

Rivista mensile - Anno XI, Numero 2

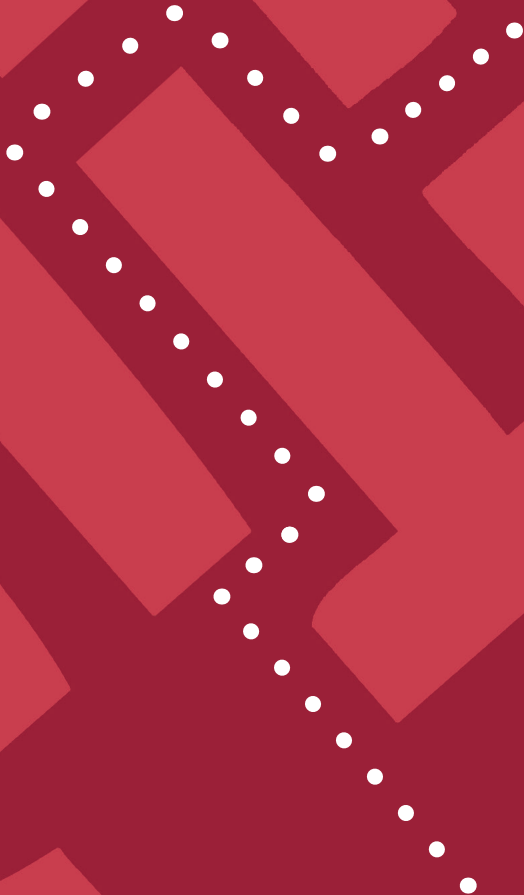
aprile
2021

MEDIA APPALTI

Illeciti professionali e obbligo del RUP di valutare la dichiarazione, le misure di "self-cleaning" e l'ammissione alla gara

Il fenomeno della turbativa d'asta nel settore degli appalti pubblici: la Comunicazione 2021/C 91/01 del 18 marzo 2021 della Commissione europea

Subappalto problema sempre più aperto: le tendenze evolutive del Tar Lazio



"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**

**aprile
2021**

Viaggiare

Per affermarsi sul mercato si deve poter offrire un prodotto esclusivo, o un prodotto che anche altri possono avere ma con caratteristiche migliori. Ammesso che si dispone del prodotto che può avere fortuna, la vera chiave del successo è l'informazione. Far sapere che questo prodotto esiste. Renderlo appetibile.

Uno dei prodotti migliori che può vantare l'economia italiana è il turismo. Non esiste Regione che non valga la pena di essere visitata. Ogni territorio è in concorrenza con tutti gli altri. Le potenzialità, in molti casi, sembrano essere identiche tra diversi territori. Eppure, ce ne sono alcuni che riescono a fare meglio.

Secondo il rapporto AGI/CENSIS il 58% dei flussi turistici riguardano solo cinque regioni. Cosa hanno in più queste località rispetto alle altre? La comunicazione. Il marketing.

L'aver investito nella promozione dell'immagine è stata la mossa vincente di alcune località. Chi non lo ha fatto è rimasto indietro. Ha racimolato le briciole.

Le potenzialità di un buon piano di comunicazione sono globalmente riconosciute. Così, assistiamo ad un incremento di presenze delle regioni o delle città nelle pubblicità, nelle sponsorizzazioni di eventi, nei titoli di coda dei film per i quali hanno offerto le proprie location come set cinematografico.

Azioni che non possono essere frutto di improvvisazione, dell'ispirazione dell'assessore del momento, di una presidenza particolarmente sensibile alla causa. Serve progettualità e professionalità. Diventa necessario affidarsi ad agenzie specializzate.

Così, spiccano ovunque gare per l'affidamento del servizio di ideazione e realizzazione di campagne di comunicazione per rafforzare la conoscenza dell'offerta turistica di un territorio. Anche le pubbliche amministrazioni più piccole si cimentano. Chi resta fermo rischia di essere dimenticato, di non finire mai nelle tratte battute dai flussi turistici. Se non comunichi, non existi.

Nello scenario pandemico in cui siamo riversi dall'inverno 2020, il turismo vive una battuta

d'arresto che non ha precedenti. Le perdite ammonterebbero a 92miliardi di euro. 225mila i posti di lavoro persi. Si punta sull'estate 2021 per abbozzare una ripresa. Ma ci si può fidare? Si possono fare previsioni? Il piano vaccinale apre spiragli di speranza, potrebbe aprire la strada al "passaporto vaccinale" che permetterebbe, a chi si è sottoposto a vaccino, di poter viaggiare.

La data entro la quale si dovrebbe esprimere l'Europa è il 15 giugno. Una data troppo tardiva per poter organizzare serenamente la stagione turistica estiva. Si può accelerare? Lo auspica il Ministro alla Salute Roberto Speranza che intervenendo alla videoconferenza dei ministri della Salute del G7 ha affermato che "bisogna accelerare la discussione sul 'green pass' per arrivare ad una soluzione prima dell'estate".

In attesa che vengano assunte decisioni, c'è chi prova a formulare nuove idee di turismo. La pandemia ci ha obbligati a reinventare il nostro modo di lavorare, di andare a scuola, di vivere in famiglia, di mantenere le nostre relazioni sociali. In un mondo che si è dovuto adeguare ad una realtà tutta nuova, chi riesce ad adattare la propria offerta ha maggiori probabilità di sopravvivenza. La regola dell'evoluzione della specie: non sopravvive il più forte ma chi si adatta alle nuove situazioni.

Nuove idee di turismo arrivano dal Piemonte. La regione ha lanciato sul mercato l'"holiday working". Dovrebbe partire dall'estate del 2021. L'idea è di puntare sul lavoro agile. Di dare l'opportunità a chi lavora a distanza di poterlo fare da una località turistica attrezzata con una connessione veloce, che assicura la protezione dei dati. Si spera di attirare 400mila pernottamenti al mese. La campagna di informazione è stata avviata.

Così come la campagna pubblicitaria promossa dall'Emilia Romagna all'estero. In Germania. Una vasta programmazione sui media tedeschi per rilanciare il turismo sulla riviera e tra le località d'arte.

In questo periodo di stasi le Pubbliche Amministrazioni avviano gare per appaltare campagne promozionali del proprio territorio. Per mettere in vetrina le proprie bellezze. Per realizzare la più bella narrazione dei luoghi, delle atmosfere, dei profumi, dei sapori. Il turismo è un bene prezioso. Crea ricchezza, posti di lavoro, opportunità di sviluppo, attira capitali per la riqualificazione dei territori. Investire in turismo significa averne continua attenzione. Riqualificare le proprie risorse, operare continue manutenzioni, comunicare. La pandemia impone sacrifici. Ci obbliga a rinunciare ad un viaggio. Gli spostamenti sono bloccati ma chi, anche in queste condizioni, con l'incertezza di poter riprendere a muoversi, può sottrarsi dal sognare la prossima vacanza? Nel tutto fisicamente fermo è il momento di far viaggiare il turista con la fantasia, appaltando iniziative di comunicazione che guardano ad un futuro che si spera diventi ben presto presente. Il bello delle vacanze comincia nella loro progettazione. "I grandi viaggi hanno questo di meraviglioso, che il loro incanto comincia prima della partenza stessa. Si aprono gli atlanti, si sogna sulle carte. Si ripetono i nomi magnifici di città sconosciute", scriveva lo scrittore francese Joseph Kessel.

sommario

Editoriale

Viaggiare

4

In evidenza

Illeciti professionali e obbligo del RUP di valutare la dichiarazione, le misure di "self-cleaning" e l'ammissione alla gara

7

Sotto la lente

La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e il risarcimento dei danni da mancata stipula del contratto d'appalto

13

Hanno collaborato a questo numero:

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

Avv. Riccardo Gai
Esperto in materia di appalti pubblici

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

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

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Avv. Ilenia Paziani
Esperta in materia di appalti pubblici

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

Avv. Stefano de Marinis
of Counsel presso Piselli & partners,
già vicepresidente FIEC

Avv. Emanuela Pellicciotti
Esperta in infrastrutture e contratti pubblici
- Studio legale Lombardo e Associati

Il Punto

Polizza di Responsabilità civile: quando il sinistro è la richiesta risarcitoria del terzo (claims made). La Corte di Cassazione richiede una tutela effettiva dell'assicurato.

21

Il fenomeno della turbativa d'asta nel settore degli appalti pubblici: la Comunicazione 2021/C 91/01 del 18 marzo 2021 della Commissione europea

30

Tra tutela della par condicio e garanzia della massima partecipazione: i limiti del soccorso istruttorio e l'ambito di applicazione soccorso procedimentale nelle procedure ad evidenza pubblica.

40

Subappalto problema sempre più aperto: le tendenze evolutive del Tar Lazio

48

S-piaggiati" & "S-piazzati"

53

Pareri & Sentenze

62

A Domanda Rispondiamo

66

In pillole

69

Illeciti professionali e obbligo del RUP di valutare la dichiarazione, le misure di “self-cleaning” e l’ammissione alla gara

di Stefano Usai

IN
EVIDENZA

Premesse

Con il presente contributo si cercherà di dar conto dei recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di “illecito professionale” distinguendo l’approccio istruttorio del RUP (quale soggetto chiamato a considerare le dichiarazioni – o le dichiarazioni mancanti – rese dagli appaltatori al fine dell’attivazione o meno del soccorso istruttorio o, come nel caso di specie, dell’adozione della proposta/provvedimento di esclusione dalla competizione), nel caso in cui vengano dichiarate situazioni “pregresse” dell’appaltatore o nel caso in cui, invece, tali dichiarazioni che devono ritenersi obbligatorie, non vengano rese con conseguente necessità di adozione dei provvedimenti estromissivi.

In particolare, l’approccio del RUP sulle valutazioni (obbligatorie) delle dichiarazioni.

1. La legislazione "Sblocca Cantieri"

Con la recente legge "Sblocca Cantieri" (e quindi con riferimento al sistema normativo determinato dal DL 32/2019 e succ. legge di conversione n. 55/2019) si è "completato" l'adeguamento

dell'articolo 80 del Codice alle indicazioni comunitarie.

In pratica ciò è avvenuto con lo scorporo della previsione di cui all'articolo predetto, comma 5, lett. c) come da box sotto riportato:

Art. 80, comma 5 lett. c) ante modifica apportata con la legge 55/2019	Post modifica legge 55/2019
c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.	c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità; c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia ommesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione; c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa; c-quater) l'operatore economico abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato.

Il diritto comunitario (la direttiva comunitaria, per ciò che interessa, 2014/24), come noto, vieta alla P.A. di stipulare contratti con soggetti la cui affidabilità/integrità sia discutibile e/o possano sorgere dubbi sull'integrità.

In questo caso, in sostanza, potrebbe essere in pericolo non solo l'esecuzione della prestazione ma la sua stessa idoneità rispetto a quanto pattuito con varie implicazioni (a seconda del tipo di "inaffidabilità"), si pensi all'eventuale personale gestito dall'appaltatore.

Sul tema risulta di particolare rilievo il *considerando* 101 della direttiva citata da cui emerge come sia opportuno precisare che una **grave violazione** dei doveri professionali, in cui l'appaltatore sia incorso, può mettere in discussione la sua stessa integrità e renderlo "inidoneo" a risultare affidatario di un pubblico appalto indipendentemente da ogni altra circostanza afferente l'appalto **ovvero anche qualora avesse dimostrato, nella competizione, ogni requisito richiesto.**

Sempre secondo il legislatore comunitario, ed il considerando citato, le amministrazioni aggiudicatrici *"dovrebbero continuare ad avere la possibilità di escludere"* operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, *"per esempio a causa di violazioni di obblighi ambientali o sociali, comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità, o di altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale"*.

L'appaltatore ha l'obbligo di dichiarare i vari precedenti della sua attività professionale senza che possa fare prevalutazioni sulla loro rilevanza/incidenza rispetto alla possibilità di essere esclusi dal procedimento di gara.



che possa fare prevalutazioni sulla loro rilevanza/incidenza rispetto alla possibilità di essere esclusi dal procedimento di gara e l'esigenza del RUP (della stazione appaltante) di valutare serenamente, ed in buona fede, i vari elementi che, nel loro insieme potrebbero esprimere autentici indizi di inaffidabilità dell'operatore economico.

È chiaro che nel caso, la motivazione del RUP dovrà essere particolarmente

adeguata portando all'estromissione del candidato/partecipante alla competizione.

