapporto negoziale instaurato tra ente locale e il gestore del servizio di trasporto scolastico**, che pertanto continua ad essere regolato dallo schema contrattuale pattuito, ma di traslare mediante l'istituzione del fondo previsto dall'art. 229 comma 2 bis in capo all'ente locale la facoltà di *"ristorare le imprese esercenti i servizi di trasporto scolastico delle perdite di fatturato subite a causa dell'emergenza sanitaria"*.

In conclusione, quanto al primo dei quesiti formulati dal Comune circa la legittimità o meno - alla luce dell'art. 92, comma 4/bis della L. 27/2020 di conversione del DL 18/2020 e dell'art. 109 del DL 34/2020 - della corresponsione ai gestori del servizio di trasporto scolastico dell'intero corrispettivo per il periodo da marzo al 18.05.2020 come da richieste degli stessi in considerazione di quanto rappresentato, ne consegue che, poiché l'art. 109, comma 1, lett. b), del D.L. 34/2020, convertito dalla L. 77/2020, **ha soppresso il riferimento al trasporto scolastico contenuto nell'art. 92, comma 4-bis, del D.L. 18/2020, inserito dalla legge di conversione 27/2020, non è possibile provvedere ad alcun pagamento di detto servizio per il periodo in cui esso non è stato reso neanche per il periodo di breve vigenza della disposizione di favore (19 giorni, ossia dal 30/04/2020 data di entrata in vigore del D.L. 18/2020 al 19 maggio successivo, data di entrata in vigore del D.L. n. 34/2020) in quanto le statuizioni contenute nel menzionato comma 4-bis non hanno mai acquistato efficacia poiché sottoposte alla preventiva autorizzazione della Commissione europea, stante la natura di "aiuto di Stato" del pagamento ivi previsto.**

Detta autorizzazione non è mai intervenuta e, pertanto, le disposizioni che attribuiscono al gestore del servizio di trasporto scolastico il diritto a pretendere il pagamento dei corrispettivi per prestazioni **non eseguite non sono, di fatto, mai state operative per espressa previsione normativa (comma 4-quater, art. 92 D.L. n. 18/2020) che ne ha condizionato l'efficacia al rilascio dell'autorizzazione della Commissione europea.**

In relazione al secondo quesito:

sulla legittimità - considerata la richiamata nota dell'Anci Veneto - della corresponsione unicamente al gestore del servizio di trasporto scolastico di un *"contributo a copertura delle spese residue incompressibili"*.., e dell'applicazione unicamente degli artt. 184 del Tuel e del 107 del Dlgs. 50/2016 a tutti gli altri gestori di servizio interrotti durante il *lockdown* (quali ad esempio fornitori del servizio di mensa scolastica, del servizio di pulizia degli impianti sportivi ecc.), prefigurando una indebita disparità di trattamento

la sezione afferma che il trasporto scolastico è completamente estraneo alla disciplina di finanziamento prevista dall'art. 48 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, così come modificato dall'art. 109 del D.L. 19 maggio 2020, n. 34, che ha introdotto la possibilità per le amministrazioni pubbliche di riconoscere ai gestori di servizi di cui al comma 1 un contributo a copertura delle spese residue incompressibili, che è riservata esclusivamente ai servizi nella stessa richiamati (in termini analoghi questa Sezione si è già espressa con deliberazione n. 146/2020/PAR).

Sul terzo quesito la sezione - sulla condivisibilità del percorso logico seguito da Anci Veneto per giungere a siglare un accordo con i rappresentanti delle aziende di trasporto per l'erogazione del contributo fissato nella misura del 40% del corrispettivo pattuito - esprime la configurazione di inammissibilità.

L'acquisto di beni immobili da parte dell'ente locale

1. Quesito

Un comune pugliese pone la questione dell'acquisto di un immobile alla sezione regionale di competenza. Più in particolare, si precisa che l'ente intende procedere all'acquisto di un immobile di proprietà privata da destinare a finalità istituzionali (struttura sociale), da assegnare in concessione e da realizzare mediante fondi regionali; la spesa a carico dell'Ente sarebbe, pertanto, solo quella relativa all'acquisto del bene. Il problema è che l'ente si trova in situazione di riequilibrio finanziario pluriennale con avanzo di cassa ed ha chiesto di conoscere **se l'art. 57, comma 2, lett. f) del d.l. n. 124/2019 sia applicabile agli enti che abbiano fatto ricorso alla procedura di riequilibrio finanziario pluriennale ex artt. 243-bis ss. TUEL.**