Situazioni, pertanto, diverse dalle condanne definitive richieste al comma 1 dell'articolo 80 del Codice che esigono, senza indugio, l'automatica esclusione dell'appaltatore. Nel caso di specie, invece, si impone alla stazione appaltante (ed al RUP in particolare) l'obbligo di valutare la dichiarazione resa.

Il distinguo rispetto alle condanne definitive richieste dal comma appena richiamato emerge già dalla direttiva comunitaria (sempre il considerando 101) nel momento in cui si rammenta la necessità che le amministrazioni aggiudicatrici debbano comunque *"mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante"*.

Dovrebbero anche poter escludere, prosegue l'indicazione comunitaria (ora perfettamente coincidente con le nuove previsioni del Codice) candidati o offerenti *"che in occasione dell'esecuzione di precedenti appalti pubblici hanno messo in evidenza notevoli mancanze per quanto riguarda obblighi sostanziali, per esempio mancata fornitura o esecuzione, carenze significative del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto o comportamenti scorretti che danno adito a seri dubbi sull'affidabilità dell'operatore economico"*.

Si ripete quindi l'esigenza "simmetrica" ovvero l'obbligo dell'appaltatore di dichiarare i vari precedenti della sua attività professionale senza

2. Le norme comunitarie

Una più chiara indicazione, a livello comunitario, viene espressa nell'art. 57 della direttiva che rappresenta la norma da cui la nuova versione dell'art. 80 del Codice (nelle fattispecie di cui si parla) dopo la legislazione, in particolare, Sblocca Cantieri, ha preso a riferimento.

Secondo la disposizione comunitaria, *"Nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità. Lievi irregolarità dovrebbero comportare l'esclusione di un operatore economico solo in circostanze eccezionali. Tuttavia, casi ripetuti di lievi irregolarità possono far nascere dubbi sull'affidabilità di un operatore economico che potrebbero giustificare l'esclusione"*.

Da qui la necessità però di utilizzare "qualunque" adeguato per far emergere "che l'operatore economico" ad esempio, *"non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali"*. Previsione questa innestata con la recente legge 120/2020 a cui si aggiunge anche la clausola di salvaguardia secondo cui *"il presente paragrafo non è più applicabile quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe"*. Anche questa appendice ora riportata

nel riformulato quarto comma ad opera dell'art. 8, comma 5, lett. b) della legge 120/2020.

Per completezza si rammenta che le fattispecie introdotte dalla recente legislazione trovano esplicitazione nel paragrafo 4 dell'articolo 57 della direttiva comunitaria.

3. L'intensità dell'obbligo della dichiarazione

Una delle questioni recenti, affrontate anche in Adunanza Plenaria, è relativa **alla intensità dell'obbligo** del dichiarante: fino a che punto l'appaltatore rimane legato a situazioni pregresse da dover comunicare? E soprattutto nel caso di assenza di dichiarazioni come deve essere considerata l'omissione?

La questione è stata posta con l'ordinanza 232/2020 del Consiglio di Stato (quinta sezione) e risulta definita con sentenza dell'A.P. n.16/2020). In Adunanza Plenaria si prede atto del contrasto tra posizioni "ortodosse" circa gli obblighi dichiarativi dell'appaltatore secondo cui l'omessa dichiarazione della quale integra "in sé e per sé" l'ipotesi di illecito causa di esclusione dalla gara (Cfr. III Sezione di questo Consiglio di Stato: 29 novembre 2018, n. 6787; 27 dicembre 2018, n. 7231; e della V, Sezione, 11 giugno 2018, n. 3592; 25 luglio 2018, n. 4532; 19 novembre 2018, n. 6530; 3 gennaio 2019, n. 72; 24 gennaio 2019, n. 586 e 25 gennaio 2019, n. 591).

E la posizione tendente a limitare la portata generalizzata degli obblighi dichiarativi a carico degli operatori economici, anche dal punto di vista temporale (Cfr. V Sezione del 3 settembre 2018, n. 5142; 22 luglio 2019, n. 5171; 5 marzo 2020, n. 1605), in cui si è posta in risalto l'esigenza di distinguere tra falsità ed omissione, con automatismo espulsivo limitato alla prima ipotesi (Cons. Stato, V, 3 settembre 2018, n. 5142; 12 aprile 2019, n. 2407).

In Adunanza si propende per il primo orientamento e viene parificata l'omessa comunicazione con la falsa dichiarazione. Circostanza, come detto, che non richiede al RUP (a prescindere da annotazioni sul merito) l'adozione del provvedimento di esclusione.

Da notare che secondo l'ANAC (linee guida n. 6)

l'obbligo dichiarativo – oltre che esteso – riguarda tutti i soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 80 (nonostante qualche dubbio sollevato in giurisprudenza).

Fermo restando il carattere sostanziale dell'informazione che in sede di partecipazione all'appalto occorre fornire, con l'intervento l'Adunanza Plenaria chiarisce che la norma presuppone un obbligo il cui assolvimento è necessario perché la competizione in gara possa svolgersi correttamente e il cui inadempimento giustifica invece l'esclusione.

Come ricordato dalla Sezione rimettente, si legge ancora nella sentenza più recente n. 16/2020 deve darsi atto che è consolidato presso la giurisprudenza *"il convincimento secondo cui l'art. 80, comma 5, lett. c) (ora lett. c-bis)), è una norma di chiusura in grado di comprendere tutti i fatti anche non predeterminabili ex ante, ma in concreto comunque incidenti in modo negativo sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico, donde il carattere esemplificativo delle ipotesi previste nelle linee-guida emanate in materia dall'ANAC, ai sensi del comma 13 del medesimo art. 80 (linee-guida n. 6 del 2016; al riguardo si rinvia al parere reso dalla commissione speciale di questo Consiglio di Stato appositamente costituita sull'ultimo aggiornamento alle più volte richiamate linee guida: parere del 13 novembre 2018, n. 2616; § 7.1; cfr. inoltre: Cons. Stato, V, 5 maggio 2020, n. 2850, 12 marzo 2020, n. 1774, 12 aprile 2019, n. 2407, 12 febbraio 2020, n. 1071; VI, 4 giugno 2019, n. 3755)"*.

La conclusione, in ogni caso, è che fornire informazioni false o fuorvianti od ometterle **ha una stessa conseguenza**: L'esclusione. Fornire le informazioni (fare una corretta dichiarazione) impone l'obbligo di valutarle (obbligo del RUP) e impone altresì l'obbligo di motivare le esclusioni e/o le ammissioni ed obbliga il RUP a soffermarsi e valutare anche le eventuali misure *self cleaning* adottate.

4. Il c.d. *self cleaning*

L'obbligo delle dichiarazioni di cui alle Linee guida ANAC n. 6 trova la sua "simmetria" nella possibilità dell'operatore (che abbia dichiarato "illeciti professionali") di comunicare e provare di

aver adottato delle misure di "pulizia" ovvero dei controbilanciamenti che determinano una sorta di "riabilitazione" ricostruendo quel rapporto fiduciario alla base per l'eventuale stipula di un contratto con la P.A..

In questo senso, già le linee guida n. 6 (per il momento aggiornate solo al primo decreto legislativo) puntualizzano che l'operatore economico è ammesso a provare di aver adottato misure sufficienti a dimostrare la sua integrità e affidabilità nell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione.

E l'adozione delle misure di *self-cleaning* "deve essere intervenuta entro il termine fissato per la presentazione delle offerte o, nel caso di attestazione, entro la data di sottoscrizione del contratto con la SOA. Nel DGUE o nel contratto di attestazione l'operatore economico deve indicare le specifiche misure adottate".

Sulle misure di "pulizia" e sulla rilevanza già l'articolo 57, parag. 6 della direttiva comunitaria in cui si legge che "un operatore economico (...) può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l'operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d'appalto. A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti

concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti".

Le misure di "self cleaning", come sottolinea anche l'ANAC – e la giurisprudenza -, devono essere attentamente valutate dalle stazioni appaltanti (dai RUP) "considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito. Se si ritiene che le misure siano insufficienti, l'operatore economico riceve una motivazione di tale decisione."

Queste misure, come sottolinea anche l'ANAC – e la giurisprudenza come si dirà più avanti -, devono essere attentamente valutate dalle stazioni appaltanti (dai RUP) "considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito. Se si ritiene che le misure siano insufficienti, l'operatore economico riceve una motivazione di tale decisione." In questo senso anche l'articolo 80, comma 8 del Codice.

5. La valutazione

Sulla necessità di valutare anche le misure di "riabilitazione" adottate la recente giurisprudenza (Tar Campania, Napoli, sez. VII, n. 978/2021) che in materia ha richiamato il ragionamento dell'ANAC espresso con la Delibera n. 231 del 4 marzo 2020.

Nella delibera in argomento, l'autorità anticorruzione ha chiarito come tale compito sia in via esclusiva, della stazione appaltante, e quindi il RUP, soggetto competente, come detto, alla valutazione in concreto, non solo, della sussistenza dei motivi di esclusione di un operatore economico per "grave illecito professionale", ma anche, dell'idoneità e adeguatezza delle misure di "self cleaning" adottate da tale operatore per ristabilire la sua integrità o affidabilità professionale.

La stazione appaltante è tenuta a valutare con massimo rigore le misure di *self-cleaning* adottate nell'ipotesi di violazione del principio di leale collaborazione con l'Amministrazione.

Il Consiglio di Stato, sez. V, 12 marzo 2019, n. 1649, ha chiarito che deve essere "confermato il principio, dal quale non vi è evidente ragione per discostarsi, secondo cui l'esclusione da una gara, disposta in esito al riscontro negativo circa il possesso di un requisito di partecipazione, non postula la previa comunicazione di avvio del procedimento".

Le stazioni appaltanti, valutano, altresì, l'idoneità delle misure di "self-cleaning" eventualmente adottate dall'impresa a dimostrare la sua integrità e affidabilità nell'esecuzione di affidamenti nelle categorie e classifiche di qualificazione richieste, nonostante l'esistenza di una pertinente causa ostativa".

Ed il Consiglio di Stato, sez. V, 12 marzo 2019, n. 1649, in tema ha chiarito che deve essere *"confermato il principio, dal quale non vi è evidente ragione per discostarsi, secondo cui l'esclusione da una gara, disposta in esito al riscontro negativo circa il possesso di un requisito di partecipazione, non postula la previa comunicazione di avvio del procedimento"*.

6. La valutazione sull'ammissione del dichiarante con illeciti professionali

Uno degli aspetti che il RUP deve, evidentemente, presidiare è che l'esclusione – in presenza di dichiarazione e finanche di indicazioni su azioni "riabilitative" –, può essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato all'esito di una valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata.

In tempi recentissimi il Consiglio di Stato con la sentenza del 5 marzo del 2021 n. 1500 è ritornato sulla necessità della motivazione, accurata, non solo nel caso di esclusione ma anche nel caso di ammissione dell'operatore che sia incorso in precedenti, in questo caso relativi alla sua attività, che la pubblica amministrazione deve valutare.

Nel caso di specie la stazione appaltante ha proceduto con l'ammissione del concorrente senza valutare/motivare le ragioni in presenza di dichiarazioni di assoluto rilievo. L'obbligo della verifica – secondo il giudice – è da ritenersi anche comportamento dovuto verso gli altri operatori che hanno partecipato alla competizione.

In particolare, il Collegio di Palazzo Spada pur evidenziando che, seppur vero, che esiste un principio generale per cui le ammissioni non esigono una particolare motivazione in caso di ammissione (Cons. Stato, V, 5 maggio 2020, n. 2850; VI, 18 luglio 2016, n. 3198; C.G.A.R.S., 23 gennaio 2015, n. 53; Cons. Stato, VI, 21 maggio 2014, n. 2622; III, 24 dicembre 2013, n. 6236; V, 30 giugno 2011, n. 3924; III, 11 marzo 2011, n.1583; VI, 24 giugno 2010, n. 4019), d'altra parte occorre un comportamento istruttorio che tuteli anche gli altri operatori economici ed il ragionamento, ma, precisa il giudice, non può ritenersi accettabile nel caso in cui, con grande evidenza, le pregresse vicende professionali dovrebbero immediatamente far dubitare la stazione appaltante (e per essa il RUP).

In sentenza, infatti, si specifica che *"in presenza di pregressa vicenda professionale che, ictu oculi, appaia di particolare rilevanza" il giudice non può sostituirsi alla stazione appaltante nella dovuta verifica tanto nel caso in cui "condivida la decisione della stazione appaltante, quanto se l'avversi"*.

Nel caso di specie, erano presenti risoluzioni e penali e quindi si sottolinea che tanto *"la risoluzione, in quanto avente ad oggetto il medesimo contratto, e la penale, per l'importo particolarmente elevato, possono costituire in astratto indizi di inaffidabilità dell'operatore" perciò è necessario "che la stazione appaltante dia conto della valutazione che l'ha indotta a diversa conclusione, perché della sua logicità e ragionevolezza possa poi conoscerne il giudice amministrativo, se richiesto, nel dovuto contraddittorio tra le parti"*.

Ciò evidenziato l'appello viene accolto con conseguente "invito" alla stazione appaltante di *"riprendere la procedura di gara dalla fase di ammissione dei concorrenti, nuovamente valutando – anche alla luce delle circostanze emerse nel corso del giudizio – la sussistenza della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50"*.

La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e il risarcimento dei danni da mancata stipula del contratto d'appalto

di Riccardo Gai

SOTTO
LA
LENTE

1. La responsabilità della pubblica amministrazione: le varie tesi a confronto

Questione assai rilevante - con riferimento alla responsabilità della Pubblica Amministrazione in via generale (e in particolare nel settore degli appalti pubblici) - è costituita dall'individuazione della sua natura giuridica.

Dottrina e giurisprudenza ne hanno a lungo dibattuto, dando luogo alla contrapposizione di varie teorie, riconducibili fondamentalmente a tre tipologie di soluzioni, che hanno sostenuto rispettivamente: 1) la natura extracontrattuale della responsabilità della Pubblica Amministrazione. 2) la natura contrattuale della responsabilità della Pubblica Amministrazione; 3) la natura di c.d. "tertium genus" (o del c.d. "contatto sociale qualificato") della responsabilità della Pubblica Amministrazione.

Come noto, fino alla fine degli anni '90, la possibilità di ottenere il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo è stato negato dalla giurisprudenza unanime della Cassazione. Tale orientamento negativo - che negava *in toto* il riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi - è stato rivisto con la storica sentenza della Cassazione, SS. UU., 22 luglio 1999, n. 500, la quale ha riconosciuto, per la prima volta, la generale risarcibilità degli interessi legittimi (pur facendo salva, per gli interessi legittimi pretensivi, la necessità di dimostrazione della spettanza del bene della vita attraverso un giudizio prognostico del Giudice caso per caso).

Con tale decisione, la Suprema Corte ha ribaltato la costante interpretazione data all'art. 2043 c.c., la c.d. responsabilità aquiliana, che aveva sempre impedito il riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo.

L'inquadramento della natura giuridica della responsabilità della Pubblica Amministrazione in senso extracontrattuale è stato accolto tutt'altro che pacificamente dagli operatori del diritto, i quali avevano più che altro rinvenuto, nella soluzione giurisprudenziale della c.d. "risarcibilità degli interessi legittimi" prospettata dalla Cassazione, un punto di partenza, dal quale iniziare un percorso più approfondito sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione P.A., una volta riconosciutane l'esistenza (in tale senso, si veda: R. CHIEPPA, "Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa", in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2003, p. 684). Infatti, alla tesi della natura extracontrattuale della responsabilità dell'Amministrazione, si è andata contrapponendo la tesi a favore della natura contrattuale. A favorire lo svilupparsi di questa tesi, era stata la Legge n. 241/1990 (soprattutto a seguito delle successive modifiche operate dalle Leggi nn. 15/2005 e 80/2005), la quale ha disegnato un sistema nel quale la pubblica amministrazione ed il cittadino entrano in un vero e proprio rapporto, fatto di obblighi reciproci e di collaborazione.

Allo stato attuale, la risposta prevalente da parte della giurisprudenza sembra essersi ormai orientata con riferimento alla natura extracontrattuale della responsabilità dell'Amministrazione, seppure una giurisprudenza minoritaria continui a mantenere vivo il dibattito, prospettando la configurabilità di una natura speciale (di "*tertium genus*") della stessa.

A titolo meramente esemplificativo, si consideri che <<la qualificazione del danno da illecito provvedimento rientra nello schema della responsabilità extra contrattuale disciplinata dall'art. 2043 c.c.; conseguentemente, per accedere alla tutela è indispensabile, ancorché non sufficiente, che l'interesse legittimo sia stato leso da un provvedimento (o da comportamento) illegittimo

dell'amministrazione reso nell'esplicazione (o nell'inerzia) di una funzione pubblica e la lesione deve incidere sul bene della vita finale, che funge da sostrato materiale dell'interesse legittimo e che non consente di configurare la tutela degli interessi c.d. procedurali puri, delle mere aspettative o dei ritardi procedurali>> (v.si Cons. Stato, Sez. V, 31 ottobre 2013, n. 5247; in termini, v.si Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3408).

In senso opposto è stato invece riconosciuta nella qualificazione della natura della responsabilità civile della P.A., una responsabilità di tipo speciale: 1) in

primo luogo, in quanto essa non può essere ricondotta alle categorie civilistiche, in particolare: a) né a quella extracontrattuale, poiché l'art. 2043 c.c. presuppone che i soggetti non abbiano normalmente alcun rapporto; b) né a quella contrattuale, nella quale le posizioni tutelate sono diritti soggettivi relativi, che originano, cioè, da obbligazioni; 2) in secondo luogo, in quanto essa presenta dei caratteri totalmente peculiari, quali: a) la condotta illecita all'interno

di un procedimento amministrativo, nel quale l'esercizio del potere è regolamentato da norme speciali di azione per il principio di legalità; b) il potere pubblico opposto all'interesse illegittimo, situazione che non è assimilabile ad un rapporto in cui si confrontano doveri di prestazione (o protezione) e diritto di credito (v.si Cons. di Stato, Sez. VI, 27 giugno 2013, n. 3521).

2. In particolare: la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione

Oltre alle varie ipotesi di responsabilità civile della Pubblica Amministrazione per l'emanazione di un provvedimento illegittimo, la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto anche la responsabilità c.d. "precontrattuale" dell'Amministrazione, che si verifica in tutti quei casi in cui la stessa, pur non emanando un provvedimento illegittimo, adotta atti o comportamenti legittimi (revoca o annullamento

Con la sentenza n. 500/99, la Suprema Corte di Cassazione ha ribaltato la costante interpretazione data all'art. 2043 c.c., fondante la c.d. responsabilità aquiliana, che aveva sempre impedito il riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo.

dell'aggiudicazione o dell'intera gara), ma comunque lesivi dell'interesse dell'aggiudicatario della gara alla stipula del relativo contratto o dell'interesse di tutti i partecipanti alla gara alla conclusione della stessa.

Tale situazione si verifica qualora - prima della conclusione della procedura ad evidenza pubblica o anche dopo tale conclusione (e cioè tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto)

- l'Amministrazione decida legittimamente di revocare o di annullare l'aggiudicazione o l'intera gara, ai sensi degli artt. 21 quinquies o nonies della Legge 7 agosto 1990, n. 241.

In tali casi, l'Amministrazione - seppure abbia adottato un provvedimento di autotutela pienamente legittimo - ha, comunque, leso l'affidamento dei concorrenti alla conclusione della gara alla quale gli stessi hanno partecipato (partecipazione comportante oneri di tempo e di spesa sostenuti inutilmente). Perciò, la giurisprudenza - assimilando la fase della gara pubblicistica (in quanto volta alla stipula del contratto) alla fase delle trattative di diritto privato (volte al medesimo fine) - ha riconosciuto tali comportamenti dell'Amministrazione come condotte idonee a configurare una vera e propria responsabilità

precontrattuale in capo alla stessa, con conseguente applicazione dell'art. 1337 c.c., che impone lo svolgimento delle trattative secondo buona fede e correttezza: in tali casi, come si vedrà oltre, il risarcimento dei danni è normalmente commisurato al solo c.d. "interesse negativo", ovvero al danno emergente costituito dalle spese sopportate dai

partecipanti alla gara per tale partecipazione.

In particolare, nel caso in cui lo stato delle trattative sia ormai avanzato, e il privato abbia un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto, una rottura delle trattative non giustificata da fatti idonei comporta la responsabilità per danni (v. si Cons. Stato Sez. III, 15 aprile 2016, n. 1532).

Secondo una tesi valida sino al 2018, la responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione non sarebbe configurabile anteriormente alla scelta

del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare solo un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della Pubblica amministrazione.

È stato tuttavia successivamente chiarito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Cons. St., A.P., 4 maggio 2018, n. 5) che la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione si può configurare anche nei momenti precedenti all'aggiudicazione definitiva, sia prima che dopo la pubblicazione del bando.

Tale responsabilità è configurabile senza che possa riconoscersi rilevanza alla circostanza che la scorrettezza dell'amministrazione maturi anteriormente alla pubblicazione del bando oppure intervenga nel corso della procedura di gara.

A tale conclusione si perviene alla luce della considerazione che i principi di buona fede e correttezza sono posti a presidio della libertà di autodeterminazione dei cittadini, e quindi sono espressione dei valori costituzionali di solidarietà e libera iniziativa economica.

La valenza costituzionale del dovere di correttezza

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5/2018 afferma che la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione si può configurare anche nei momenti precedenti all'aggiudicazione definitiva, sia prima che dopo la pubblicazione del bando. Tale responsabilità è configurabile senza che possa riconoscersi rilevanza alla circostanza che la scorrettezza dell'amministrazione maturi anteriormente alla pubblicazione del bando oppure intervenga nel corso della procedura di gara. A tale conclusione si perviene alla luce della considerazione che i principi di buona fede e correttezza sono posti a presidio della libertà di autodeterminazione dei cittadini, e quindi sono espressione dei valori costituzionali di solidarietà e libera iniziativa economica.



impone di ritenerlo operante in un più vasto ambito di casi, in cui, pur eventualmente mancando una trattativa in senso tecnico-giuridico, venga, comunque, in rilievo una situazione "relazionale" qualificata, capace di generare ragionevoli affidamenti e fondate aspettative.

Pertanto, conclude la Plenaria, non è necessario che esista un affidamento alla stipula del contratto di appalto, se il privato viene comunque leso nella propria libertà contrattuale.

Chiarito dunque che la responsabilità in questione può venire in essere anche prima dell'aggiudicazione, l'Adunanza Plenaria 5/2018 ha chiarito i presupposti concreti per la sua configurabilità, specificando il principio generale per cui il risarcimento è dovuto quando l'ente pubblico non ha adempiuto ai doveri di buona fede, correttezza, lealtà e diligenza, nonostante l'incolpevole affidamento ingenerato nel privato (v. anche, sul punto, Cass. Civ. SS. UU. 27 aprile 2017, n. 10413).

Affinché nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti:

a) che l'affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà. In questo caso la responsabilità per danno non è derivante da uno specifico provvedimento amministrativo, che può essere anche legittimo, ma dal complessivo comportamento nel corso della procedura per la stipula di un contratto pubblico;

b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo;

c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione.

Infatti, il dovere di correttezza è strumentale alla tutela della libertà di autodeterminazione

negoziale, cioè di quel diritto (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenze illecite derivanti da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza.

Ai fini della responsabilità della P.A. deve essere considerata anche la potenziale colpa del privato, ai sensi dell'art. 1338 del Codice Civile. Quest'ultimo prevede che *<la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto>>*.

Da ciò discende la necessaria indagine sulla scusabilità dell'affidamento del privato, come nel caso in cui lo stesso avesse avuto conoscenza del motivo per cui, per esempio, il contratto non poteva essere stipulato o l'aggiudicazione non poteva essere approvata.

Occorrerà risarcire, in caso di responsabilità precontrattuale, il c.d. interesse negativo: si tratta delle perdite dovute per l'aver fatto affidamento nella conclusione del contratto, particolare riferimento ai mancati guadagni conseguenza delle occasioni contrattuali perdute (lucro cessante), nonché le spese sostenute per lo svolgimento delle trattative (danno emergente).

Non sono invece risarcibili i mancati guadagni che sarebbero derivati dalla stipula e dall'esecuzione del contratto.

3. Il riparto di giurisdizione in tema di risarcimento del danno da mancata stipula del contratto d'appalto

In particolare, secondo l'indirizzo originario della giurisprudenza prevalente, applicando il tradizionale criterio di riparto della giurisdizione basato sugli interessi dedotti in giudizio (Giudice Ordinario per i diritti soggettivi e Giudice Amministrativo per gli interessi legittimi), nel settore delle procedure ad evidenza pubblica: 1) le questioni intercorrenti tra il momento della indizione della gara ed il momento dell'aggiudicazione della stessa venivano attribuite alla giurisdizione del Giudice Amministrativo (sulla base della considerazione che, per tutta la fase relativa alla gara, nella scelta del contraente, vi fosse esplicazione di poteri autoritativi in relazione

ai quali le posizioni dei privati avevano consistenza di interessi legittimi); 2) le questioni sulla sorte del contratto, determinate dall'annullamento della intera gara o della relativa aggiudicazione da parte del Giudice Amministrativo, venivano attribuite alla giurisdizione del Giudice Ordinario (sulla base della considerazione che, per tutta la fase successiva all'aggiudicazione della gara, vi fosse esplicazione di autonomia contrattuale delle parti, in relazione alla quale le posizioni di entrambe le parti avevano consistenza di diritti soggettivi).