2. I vincoli all'acquisto e il piano di riequilibrio

La sezione evidenzia che i vari vincoli – tendenti a limitare la capacità di acquisizione di beni immobili (salvo motivazioni ed attestazioni adeguate) - sono venuti meno (parzialmente) per effetto dell'**art. 57, comma 2, lett. f) del d.l. n. 26.10.2019, n. 124** (*«Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili»*, convertito con modificazioni dalla l. n. 19.12.2019, n. 157); quest'ultimo ha infatti disposto che *«A decorrere dall'anno 2020 alle regioni, alle Province autonome di Trento e di Bolzano, agli enti locali e ai loro organismi ed enti strumentali, come definiti dall'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, nonché ai loro enti strumentali in forma societaria»* cessano di applicarsi alcune *«disposizioni in materia di contenimento e di riduzione della spesa e di obblighi formativi»* ivi puntualmente elencate, fra le quali figura (lett. f) l'art. 12, comma 1-ter, del d.l. n. 98/2011.

Ciò posto, ferma restando la sopravvivenza del comma 1-ter dell'art. 12 del d.l. n. 98/2011 nei confronti dell'altra categoria di soggetti pubblici in esso considerata (gli enti del Servizio sanitario nazionale), il riferimento generico e indistinto agli *«enti locali»* contenuto nell'art. 57, comma 2, lett. f) del d.l. n. 124/2019 comporta che la disposizione del 2011 (di forte limitazione) cessa di trovare applicazione per tutti gli enti locali, come definiti dal TUEL (art. 2).

Queste affermazioni necessitano di ulteriori precisazioni. L'art. 12, comma 1-ter, del d.l. 98/2011 è norma **che presuppone e non fonda la capacità degli enti locali di porre in essere acquisti di beni immobili, limitandosi a dettare un particolare regime per tale tipo di operazioni.**

Il fondamento di quella capacità è infatti rinvenibile nell'art. 11 cod. civ., a mente del quale *«Le province e i comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche, godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico»*; ne deriva una piena capacità di diritto privato per le persone giuridiche pubbliche, limitabile solo se e in quanto previsto da specifiche disposizioni.

3. Il riscontro

Pertanto, la risposta al quesito deve essere ricercata sul piano sistematico, occorrendo verificare se – a prescindere dal venir meno del particolare regime introdotto nel 2011, afferente al piano del *quomodo* – **esistano in altri plessi normativi vincoli incidenti sulla capacità degli enti locali di rendersi acquirenti di beni immobili.**

Ovviamente la questione dei vincoli deve, annota la sezione, nel caso di specie essere affrontata in relazione alla delicata questione del riequilibrio finanziario pluriennale.

A margine le profonde (e significative) considerazioni espresse in tema di riequilibrio pluriennale il riscontro che la mancata previsione dell'acquisto nel piano di riequilibrio non consente di procedere visto che "un elemento di alterazione del percorso di riequilibrio cristallizzato con l'approvazione medesima, in contrasto con il quadro normativo che consente ordinariamente una modifica del piano

nelle due ipotesi sopra richiamate (avvicendamento fra organi di governo nelle more della delibera del giudice contabile di approvazione/diniego del piano; grado di raggiungimento degli obiettivi intermedi superiore rispetto a quello previsto)“.

In altri termini, conclude il collegio, il piano approvato integra il parametro alla cui stregua valutare il conseguimento degli obiettivi di risanamento dell'ente interessato; conseguentemente, la legge annette al piano approvato uno statuto di tendenziale intangibilità.

In definitiva, occorre ribadire l'impossibilità di procedere a un aggravio del piano, mediante l'inserimento di una nuova spesa, essendo le ipotesi di modifica del piano stesso espressamente contemplate dal legislatore.

L'acquisto di beni immobili da parte dell'ente locale

1. L'analisi del fondo pluriennale vincolato

L'art. 1, commi 166 e 167, l. n. 266/2005 (Legge Finanziaria 2006) stabilisce che "gli Organi degli Enti Locali di Revisione Economico-Finanziaria trasmettono, alle competenti Sezioni Regionali di Controllo della Corte dei conti, una relazione sul bilancio di previsione dell'esercizio di competenza e sul rendiconto dell'esercizio medesimo" (di seguito, "Questionario") sulla base dei criteri e delle linee guida predisposte dalla Corte medesima (Sezione delle autonomie, delibera n. 16/SEZAUT/2018/INPR per il rendiconto della gestione 2017). In ossequio a tale attività di indagine/controllo, alcune irregolarità contabili evidenziate – che meritano considerazione in relazione alla stretta attinenza con l'attività contrattuale che i RUP (in particolare dei lavori pubblici) devono attentamente presidiare – riguardano l'approfondimento effettuato sulla gestione del fondo pluriennale vincolato (FPV).