Con riferimento all'individuazione del Giudice competente a conoscere delle questioni relative all'annullamento dell'aggiudicazione ed alla sorte del contratto, la Direttiva dell'Unione Europea 2007/66/CE ha disposto che le stesse fossero attribuite ad un unico Giudice, al fine di garantire le esigenze primarie di concentrazione,

di effettività della tutela, di ragionevole durata e di celerità dei giudizi in materia di appalti pubblici. Nonostante tale impostazione dell'ordinamento comunitario, in Italia, almeno inizialmente, la configurazione del riparto di giurisdizione nei termini elaborati in precedenza dalla giurisprudenza (Giudice Amministrativo per l'annullamento dell'aggiudicazione e Giudice Ordinario per la sorte del contratto) era stata ribadita ripetutamente dalle Sezioni Unite della Cassazione con una serie di decisioni, tra le quali, in particolare, le nn. 27169/2007, 10443/2008 e 19805/2008.

L'affermazione di tali principi da parte della Cassazione ha determinato un forte dibattito in giurisprudenza, legato alla semplice considerazione che – nella materia delle procedure

Rientra nella giurisdizione del giudice ordinario e non in quella del giudice amministrativo una controversia avente ad oggetto la richiesta di risarcimento del danno da mancata stipula di un contratto di appalto aggiudicato a seguito dell'esperimento di regolare gara pubblica; infatti, la giurisdizione esclusiva del G.A. arriva fino all'atto di aggiudicazione definitiva, non potendo estendersi al segmento procedimentale successivo (che precede la stipula del contratto) se non nel caso in cui sussistano posizione di interesse legittimo eventualmente lese, ossia in base al criterio generale di riparto della giurisdizione secondo la consistenza della posizione giuridico soggettiva fatta valere per come azionata dal punto di vista della causa petendi (TAR PUGLIA – BARI, SEZ. I – 8 marzo 2021 n. 420).



ad evidenza pubblica, nella quale il rapporto tra Amministrazione e privato si svolge fondamentalmente in due fasi (la prima pubblicistica, volta all'individuazione dell'aggiudicatario, la seconda privatistica, relativa al contratto tra Amministrazione e aggiudicatario) – l'applicazione dei principi generali relativi al riparto di giurisdizione, in base alla posizione giuridica soggettiva da tutelare, portava inevitabilmente ad uno sdoppiamento della tutela, in quanto la parte che aveva ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione della gara, disposta in favore del controinteressato, da parte del Giudice Amministrativo, era poi costretta a ricorrere anche al Giudice Ordinario per chiedere la caducazione del contratto nel frattempo stipulato tra Amministrazione e controinteressato.

In tale situazione, la Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza

n. 9/2008 – in un'ottica di prevalenza della esigenza di concentrazione della tutela relativa ad un'unica questione (sostanzialmente costituita dalla pretesa all'assegnazione del contratto oggetto della gara, seppure nelle sue due fasi di aggiudicazione e sorte del contratto) – ha apportato un correttivo all'impostazione fatta propria dalle Sezioni Unite, affermando che, per quanto il Giudice Amministrativo dovesse ritenersi privo di giurisdizione sulla sorte del contratto in fase di cognizione, lo stesso aveva, invece, giurisdizione anche sulla sorte del contratto nella fase di ottemperanza, nell'ambito della quale, essendo investito di poteri di giurisdizione di merito, esso avrebbe potuto sindacare anche la sorte del contratto. Secondo tale impostazione, l'annullamento dell'aggiudicazione da parte del

Giudice Amministrativo faceva sorgere l'obbligo in capo all'Amministrazione soccombente di conformarsi al giudicato, per cui, se la stessa fosse rimasta inerte, l'interessato avrebbe potuto instaurare un giudizio di ottemperanza, nell'ambito del quale il Giudice Amministrativo avrebbe potuto sindacare in modo pieno e completo l'attività dell'Amministrazione o il suo comportamento omissivo ed, eventualmente, nominare un Commissario ad acta per dare esecuzione alla sentenza.

Tuttavia, anche di recente la giurisprudenza ha confermato il principio del riparto di giurisdizione, affermando che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario e non in quella del giudice amministrativo una controversia avente ad oggetto la richiesta di risarcimento del danno da mancata stipula di un contratto di appalto aggiudicato a seguito dell'esperimento di regolare gara pubblica; infatti, la giurisdizione esclusiva del G.A. arriva fino all'atto di aggiudicazione definitiva, non potendo estendersi al segmento procedimentale successivo (che precede la stipula del contratto) se non nel caso in cui sussistano posizione di interesse legittimo eventualmente lese, ossia in base al criterio generale di riparto della giurisdizione secondo la consistenza della posizione giuridico soggettiva fatta valere per come azionata dal punto di vista della *causa petendi* (TAR PUGLIA – BARI, SEZ. I –8 marzo 2021 n. 420).

Il giudice amministrativo ha ritenuto in tal senso dirimente l'orientamento espresso dalle sezioni unite della Corte di Cassazione, le quali hanno operato una generale ricognizione dei criteri di riparto di giurisdizione nella materia degli appalti pubblici, giungendo alla conclusione che la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo arriva fino all'atto di aggiudicazione definitiva, non potendo estendersi al segmento procedimentale successivo (che precede la stipula del contratto) se non nel caso in cui sussistano posizione di interesse legittimo eventualmente lese, ossia in base al criterio generale di riparto della giurisdizione secondo la consistenza della posizione giuridico soggettiva fatta valere per come azionata dal punto di vista della *causa petendi*.

Più nel dettaglio la Suprema Corte ha statuito che *<<in materia di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, nella vigenza del codice del processo amministrativo, ed in relazione a*

vicende riconducibili alla disciplina dell'art. 11 del d.lgs. n. 163 del 2006, il riparto di giurisdizione deve ritenersi articolato nel modo seguente: a) sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 del cod. proc. amm., sulle controversie relative alla sola fase procedimentale, cioè dall'inizio della procedura sino all'aggiudicazione definitiva estendendosi detta giurisdizione a qualsiasi provvedimento, atto, accordo e comportamento tenuto entro quel lasso temporale, nonché in ogni caso ad eventuali provvedimenti dell'amministrazione di annullamento d'ufficio della stessa aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 o comunque previsti da norme di legge, in quanto direttamente incidenti sulla stessa genesi dell'aggiudicazione all'atto della sua effettuazione e, dunque, riconducibili alla relativa procedura; b) quanto, invece, alla situazione successiva all'efficacia dell'aggiudicazione definitiva, e prima del sopravvenire dell'efficacia della conclusione del contratto (ivi compresa la sua anticipata esecuzione), vige il normale criterio di riparto imperniato sulla distinzione fra interesse legittimo e diritto soggettivo, di modo che si configurava la giurisdizione del giudice amministrativo solo in presenza di una controversia inerente all'esercizio da parte dell'amministrazione di un potere astratto previsto dalla legge, mentre, al di fuori di tal caso (e, dunque, in assenza di riconducibilità dell'agire dell'Amministrazione ad un potere di quel genere), la situazione è di diritto comune e, dunque, si configura la giurisdizione del giudice ordinario>> (Corte di Cassazione, SS.UU., 5 ottobre 2018, n. 24411).

Nel caso di specie il TAR Puglia non ha ritenuto di doversi discostare dalla netta e lineare pronuncia delle sezioni unite, evidenziando in particolare come in forza della natura oggettivamente privatistica delle vicende negoziali fatte oggetto di contestazione nel relativo giudizio, la giurisdizione sulle medesime dovesse essere riferita esclusivamente al giudice ordinario, essendo stata dedotta in giudizio la spettanza di un diritto alla stipulazione del contratto.

In conclusione, il ricorso è stato dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione, avendo il TAR Puglia indicato, quale giudice munito di giurisdizione ai sensi dell'articolo 11, comma 1 del codice del processo amministrativo, il

giudice ordinario, davanti al quale il processo avrebbe dovuto essere riproposto nei termini e con le modalità di cui al comma 2 della predetta disposizione.

4. Nodi irrisolti ed ipotesi risolutive

Non v'è dubbio che le vicende inerenti il riparto di giurisdizione continuino ad essere, nel nostro ordinamento, e non soltanto nell'ambito degli appalti pubblici, un tema estremamente critico del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, anche e soprattutto per i risvolti che esso comporta in termini di ambiguità ed incertezze interpretative. Si pensi, ad esempio, al cosiddetto risarcimento del danno da provvedimento amministrativo "legittimo", cioè a dire al risarcimento del danno da provvedimento amministrativo favorevole ma illegittimo, poi annullato dal giudice amministrativo o ritirato dalla pubblica amministrazione in sede di autotutela.

La soluzione tradizionale, abbracciata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (v. si Cass., SS.UU., 23 marzo 2011, ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596), afferma la giurisdizione del giudice ordinario, sull'assunto che non sia in discussione un esercizio illegittimo del potere, bensì un mero comportamento della p.a., consistente nell'adozione di atti favorevoli, poi ritirati, che hanno prima ingenerato e poi violato un legittimo affidamento nel privato circa la loro legittimità. Rileva quindi una violazione del principio generale di *neminem laedere* e il privato può agire ex art. 2043 c.c. dinanzi al giudice ordinario.

Una nota pronuncia del TAR Lombardia (sez. II, 17 luglio 2013, n. 1307) si è espressa nel senso opposto, affermando la propria giurisdizione, prendendo le mosse dall'essenza del legittimo affidamento. Ciò che non convince, spiega il

TAR, è la riconduzione dell'affidamento alla categoria del diritto soggettivo e, più in generale, il suo inquadramento come situazione giuridica autonoma. L'affidamento altro non è, infatti, che un'aspettativa delle parti di un rapporto giuridico circa il reciproco rispetto di un generale canone di lealtà e correttezza. Se così è, si deve ritenere che l'affidamento non costituisca una situazione giuridica autonoma, quanto piuttosto un elemento che contribuisce ad arricchire il contenuto delle situazioni giuridiche cui esso accede; un elemento che assume dunque qualificazione diversa a seconda delle diverse situazioni sulle quali esso va ad incidere. Ne deriva che, quando il soggetto il cui affidamento è stato leso vanta, nei confronti dell'altra parte del rapporto, un diritto soggettivo, la lesione di detto affidamento si sostanzia a

sua volta nella lesione di un diritto soggettivo, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario; nel caso opposto, quando da un lato vi è la pubblica amministrazione nell'esercizio di un potere autoritativo e dall'altra il privato titolare di un interesse legittimo, l'affidamento del privato partecipa della natura di quest'ultimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo. Non potrebbe che derivarne, nel caso di annullamento del provvedimento amministrativo favorevole, la giurisdizione dei TAR, atteso che il privato istante vanta – come nessuno dubiterebbe – soltanto un interesse legittimo all'edificazione nei confronti della pubblica amministrazione.

Il dibattito sul riparto di giurisdizione non è destinato ad esaurirsi, almeno sino a quando la questione non sarà affrontata a livello legislativo ed ordinamentale. Fino a quando, cioè, non si prenderà definitivamente atto che, per preservare i rapporti giuridici tra privati e pubblica amministrazione, occorrono regole certe, non potendo tali rapporti essere rimessi agli incerti ed ondivaghi orientamenti giurisprudenziali.

Successivi orientamenti del giudice amministrativo (v. Cons. di Stato, Sez. V, 2 agosto 2013, n. 4059) si sono tuttavia allineati all'orientamento già più volte espresso dalla Corte di Cassazione, propendendo per la giurisdizione ordinaria.

Ciò sta a significare che il dibattito sul riparto di giurisdizione non è destinato ad esaurirsi, almeno sino a quando la questione non sarà affrontata a livello legislativo ed ordinamentale. Fino a quando,

cioè, non si prenderà definitivamente atto che, per preservare i rapporti giuridici tra privati e pubblica amministrazione, occorrono regole certe, non potendo tali rapporti essere rimessi agli incerti ed ondivaghi orientamenti giurisprudenziali.

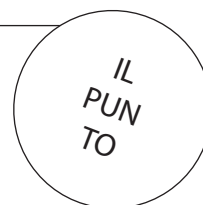
La soluzione potrebbe essere quella di prevedere un riparto di giurisdizione di carattere puramente soggettivo, vale dire che ogni controversia in cui sia coinvolta la pubblica amministrazione, sia che si tratti di diritti soggettivi sia che si tratti di interessi legittimi, ed indipendentemente dal

tipo di potere esercitato dall'amministrazione stessa (autoritativo, discrezionale o meramente privatistico) siano devolute al giudice speciale, ossia al giudice amministrativo. Si tratterebbe, ovviamente, di un cambiamento assai radicale probabilmente auspicabile, almeno nelle materie "speciali" quali gli appalti pubblici, le cui controversie necessitano soluzioni rapide che potrebbero giovare proprio della concentrazione dei contenziosi (sia nella fase antecedente, sia in quella successiva alla stipula del contratto) presso il giudice amministrativo.

Polizza di Responsabilità civile: quando il sinistro è la richiesta risarcitoria del terzo (*claims made*)

La Corte di Cassazione richiede una tutela effettiva dell'assicurato

di Sonia Lazzini



Premessa

Qual è la portata innovativa della clausola *claims made*?

Una tale impostazione opera una deroga al modello di assicurazione della responsabilità civile delineato dall'art. 1917, primo comma, c.c., poiché la copertura assicurativa viene ad operare non "in relazione a tutte le condotte, generatrici di domande risarcitorie, insorte nell'arco temporale di operatività del contratto, quale che sia il momento in cui la richiesta di danni venga avanzata" (modello c.d. *loss occurrence* o *act committed*), bensì in ragione della circostanza che nel periodo di vigenza della polizza intervenga la richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato (il c.d. *claim*) e che tale richiesta sia inoltrata dall'assicurato al proprio assicuratore.

Se questo è lo schema essenziale al quale si ispira il sistema c.d. "*claims made*" (letteralmente: "a richiesta fatta"), esso trova poi concretizzazione, nella prassi assicurativa, in base a più varianti, la cui riduzione alle due categorie più generali della *claims* "pura" (siccome imperniata sulle richieste risarcitorie inoltrate nel periodo di

efficacia della polizza, indipendentemente dalla data di commissione del fatto illecito) e della *claims* "impura" (o mista: poiché operante là dove tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano nel periodo di efficacia del contratto, con possibile retrodatazione della garanzia alle condotte poste in essere anteriormente) è frutto unicamente di convenzionale semplificazione, la quale, tuttavia, non può elidere la complessità del fenomeno.

Complessità che si apprezza, anzitutto, proprio a motivo di quelle varianti cui si faceva cenno, che introducono ulteriori previsioni pattizie orientate in più direzioni: per un verso, volte a rendere effettiva la copertura assicurativa rispetto a *claims* intervenute anche in un certo arco temporale successivo alla scadenza del contratto (cd. *sunset clause* o clausola di ultrattività o di "postuma"); per altro verso, dirette a consentire all'assicurato, in aggiunta alla richiesta del danneggiato, di comunicare all'assicuratore, ai fini di operatività della polizza, anche le circostanze di fatto conosciute in corso di contratto e dalle quali potrebbe, in futuro, originarsi la richiesta risarcitoria (c.d. *deeming clause*).

La sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite Civile che più di ogni altra segna una svolta verso un'accurata tutela dell'assicurato nel caso di una polizza di responsabilità civile terzi il cui sinistro è la richiesta danni, è la numero 22437 del 24 settembre 2018.

questa la massima:

Il modello dell'assicurazione della responsabilità civile con clausole "*on claims made basis*", che è volto ad indennizzare il rischio dell'impoverimento del patrimonio dell'assicurato pur sempre a seguito di un sinistro, inteso come accadimento materiale, è partecipe del tipo dell'assicurazione contro i danni, quale deroga consentita al primo comma dell'art. 1917 c.c., non incidendo sulla funzione assicurativa il meccanismo di operatività della polizza legato alla richiesta risarcitoria del terzo danneggiato comunicata all'assicuratore.

Ne consegue che, rispetto al singolo contratto di assicurazione, non si impone un test di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c., ma la tutela invocabile dal contraente assicurato può investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell'attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati, ossia (esemplificando): responsabilità risarcitoria precontrattuale anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose; nullità, anche parziale, del contratto per difetto di causa in concreto, con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro)".

Tale enunciazione di diritto ha in effetti condizionato il parere successivo dei nostri Ermellini.

L'intervento delle Sezioni Unite nasce da una profonda esigenza di chiarezza manifestatasi nell'ordinanza interlocutoria numero 1465 del 19 gennaio 2018 della Sezione III civile:

"questo Collegio chiede alle Sezioni Unite di stabilire se siano corretti i seguenti principi:

(a) nell'assicurazione contro i danni non è consentito alle parti elevare al rango di "sinistri" fatti diversi da quelli previsti dall'art. 1882 c.c. t ovvero, nell'assicurazione della responsabilità civile, dall'art. 1917, comma primo, c.c.;

(b) nell'assicurazione della responsabilità civile deve ritenersi sempre e comunque immeritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., la clausola la quale stabilisca che la spettanza, la misura ed i limiti dell'indennizzo non già in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui l'assicurato ha causato il danno, ma in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui il terzo danneggiato ha chiesto all'assicurato di essere risarcito".

L'Ivass così ne riassume l'operatività.

Estensione della garanzia alle condotte poste in essere anteriormente (Art 11 della I Gelli prevede l'estensione dell'operatività temporale agli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione della polizza).

Estensione della garanzia alle condotte poste in essere successivamente alla scadenza del contratto (c.d. *sunset clause* o clausola di ultrattività o postuma prevista dalla legge Gelli in caso di cessazione definitiva dell'attività professionale).

Deeming clause consente all'assicurato di comunicare all'assicuratore anche le circostanze conosciute in corso di contratto dalla quale potrebbe originare la richiesta di risarcimento (c.d. denuncia del fatto noto).

Partiamo dalle condizioni di polizza.

1. La differenza con il *loss occurrence*

Il rischio nell'assicurazione di responsabilità civile è così definito dall'art. 1917, comma primo, c.c.: "nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto".

Secondo la previsione legislativa nell'assicurazione di responsabilità civile il rischio in astratto è

l'impoverimento dell'assicurato; il "sinistro" (o rischio in concreto) è la causazione, da parte dell'assicurato, d'un danno a terzi del quale debba rispondere.

L'assicurazione della responsabilità civile è un sottotipo dell'assicurazione danni.

Se ne distingue perché la "cosa" esposta al rischio non è un bene determinato, ma il patrimonio dell'assicurato.

Per questa ragione la si definisce "assicurazione di patrimoni", per distinguerla dalle "assicurazioni di cose".

Normalmente la polizza di responsabilità civile terzi si divide fra

- danni materiali: per morte, per lesioni personali e per danneggiamenti a cose;
- perdite patrimoniali (pecuniarie): il pregiudizio economico subito da terzi che non sia conseguenza di Danni Materiali;

Nel primo caso questo è l'oggetto dell'assicurazione con le definizioni ed il contratto opera appunto, in funzione dell'articolo 1917, con il verificarsi dell'evento:

La Società si obbliga a tenere indenne l'Assicurato di quanto questi sia tenuto a pagare, quale civilmente responsabile ai sensi di legge, a titolo di risarcimento (capitale, interessi e spese) di danni involontariamente cagionati a terzi, per morte, per lesioni personali e per danneggiamenti a cose, in conseguenza di un fatto verificatosi in relazione all'attività svolta.

Le definizioni

Cosa: nel termine "cosa" devono ritenersi convenzionalmente ricompresi anche gli animali.

Danno fisico: Il pregiudizio, suscettibile di valutazione economica, conseguente a morte o a lesioni fisiche di una persona, ivi compreso i danni alla salute nonché il danno biologico e/o morale.

Danno materiale: Il pregiudizio, suscettibile di valutazione economica, conseguente a distruzione, rovina, deterioramento, totale o parziale di una cosa e quello conseguente a morte o a lesioni fisiche di un animale.

Sinistro

Il verificarsi del fatto dannoso per il quale è prestata la garanzia assicurativa.

Nel secondo caso, invece, il sinistro è la richiesta danni: **questa assicurazione è prestata nella forma "CLAIMS MADE" ossia a coprire i Sinistri che producano gli effetti previsti in polizza e che abbiano luogo per la prima volta durante il Periodo di Assicurazione e siano notificati agli Assicuratori durante lo stesso periodo.**

La Società si obbliga a tenere indenne l'Assicurato di quanto questi sia tenuto a pagare a titolo di risarcimento, quale civilmente responsabile a norma di legge per le perdite patrimoniali cagionate a terzi in conseguenza di un evento dannoso di cui l'Ente debba rispondere in relazione allo svolgimento dell'attività dichiarata in polizza

Evento dannoso: il fatto, l'atto, l'omissione, o il ritardo da cui scaturisce la richiesta di risarcimento;

Sinistro: il ricevimento di una richiesta di risarcimento per la quale è prestata l'Assicurazione;

- i. domanda giudiziale di condanna al risarcimento dei danni, anche a seguito di una sentenza definitiva;
- ii. azione civile di risarcimento danni promossa dalla parte civile nel processo penale nei confronti dell'amministrazione quale civilmente responsabile;
- iii. qualsiasi richiesta scritta pervenuta all'Assicurato che contenga una richiesta di risarcimento dei danni;

Ai fini della presente polizza, le richieste di risarcimento derivanti da un singolo Evento Dannoso saranno considerate alla stregua di una singola richiesta di risarcimento.

Denuncia di sinistro: la notifica inviata dall'Assicurato alla Società del verificarsi di un sinistro nei termini e nei modi stabiliti in Polizza;

Danno: qualsiasi pregiudizio subito da terzi suscettibile di valutazione economica;

Danni Materiali: il pregiudizio economico subito da terzi conseguente a danneggiamento di cose od animali, lesioni personali, morte;

Danni Erariali: il danno pubblico subito dall'erario,

comprensivo della lesione di interessi pubblici anche non patrimoniali;

Perdite Patrimoniali: il pregiudizio economico subito da terzi che non sia conseguenza di Danni Materiali;

2. La nascita della clausola *claims made*

La clausola *claim's made* venne escogitata da broker assicurativi statunitensi alla metà degli anni Ottanta, al fine di attenuare gli effetti di un orientamento giurisprudenziale delle Corti di quel Paese, le quali ritennero che, nel caso di danni causati dalla diffusione di un farmaco rivelatosi dannoso, fossero obbligati a tenere indenne la ditta produttrice tutti gli assicuratori succedutisi dall'epoca di diffusione del farmaco, sino alla manifestazione dei suoi effetti: decisione che comportò ovviamente la responsabilità di tutti gli assicuratori che ebbero la sventura di assicurare la ditta produttrice dal 1942 al 1985, epoca della decisione (lo stabilì la Corte Suprema dell'Indiana con sentenza 12.9.1985, nel caso *Eli Lilly contro The Home Insurance Company*). Sicché è agevole concludere che la clausola *claim's made* sorse per limitare i rischi, per l'assicuratore, derivanti dall'affermazione di principi giuridici inconcepibili nel nostro ordinamento. È ovvio che poi, esportata quella clausola, essa consentì risparmi di spesa: ma poiché nel nostro ordinamento non sono possibili condanne come quella del caso *Eli Lilly*, non sembra lecito sostenere che la clausola *claim's made* eviti "costi insostenibili".

Essa non è affatto quel baluardo contro il rischio di tracolli finanziari che certa dottrina vorrebbe far credere, ma è più banalmente una clausola conveniente per l'assicuratore: e va da sé che la validità dei contratti non si giudica in base alla loro convenienza per l'una o per l'altra parte.

Sono ben note le ragioni storiche che hanno dato luogo, nell'ambito del mercato assicurativo, a partire da quello anglosassone e, poi, statunitense della prima metà degli '80 del secolo scorso, alle clausole *claims made*, affermatesi - in estrema sintesi - come risposta all'aumento dei costi per indennizzo generato dall'espansione, qualitativa e quantitativa, della tutela risarcitoria, in particolar modo nell'area dei rischi c.d. lungo-latenti, ossia dei danni da prodotti difettosi, quelli ambientali e quelli da responsabilità professionale (segnatamente,

in ambito di responsabilità sanitaria). Di qui, per l'appunto (come ricordato dalla citata sentenza n. 9140 del 2016), l'esigenza, avvertita dalle imprese di assicurazione, di circoscrivere l'operatività della assicurazione ai soli sinistri "reclamati" durante la vigenza del contratto, così da consentire alla compagnia "di conoscere con precisione sino a quando sarà tenuta a manlevare il garantito e ad appostare in bilancio le somme necessarie per far fronte ai relativi esborsi", con evidente ulteriore agevolazione nel calcolo del premio assicurativo.