2. L'esame

Dall'esame del prospetto allegato b) al rendiconto 2017 - composizione per missioni e programmi del fondo pluriennale vincolato, inviato tramite BDAP, è emerso –annota la sezione - che tutti i residui passivi coperti dal fondo pluriennale vincolato **sono stati reimputati ad un solo esercizio**. L'orizzonte previsionale limitato ad una sola annualità suscita dubbi in merito alla capacità programmatica dell'Ente.

In risposta alla richiesta istruttoria, il Comune dichiarava che *"i cronoprogrammi di spesa dei lavori prevedevano la conclusione entro il 2018"*. Nessuna ulteriore precisazione è stata fornita in merito alla gestione dei cronoprogrammi di spesa.

La Sezione prende atto di quanto riferito dall'Ente, sottolineano però che il principio della competenza potenziata stabilisce che il fondo pluriennale vincolato – quale componente del risultato di amministrazione e, quindi, fattore incidente sull'equilibrio di bilancio – **è uno strumento di rappresentazione e previsione delle spese pubbliche che evidenzia con trasparenza ed attendibilità il procedimento di impiego delle risorse acquisite dall'Ente che richiedono un periodo di tempo ultrannuale per il loro effettivo utilizzo; in quest'ottica, ai fini di una verifica della congruità della formazione del fondo pluriennale, assume valore strategico la sussistenza e l'aggiornamento del cronoprogramma della spesa che indichi gli esercizi in cui l'obbligazione giuridica andrà a scadere e diverrà esigibile** (in proposito si richiamano, ex multis, le deliberazioni della Sezione n. 59/2019/PRSE, n. 74/2019/PRSP e n. 6/2020/PRSE).

La funzione del fondo pluriennale vincolato è, dunque, programmatica e di controllo e consiste nel rappresentare in modo trasparente, oltre che responsabile, il divario temporale esistente tra il momento del reperimento delle entrate, di norma vincolate, e quello del loro utilizzo per il raggiungimento delle finalità istituzionali legate all'esercizio delle funzioni fondamentali dell'Ente (in questo senso, si veda Corte dei conti, Sezione delle autonomie, deliberazione n. 4 del 2015 "Linee di indirizzo per il passaggio alla nuova contabilità delle Regioni e degli Enti locali").

3. Le condizioni per "alimentare" il Fondo Pluriennale

La sezione ricorda che, ai fini di una verifica della congruità della formazione del fondo pluriennale e della valutazione *ex post* degli esiti gestionali del fondo, tra gli altri, rappresentano elementi fondamentali (cfr. Corte conti, Sez. autonomie, delib. n. 4/SEZAUT/2018/FRG):

- a) l'esistenza dell'accertamento di entrata che rileva l'obbligazione giuridica perfezionata, scaduta ed esigibile - obbligazione che costituisce fonte di copertura della spesa a carattere pluriennale e adempimento ricognitivo che segna la "separazione" tra il momento dell'accertamento dell'entrata e quello dell'imputazione della spesa;
- b) l'esistenza dell'impegno in uscita che legittima la formazione del fondo pluriennale vincolato;
- c) la sussistenza della prenotazione di impegno per gara bandita nel caso di lavori pubblici; prenotazione

che dovrà tradursi in obbligazione giuridica perfezionata nel corso dell'esercizio successivo a quello dell'avvio del processo di gara;

d) la sussistenza del cronoprogramma della spesa che indichi gli esercizi in cui l'obbligazione giuridica perfezionata andrà a scadere e diverrà esigibile.

Ciò potrebbe comportare che la c.d. "inertizzazione" (**non utilizzabilità per altre finalità**) delle risorse appostate nel FPV perda la propria valenza, e cioè il vincolo di destinazione, divenendo tali risorse disponibili per altre finalità.

In relazione a questo specifico aspetto istruttorio, la sezione raccomanda all'ente (da leggersi come raccomandazione al responsabile del servizio finanziario ma anche agli altri responsabili di servizio in particolare il responsabile del servizio tecnico che deve predisporre il cronoprogramma su ogni lavoro per consentire la corretta imputazione contabile) l'osservanza dei principi anzidetti, anche in relazione al fatto che la Corte costituzionale ha più volte affermato che la copertura finanziaria di una spesa e l'equilibrio del bilancio non possono essere assicurati solamente dall'armonia numerica degli stanziamenti in parte entrata e spesa (*ex plurimis*, sentenze n. 197 e n. 6 del 2019), ma devono fondarsi anche sulla ragionevolezza dei presupposti giuridici ed economici che ne sorreggono l'iscrizione in bilancio (Corte cost., sent. n. 227/2019).