Volgendo per un momento lo sguardo a quelle aree di cultura giuridica più vicine al nostro ordinamento, non è superfluo evidenziare come l'assicurazione "*on claims made basis*" sia stata oggetto già da tempo, in alcuni Paesi (ad es., Francia, Spagna e Belgio), di riconoscimento a livello di diritto positivo, sebbene con modulazioni particolari e (come accenna la stessa ordinanza interlocutoria n. 1475 del 2018) quale risposta al sostanziale sfavore della giurisprudenza (seppure una tale dinamica non colga propriamente la realtà spagnola). In Francia, dapprima la legge 30 dicembre 2002-1577 (c.d. *Loi About*), in materia di responsabilità sanitaria, ha previsto che la relativa assicurazione possa prevedere clausole c.d. "*base reclamation*", per cui l'operatività della garanzia presuppone la richiesta risarcitoria del danneggiato ed è modulata con la previsione di una retroattività -12- illimitata ed una ultrattività ("*garantie subséquente*") non inferiore a cinque anni ovvero di dieci anni per i medici liberi professionisti in caso di cessazione dell'attività o di decesso. Di poco successiva è stata, quindi, l'emanazione della legge 10 agosto 2003-706 (di "*Securité Financière*"), che, novellando il *Code des Assurances*, ha introdotto, accanto alla assicurazione incentrata sul "*fait dommageable*" e per i soli rischi industriali e professionali, il meccanismo di garanzia "base reclamation", imponendo, tuttavia, una durata quinquennale del relativo contratto. In Spagna, all'esito di un vivo dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla validità o meno delle *claims made*, il legislatore (modificando l'art. 73 della legge 8 novembre 1995, n. 30, sull'ordinamento delle assicurazioni private) ha introdotto le *claims made* come clausole "limitative" dei diritti dei contraenti deboli, configurandone l'ammissibilità in base a due tipologie: 1) quella (post- copertura) che estende la garanzia ad un periodo minimo di almeno un anno rispetto alla scadenza del contratto; 2) quella che estende la copertura in

modo retroattivo, ad evento dannoso verificatosi prima della conclusione del contratto, ma con richiesta di risarcimento intervenuta durante la vigenza del contratto. Il dibattito rimane aperto (non sulla validità in astratto delle clausole *claims made*, ma) sulla qualificazione legislativa di "clausola limitativa dei diritti degli assicurati", là dove la giurisprudenza (Trib. S. n. 2508/2014) sembra orientata a ritenere che le *claims made* siano piuttosto previsioni limitative dell'oggetto del contratto". Infine, in Belgio, il meccanismo di garanzia improntato sulle clausole *claims made* è stato previsto dall'art. 78 della legge 25 giugno 1992 sul contratto di assicurazione terrestre, successivamente modellato (nel dicembre 1994) con una ultrattività di trentasei mesi dalla scadenza della polizza ("*garantie de posterité*") ed escluso per i c.d. rischi di massa.

3. L'intervento del legislatore italiano

Invero - ed è opportuno darne conto sin d'ora -, anche nel nostro ordinamento l'assicurazione secondo il modello delle clausole *claims made* ha trovato, assai di recente, espresso riconoscimento legislativo, a seguito degli interventi recati, in particolare, dagli artt. 11 della legge 8 marzo 2017, n. 24 e 3, comma 5, lett. e), del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito, con modificazioni, dalla legge 14 novembre 2011, n. 148), come novellato dall'art. 1, comma 26, della legge 4 agosto 2017, n. 124.

La prima disposizione, concernente l'obbligo (previsto dall'art. 10 della medesima legge n. 24) di assicurazione delle strutture sanitarie per la responsabilità civile verso i terzi e i prestatori d'opera (che riguarda anche la stipula di polizze per la copertura della responsabilità civile verso terzi degli esercenti le professioni sanitarie di cui si avvalgano, ma non già dei sanitari "liberi professionisti", ai sensi del comma 2 dello stesso art. 10, per i quali trova applicazione l'art. 3 innanzi citato), stabilisce, anzitutto, che la "garanzia assicurativa deve prevedere una operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza". La norma prevede, poi, che, in caso di "cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa", la garanzia debba contemplare

"un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura". Una tale ultrattività "è estesa agli eredi e non è assoggettabile alla clausola di disdetta".

È evidente che il meccanismo presupposto dall'art. 11 in esame non sia quello legato al "fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione" di cui al primo comma dell'art. 1917 c.c., non avendo altrimenti ragion d'essere la previsione, al tempo stesso, di un periodo di retroattività e uno di ultrattività della copertura, sebbene, poi, la norma, in base alla sua formulazione letterale, evochi, per la copertura retroattiva, lo schema della *deeming clause*, innanzi richiamata, facendo riferimento alla sola "denuncia" dell'evento alla compagnia di assicurazione.

Il comma 5 dell'art. 3 del d.l. n. 138 del 2011 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148 del 2011), novellato nel 2017, riguarda invece l'obbligo di "stipulare idonea assicurazione" posto a carico dell'esercente una libera professione in relazione ai rischi da questa derivanti.

Ferma la libertà contrattuale delle parti, le condizioni generali di polizza "prevedono l'offerta di un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura".

La previsione è, poi, resa applicabile "alle polizze assicurative in corso di validità alla data di entrata in vigore della presente disposizione". Nel caso dell'illustrato comma 5, sembra evidente, quindi, che il meccanismo prefigurato sia quello di una clausola *claims made* su cui si viene ad innestare una *sunset clause*.

Non può non rammentarsi, infine, che, sulla scia dell'originario art. 3, comma 5, del d.l. n. 138 del 2011 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148 del 2011) e del correlato art. 5 del d.P.R. 7 agosto 2012, n. 137, l'art. 12, comma 1, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, sul nuovo ordinamento della professione forense, ha imposto agli avvocati analogo espresso obbligo di assicurazione per

la responsabilità civile, demandando (comma 5) al Ministro della giustizia la previsione, e l'aggiornamento, delle condizioni essenziali e dei massimali minimi di polizza.

Ne è scaturito il d.m. 22 settembre 2016, il cui art. 2, rubricato "Efficacia nel tempo della copertura assicurativa", ha stabilito, in linea con il sistema *claims made* (con variante *sunset clause*), che la "assicurazione deve prevedere, anche a favore degli eredi, una retroattività illimitata e un'ultrattività almeno decennale per gli avvocati che cessano l'attività nel periodo di vigenza della polizza", con esclusione, in capo all'assicuratore, della facoltà di recesso dal contratto "a seguito della denuncia di un sinistro o del suo risarcimento, nel corso di durata dello stesso o del periodo di ultrattività".

Da ultimo merita ricordare anche l'intervento legislativo sulla polizza del tecnico asseveratore per il super bonus 110%.

Così nella LEGGE 17 luglio 2020, n. 77, art 119 comma 14:

Ferma restando l'applicazione delle sanzioni penali ove il fatto costituisca reato, ai soggetti che rilasciano attestazioni e asseverazioni infedeli si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 2.000 a euro 15.000 per ciascuna attestazione o asseverazione infedele resa.

I soggetti di cui al primo periodo stipulano una polizza di assicurazione della responsabilità civile, con massimale adeguato al numero delle attestazioni o asseverazioni rilasciate e agli importi degli interventi oggetto delle predette attestazioni o asseverazioni e, comunque, non inferiore a 500.000 euro, al fine di garantire ai propri clienti e al bilancio dello Stato il risarcimento dei danni eventualmente provocati dall'attività prestata.

La non veridicità delle attestazioni o asseverazioni comporta la decadenza dal beneficio.

Si applicano le disposizioni della legge 24 novembre 1981, n. 689.

L'organo addetto al controllo sull'osservanza della presente disposizione ai sensi dell'articolo 14 della legge 24 novembre 1981, n. 689, è individuato nel Ministero dello sviluppo economico.

Con la legge di bilancio 2021 viene altresì aggiunto che "L'obbligo di sottoscrizione della polizza si

considera rispettato qualora i soggetti che rilasciano attestazioni e asseverazioni abbiano già sottoscritto una polizza assicurativa per danni derivanti da attività professionale ai sensi dell'articolo 5 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 7 agosto 2012, n. 137, purché questa: a) non preveda esclusioni relative ad attività di asseverazione; b) preveda un massimale non inferiore a 500.000 euro, specifico per il rischio di asseverazione di cui al presente comma, da integrare a cura del professionista ove si renda necessario; c) **garantisca, se in operatività di *claims made*, un'ultrattività pari ad almeno cinque anni in caso di cessazione di attività e una retroattività pari anch'essa ad almeno cinque anni a garanzia di asseverazioni effettuate negli anni precedenti.**

In alternativa il professionista può optare per una polizza dedicata alle attività di cui al presente articolo con un massimale adeguato al numero delle attestazioni o asseverazioni rilasciate e agli importi degli interventi oggetto delle predette attestazioni o asseverazioni e, comunque, non inferiore a 500.000 euro, senza interferenze con la polizza di responsabilità civile di cui alla lettera a)".

4. Gli assicurati, considerati parte debole del rapporto contrattuale, hanno un importante alleato: la Corte di Cassazione

Mettiamo ora in evidenza alcuni aspetti che la Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sentenza numero 22437 del 24 settembre 2018), ritiene fondamentali.

4.1 La scelta è stata delle Compagnie di Assicurazione

Le clausole *claims made*, affermatesi - in estrema sintesi - come risposta all'aumento dei costi per indennizzo generato dall'espansione, qualitativa e quantitativa, della tutela risarcitoria, in particolar modo nell'area dei rischi c.d. lungo-latenti, ossia dei danni da prodotti difettosi, quelli ambientali e quelli da responsabilità professionale (segnatamente, in ambito di responsabilità sanitaria).

Di qui, per l'appunto l'esigenza, avvertita dalle imprese di assicurazione, di circoscrivere l'operatività della assicurazione ai soli sinistri

“reclamati” durante la vigenza del contratto, così da consentire alla compagnia “di conoscere con precisione sino a quando sarà tenuta a manlevare il garantito e ad appostare in bilancio le somme necessarie per far fronte ai relativi esborsi”, con evidente ulteriore agevolazione nel calcolo del premio assicurativo.

4.2 La responsabilità precontrattuale dell'assicuratore

La violazione di tali obblighi nella fase precontrattuale (artt. 1337 e 1338 c.c.) potrà assumere rilievo anche in ipotesi di contratto validamente concluso, allorché si accerti che la parte onerata abbia omesso, nella fase delle trattative, informazioni rilevanti che avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contratto stesso (Cass., 23 marzo 2016, n. 5762). Tanto a prescindere dalla eventualità stessa che la condotta scorretta abbia potuto dar luogo ad un vizio del consenso (art. 1427 c.c.), con tutte le relative conseguenze anche in termini di annullabilità del contratto ovvero di ristoro dei danni nell'ipotesi di dolo incidente (art. 1440 c.c.).

4.3 Gli obblighi dell'assicuratore

Sul piano della fase prodromica alla conclusione del contratto secondo il modello della *claims made*, gli obblighi informativi sul relativo contenuto devono essere assolti dall'impresa assicurativa o dai suoi intermediari in modo trasparente e mirato alla tutela effettiva dell'altro contraente, nell'ottica di far conseguire all'assicurato una copertura assicurativa il più possibile aderente alle sue esigenze.

4.4 La determinazione del premio di polizza

L'analisi dell'assetto sinallagmatico del contratto assicurativo rappresenta un veicolo utile per apprezzare se, effettivamente, ne sia realizzata la funzione pratica, quale assicurazione adeguata allo scopo (tale da superare le criticità innanzi ricordate: § 17), là dove l'emersione di un disequilibrio palese di detto assetto si presta ad essere interpretato come sintomo di carenza della causa in concreto dell'operazione economica. Ciò in quanto, come già affermato da questa Corte, la determinazione del premio di polizza assume valore determinante ai fini dell'individuazione

del tipo e del limite del rischio assicurato, onde possa reputarsi in concreto rispettato l'equilibrio sinallagmatico tra le reciproche prestazioni.

4.5 Equilibrio fra rischio e premio di polizza

Non è, dunque, questione di garantire, e sindacare perciò, l'equilibrio economico delle prestazioni, che è profilo rimesso esclusivamente all'autonomia contrattuale, ma occorre indagare, con la lente del principio di buona fede contrattuale, se lo scopo pratico del regolamento negoziale “*on claims made basis*” presenti un arbitrario squilibrio giuridico tra rischio assicurato e premio, giacché, nel contratto di assicurazioni contro i danni, la corrispettività si fonda in base ad una relazione oggettiva e coerente con il rischio assicurato, attraverso criteri di calcolo attuariale.

4.6 Facoltà di recesso: Clausola abusiva

Quanto, infine, alla fase dinamica del rapporto assicurativo “*on claims made basis*”, si colloca su un piano di assoluta criticità - come del resto fatto palese, in guisa di ricognizione della prassi esistente, dalla normativa di settore innanzi richiamata (§ 10) - la clausola che attribuisce all'assicuratore la facoltà di recesso dal contratto al verificarsi del sinistro compreso nei rischi assicurati, la cui abusività si rivela tale in ragione della frustrazione dell'alea del contratto, che si viene a parametrare sul termine ultimo di durata della copertura assicurativa, rispetto alla quale i premi stessi sono calcolati e corrisposti. Di qui, il vulnus destrutturante la funzionalità del contratto, non emendabile con la liberazione dell'assicurato dal versamento della parte dei premi residui.

4.7 Il ruolo del giudice

Il regolamento contrattuale dovrà, quindi, modularsi, nell'assicurazione della responsabilità professionale, anzitutto in ragione della disciplina legale di base, che esprime un carattere imperativo, per essere non solo inderogabile *in pejus*, ma posta a tutela di interessi anche di natura pubblicistica, ossia la tutela del terzo danneggiato, che disvela il valore sociale dell'assicurazione.

Ne deriva che lo iato tra il primo e la seconda [per aver la stipulazione ignorato e/o violato quanto dalla legge disposto, come esito al quale può approdarsi

alla luce, soprattutto (ma non solo), dell'indagine sull'equilibrio sinallagmatico anzidetto] comporterà la nullità del contratto, ai sensi dell'art. 1418 c.c. A tanto il giudice potrà porre rimedio, per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto (Cass., S.U., n. 9140 del 2016, citata), in forza della norma di cui al secondo comma dell'art. 1419 c.c., così da integrare lo statuto negoziale (non già tramite il modello della c.d. *loss occurrence* di cui all'art. 1917, primo comma, c.c., bensì) attingendo quanto necessario per ripristinare in modo coerente l'equilibrio dell'assetto vulnerato dalle indicazioni reperibili dalla stessa regolamentazione legislativa. Regolamentazione che, per la sua imperatività, viene a somministrare delle "regole di struttura", siccome orientate a rendere il contratto idoneo allo scopo, tenuto conto anzitutto delle esigenze dell'assicurato, oltre che delle ricordate istanze sociali.

Successivamente a questa importante sentenza, in altre occasioni, sempre il massimo giudice civile è intervenuto a favore degli assicurati.

Ne riportiamo alcuni sunti

Cassazione civile, sez. Lavoro, ordinanza 1 marzo 2021, n. 5540:

Il principio di solidarietà sociale, in combinato contesto con la clausola di buona fede, consente al giudice di rilevare la nullità di una clausola che determini a carico di una delle parti un "significativo squilibrio dei diritti e obblighi contrattuali", ove ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto ma, anche, alla successiva SS.UU. n. 22437 del 2018 sullo stesso tema, la quale, ribadito che "l'equilibrio economico delle prestazioni ... è profilo rimesso esclusivamente all'autonomia contrattuale", consente tuttavia di "indagare, con la lente del principio di buona fede contrattuale, se lo scopo pratico del regolamento negoziale" e cioè la sua "causa in concreto" presenti "un arbitrario squilibrio giuridico tra rischio assicurato e premio" (nelle cc.dd. clausole *on claims made*).

Cassazione civile, sez. III, ordinanza 25 febbraio 2021, n. 5259:

La Suprema Corte censura l'impugnata pronuncia

della Corte d'Appello, la quale, dopo aver dichiarato nulla la clausola "*claims made*", ha poi automaticamente applicato al contratto assicurativo il regime della "*loss occurrence*" di cui all'art. 1917, comma 1, c.c., essendosi illegittimamente astenuta dall'integrare, come affermano le Sezioni Unite n. 22437 del 2018, lo statuto negoziale secondo il meccanismo previsto dall'art. 1419 c.c., ossia avendo omesso di riportare ad equilibrio ciò che le parti contraenti avevano effettivamente voluto e che non poteva certo essere ricondotto alla realizzazione di un differente programma, fondato su uno schema negoziale (quello proprio dell'art. 1917 c.c.) che le parti avevano voluto, invece, espressamente, emendare e modificare.

Il Giudice di merito non può, infatti, sostituire a un contratto assicurativo "*claims made*" un contratto tipico assicurativo della responsabilità civile, prevaricando la autonomia negoziale e venendo in tal modo a costituire ex novo il regolamento contrattuale che risulta pertanto essere fondato su di un accordo inesistente, venendo quindi illegittimamente ad incidere sulla stessa fonte genetica del rapporto obbligatorio.

Cassazione civile, sez. III, sentenza 23 aprile 2020, n. 8117:

Effettivamente, la decisione impugnata non è conforme ai principi di diritto enunciati da questa Corte, a Sezioni Unite, in ordine alla validità ed alla operatività delle clausole cd. *claims made* contenute nei contratti di assicurazione della responsabilità civile, secondo i quali «il modello di assicurazione della responsabilità civile con clausole "*on claims made basis*", quale deroga convenzionale all'art. 1917, comma 1, c.c., consentita dall'art. 1932 c. c., è riconducibile al tipo dell'assicurazione contro i danni e, pertanto, non è soggetto al controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., ma alla verifica, ai sensi dell'art. 1322, comma 1, c.c., della rispondenza della conformazione del tipo, operata attraverso l'adozione delle suddette clausole, ai limiti imposti dalla legge, da intendersi come l'ordinamento giuridico nella sua complessità, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale; tale indagine riguarda, innanzitutto, la causa concreta del contratto sotto il profilo della liceità e dell'adeguatezza dell'assetto sinallagmatico rispetto agli specifici interessi perseguiti dalle parti, ma non si arresta al momento della genesi

del regolamento negoziale, investendo anche la fase precontrattuale (in cui occorre verificare l'osservanza, da parte dell'impresa assicurativa, degli obblighi di informazione sul contenuto delle "*claims made*") e quella dell'attuazione del rapporto (come nel caso in cui nel regolamento contrattuale "*on claims made basis*" vengano inserite clausole abusive), con la conseguenza che la tutela invocabile dall'assicurato può esplicarsi, in termini di effettività, su diversi piani, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili di volta in volta implicati» (Cass., Sez. U, Sentenza n. 22437 del 24/09/2018, Rv. 650461 01; in precedenza, nel medesimo senso: Cass., Sez. U, Sentenza n. 9140 del 06/05/2016, Rv. 639703 01).

Il fenomeno della turbativa d'asta nel settore degli appalti pubblici: la Comunicazione 2021/C 91/01 del 18 marzo 2021 della Commissione europea

di Adriana Presti

IL
PUN
TO

Premessa

Con la Comunicazione 2021/C 91/01 del 18 marzo 2021, la Commissione europea ha fornito indicazioni sugli strumenti per combattere la collusione negli appalti pubblici e sugli orientamenti riguardanti le modalità di applicazione del relativo motivo di esclusione.

Gli appalti pubblici rappresentano una quota sostanziale del PIL degli Stati membri dell'UE, pari a oltre il 14 % del PIL totale degli stessi, e svolgono un ruolo fondamentale nella crescita economica, nel progresso sociale e nel conseguimento di un obiettivo fondamentale di ogni Stato, ossia fornire servizi di qualità ai propri cittadini.

Il termine collusione negli appalti pubblici (o «turbativa d'asta») si riferisce ad accordi illegali tra operatori economici (d'ora in poi anche solo "o.e.") volti a falsare la concorrenza nelle procedure di aggiudicazione degli appalti.

Tali accordi di collusione tra gli o.e. possono assumere varie forme, come la definizione anticipata del contenuto delle loro offerte (in particolare il prezzo) al fine di influenzare l'esito della procedura, la rinuncia alla presentazione di un'offerta, la ripartizione del mercato su base geografica o sulla base dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'oggetto dell'appalto, o l'istituzione di sistemi di rotazione per una serie di procedure.

L'obiettivo delle descritte pratiche illecite è quindi quello di consentire a un offerente predeterminato di ottenere l'aggiudicazione di un appalto creando nel contempo l'impressione che la procedura sia realmente competitiva.

Secondo la Commissione, la collusione è considerata e trattata come uno dei fattori di rischio principali per una spesa pubblica efficiente.

Si stima che aumenti fino al 60 % i costi che gli acquirenti pubblici sostengono rispetto a quanto pagherebbero in condizioni di mercato normali.

In situazioni di emergenza, come la pandemia di COVID-19, l'urgente necessità delle autorità pubbliche di acquistare, in tempi molto brevi, grandi quantità di forniture e servizi per i rispettivi sistemi sanitari può accrescere il rischio di comportamenti collusivi tra alcuni o.e., i quali potrebbero tentare di sfruttare l'emergenza e limitare artificialmente la concorrenza per massimizzare i loro guadagni a discapito delle finanze pubbliche.

Del resto, gli effetti negativi della collusione sulle finanze pubbliche si potrebbero rivelare ancora maggiori nel periodo post - emergenziale, quando la ripresa economica dipende in larga misura dal miglior utilizzo possibile dei fondi pubblici disponibili e dalla realizzazione di investimenti consistenti in settori economici critici.

Pagamenti indebiti di importi eccessivi per lavori, forniture e servizi si traducono in una riduzione dei fondi pubblici disponibili per lo svolgimento delle attività essenziali degli Stati, in disavanzi di bilancio più elevati e in una maggiore necessità per gli Stati di ricorrere al prestito, mettendo in tal modo a repentaglio la loro stabilità finanziaria e minando gli sforzi per la ripresa.

1. Il contesto normativo europeo

Nel diritto dell'Unione europea la collusione tra operatori economici è contemplata dall'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che vieta esplicitamente gli accordi e le pratiche concordate che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno e che possano pregiudicare il commercio tra gli Stati membri.

Come è noto, a partire dall'adozione delle più recenti direttive dell'UE in materia di appalti pubblici nel 2014, le indicazioni sufficientemente plausibili di collusione sono esplicitamente diventate motivo facoltativo di esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione.

Durante la pandemia di COVID-19 vi è l'urgente necessità delle autorità pubbliche di acquistare, in tempi molto brevi, grandi quantità di forniture e servizi per i rispettivi sistemi sanitari può accrescere il rischio di comportamenti collusivi tra alcuni operatori economici.

Interessante è notare che nella Sezione 5 della Comunicazione viene esposto un parere giuridicamente non vincolante sulle modalità di applicazione del motivo di esclusione per collusione previsto dall'articolo 38, paragrafo 7, lettera e), della direttiva 2014/23/UE, dall'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24/UE e dell'articolo 80, paragrafo 1, della direttiva 2014/25/UE.

Fermo restando che solo la Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a fornire un'interpretazione giuridicamente vincolante delle disposizioni del diritto dell'UE, il parere espresso dalla Commissione nella

Comunicazione in parola, pur non creando nuove norme o obblighi, funge da utile strumento interpretativo.

Tanto premesso giova evidenziare che, prima dell'entrata in vigore delle direttive del 2014, gli offerenti che mettevano in atto pratiche collusive potevano essere esclusi dalle procedure di gara a norma dell'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18/CE, a condizione che nei loro confronti fosse stata pronunciata una condanna con sentenza passata in giudicato per un reato incidente sulla loro moralità professionale (articolo 45, paragrafo 2, lettera c)) o a condizione che, nell'esercizio della loro attività professionale, avessero commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice (articolo 45, paragrafo 2, lettera d)). Nell'applicazione di quest'ultimo motivo facoltativo di esclusione le amministrazioni aggiudicatrici potevano far rientrare una violazione delle norme in materia di concorrenza, quale la collusione, come motivo atto a giustificare l'esclusione, purché fossero soddisfatte le condizioni di cui al predetto articolo (ordinanza della Corte di giustizia del 4 giugno 2019, *Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) contro Gruppo Torinese Trasporti Gtt SpA*, C-425/18, punti 18 e 33.).

La giurisprudenza europea, anche con riferimento al precedente regime normativo europeo e domestico, ha definitivamente chiarito la rilevanza

dell'accertamento dell'illecito antitrust nell'ambito degli illeciti professionali suscettibili di rilevare quale causa di esclusione dalla partecipazione ad una gara di appalto pubblico.

In particolare, con la ordinanza 4 giugno 2019 resa nella causa C-425/18, CNS - GGT S.p.A., la Corte di Giustizia ha statuito, infatti, che:

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

Le direttive del 2014 hanno, poi, modificato le norme sull'esclusione introducendo nuovi motivi di esclusione facoltativi e obbligatori, la possibilità per gli o.e. di avvalersi di misure di autodisciplina (il c.d. *self cleaning*) e una durata massima dell'esclusione.

Esse hanno esplicitamente riconosciuto, **per la prima volta**, la turbativa d'asta come un motivo facoltativo per escludere gli o.e. dalle procedure di aggiudicazione. Più specificamente, l'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/24/UE (di seguito «la Direttiva») stabilisce che un'amministrazione aggiudicatrice può escludere, oppure uno Stato membro può chiedere a un'amministrazione aggiudicatrice di escludere, dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico: «d) *se l'amministrazione aggiudicatrice dispone di indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza*».

Questo motivo facoltativo di esclusione trova riscontro anche all'articolo 38, paragrafo 7, lettera e), della direttiva 2014/23/UE sulle concessioni e può essere applicato alle procedure di appalto disciplinate dalla direttiva 2014/25/UE sui servizi di pubblica utilità in virtù dell'articolo 80, paragrafo 1, della stessa.

L'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva introduce il diritto dell'o.e. di fare ricorso a quelle che vengono generalmente denominate misure di autodisciplina (o di *self cleaning*).

La possibilità di escludere un operatore economico per presunta collusione non è intesa nella Direttiva come una sanzione per il suo comportamento prima o durante la procedura di aggiudicazione. Essa serve piuttosto ad assicurare **il rispetto dei principi di parità di trattamento e di condizioni di concorrenza nella procedura di aggiudicazione e a garantire l'integrità e l'affidabilità del futuro contraente, nonché la sua idoneità a eseguire l'appalto**.

Per quanto riguarda il tipo di comportamento oggetto del motivo di esclusione, le differenze tra la formulazione dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva e quella dell'articolo 101 TFUE hanno suscitato dubbi in merito a quali pratiche illegali debbano essere prese in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice ai fini dell'applicazione di tale causa di esclusione. In effetti l'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva si riferisce soltanto ad **«accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza»**, mentre l'articolo 101 TFUE

riguarda «tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno».

Sicché secondo la Commissione, interpretando la direttiva in modo coerente con il Trattato, gli Stati membri dovrebbero poter considerare, in sede di recepimento, che non solo gli accordi, ma **anche le pratiche concordate in materia di appalti pubblici volte a falsare la concorrenza possono giustificare l'applicazione di questo motivo di esclusione**. In alternativa, secondo la Commissione, gli Stati membri potrebbero considerare tali altre forme di violazione delle norme in materia di concorrenza come gravi illeciti professionali, che giustificano l'eventuale esclusione di un operatore economico ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera c), della direttiva.

Secondo la Commissione possono altresì sorgere interrogativi **sulla differenza tra il motivo di esclusione per collusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva e il motivo di esclusione per gravi illeciti professionali di cui all'articolo 57, paragrafo 4, lettera c), della stessa direttiva**.

Come si è accennato, fino all'entrata in vigore delle direttive del 2014 quest'ultima disposizione fungeva da base per l'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione nei casi di violazione delle norme in materia di concorrenza.

Entrambi i motivi di esclusione possono ancora essere applicati per lo stesso fine (come confermato dal considerando 101 della direttiva, che qualifica chiaramente le violazioni delle norme in materia di concorrenza come forme di grave violazione dei doveri professionali), entrambi sono facoltativi per le amministrazioni aggiudicatrici e producono lo stesso effetto, ovvero l'esclusione di un offerente

dalla procedura.

Secondo la Commissione, l'aggiunta del motivo di esclusione per collusione all'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), è **stata concepita come uno strumento più specifico che amplia le opzioni a disposizione delle amministrazioni aggiudicatrici per affrontare situazioni di collusione**.

La differenza fondamentale tra le due **disposizioni sembra essere il grado di certezza richiesto all'amministrazione aggiudicatrice per escludere un offerente dalla procedura**.

Per avvalersi dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera c), **l'amministrazione aggiudicatrice deve**

«dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali». Per contro, l'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), consente all'amministrazione aggiudicatrice di prendere in considerazione l'esclusione di un offerente anche qualora vi siano «indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici

Per disporre l'esclusione ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera d) occorre che vi siano «indicazioni sufficientemente plausibili per concludere che l'operatore economico ha sottoscritto accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza»

intesi a falsare la concorrenza».

Spetta, dunque, all'amministrazione aggiudicatrice valutare, caso per caso, quale dei due motivi possa essere considerato applicabile, fermo restando che nulla nella direttiva osta a che un'amministrazione aggiudicatrice escluda un offerente dalla procedura sulla base di più di un motivo di esclusione.

L'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva attribuisce alle amministrazioni aggiudicatrici un ampio margine di discrezionalità nel decidere se escludere o no un offerente dalla procedura, qualora sussistano indicazioni sufficientemente plausibili di collusione.

L'intenzione del legislatore dell'UE è stata quella di consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di valutare, **caso per caso**, se siano rispettate

le condizioni per l'esclusione di un offerente per tale motivo, evitando di introdurre norme eccessivamente prescrittive. La natura facoltativa di questa causa di esclusione implica che le **amministrazioni aggiudicatrici sono autorizzate a permettere a un offerente di continuare a partecipare a una procedura di aggiudicazione anche se vi sono indicazioni sufficientemente plausibili di collusione** (a meno che le amministrazioni aggiudicatrici non siano tenute ad escludere l'offerente in conformità al diritto nazionale).

La CGUE ha costantemente confermato che, a norma dell'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva, spetta all'amministrazione aggiudicatrice valutare in maniera indipendente se un operatore economico debba essere escluso da una determinata procedura di aggiudicazione: «[t]ale facoltà ... è destinata in modo particolare a permettere all'amministrazione aggiudicatrice interessata di valutare l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli offerenti», soprattutto al fine di garantire «l'affidabilità dell'aggiudicatario dell'appalto», sulla quale si fonda la fiducia che in esso ripone [l'amministrazione aggiudicatrice]» (Sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA contro Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, C-267/18, punti da 25 a 29).

Sicché le amministrazioni dispongono di un ampio margine di discrezionalità quando si tratta di escludere un offerente per presunta collusione.

Occorre tuttavia evidenziare che sussistono alcuni limiti stabiliti nella direttiva.

In primo luogo, in sede di recepimento, gli Stati membri possono obbligare le loro amministrazioni aggiudicatrici ad applicare i motivi facoltativi di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva e, nel caso previsto all'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della stessa, ad escludere un offerente dalla procedura di aggiudicazione se sono in possesso di indicazioni sufficientemente

plausibili di collusione.

In secondo luogo, a norma dell'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva, un offerente può dimostrare la propria affidabilità fornendo all'amministrazione aggiudicatrice le prove indicate in tale paragrafo volte a dimostrare che detto operatore ha adottato misure correttive sufficienti a porre rimedio alle conseguenze negative dei propri illeciti (o misure di autodisciplina). Il considerando 102 della direttiva recita: «Qualora tali misure offrano garanzie sufficienti, l'operatore economico interessato non dovrebbe più essere escluso solo sulla base di tali motivi».

L'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a esaminare tali prove tenendo conto della gravità o delle particolari circostanze del reato e a fornire una motivazione se ritiene che le prove non siano sufficienti per consentire all'offerente di continuare a partecipare alla procedura.

In terzo luogo, il principio di proporzionalità, che riguarda tutte le fasi della procedura di aggiudicazione, si applica anche alla fase di valutazione di un eventuale caso di collusione. Ciò è confermato dal considerando 101 della direttiva, che recita: «Nell'applicare motivi di esclusione facoltativi, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero prestare particolare attenzione al principio di proporzionalità».

L'amministrazione aggiudicatrice deve agire in modo proporzionato anche nel valutare le misure di autodisciplina adottate dall'offerente. L'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva stabilisce quanto segue: «Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito». Ai fini dell'applicazione di tale motivo di esclusione, il **principio di proporzionalità** generalmente impone all'amministrazione aggiudicatrice di svolgere una valutazione specifica e concreta dell'operatore economico interessato, indipendentemente dalle decisioni precedentemente adottate da altre autorità e nel

Le risposte che la Commissione ha ricevuto al questionario del febbraio 2019 indicano che, in sede di recepimento delle direttive del 2014, la maggior parte degli Stati membri ha scelto di mantenere facoltativo il motivo di esclusione per le proprie amministrazioni aggiudicatrici



rispetto del diritto dell'o.e. di addurre misure di *self cleaning*.

La Commissione si è dunque interrogata sulla nozione di «indicazioni sufficientemente plausibili»: che cosa costituisce un'«indicazione» rispetto a una «prova» e come gestire coloro che richiedono un trattamento favorevole?

Come accennato, le direttive non specificano che cosa si possa considerare un'«indicazione sufficientemente plausibile» atta a consentire di escludere un o.e. da una procedura di aggiudicazione sulla base del motivo di esclusione per collusione.

Nell'esaminare la possibilità di escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione in corso per presunta collusione, un'amministrazione aggiudicatrice ha il diritto, a norma della direttiva, di valutare tutti i fatti di cui è a conoscenza che possano mettere in discussione l'affidabilità di tale offerente quale potenziale futuro contraente.

Come potenziale indicazione plausibile, l'amministrazione aggiudicatrice può tenere conto, ad esempio, di essere a conoscenza del fatto **che un offerente ha già stipulato un contratto di subappalto con un altro offerente nella stessa procedura o** ha preordinato il materiale necessario per eseguire lo specifico appalto in questione ben prima della conclusione della valutazione delle offerte.

Altri elementi che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero valutare sono:

- il comportamento generale adottato sul mercato dagli offerenti che partecipano alla procedura (ad esempio offerenti che non partecipano mai alla stessa procedura di aggiudicazione o offerenti che partecipano soltanto in alcune regioni oppure che sembrano alternarsi nella partecipazione alle procedure di aggiudicazione);
- i testi delle offerte (ad esempio la presenza di frasi o di refusi identici in offerte diverse o annotazioni rimaste per errore nel testo di un'offerta che indicano un comportamento collusivo degli offerenti);
- i prezzi offerti nella procedura di aggiudicazione (ad esempio offerenti che propongono un prezzo più elevato rispetto a quelli proposti in precedenti procedure analoghe o che

propongono prezzi eccessivamente elevati o bassi);

- dettagli di tipo amministrativo (ad esempio offerte presentate dallo stesso rappresentante commerciale).

Pertanto, le amministrazioni aggiudicatrici devono valutare in modo prudente e proporzionato se le indicazioni di collusione rilevate in una procedura di aggiudicazione in corso siano sufficientemente plausibili da comportare l'esclusione di un offerente, concentrandosi sui fatti ed evitando presunzioni.

Sarebbe ad esempio difficile motivare l'esclusione di due offerenti da una procedura di aggiudicazione soltanto per il fatto che hanno presentato per via elettronica le loro offerte a distanza di pochi minuti l'uno dall'altro.

Le direttive consentano agli Stati membri di introdurre norme o orientamenti nazionali che definiscano ciò che un'amministrazione aggiudicatrice potrebbe considerare come «indicazioni sufficientemente plausibili» ai fini dell'applicazione del motivo di esclusione.

Tuttavia, come già accennato, secondo la Commissione è opportuno che le norme nazionali rispettino sia la lettera che lo spirito della direttiva, la quale richiede solo la sussistenza di «indicazioni» della partecipazione ad accordi illegali che falsano la concorrenza in una procedura di aggiudicazione e non prove formali, come una sentenza di un organo giurisdizionale che confermi tale partecipazione.

Se il legislatore europeo avesse voluto stabilire la necessità di elementi di prova per poter invocare tale motivo di esclusione, ciò avrebbe trovato riscontro nel testo, come nel caso dell'articolo 26, paragrafo 4, lettera b), e dell'articolo 35, paragrafo 5, della direttiva.

La Corte di Giustizia ha altresì confermato che la prova di una violazione delle norme dell'UE in materia di appalti pubblici, quale un comportamento anticoncorrenziale, può «essere apportata non solo mediante prove dirette, ma anche attraverso indizi, purché questi ultimi siano oggettivi e concordanti e gli offerenti collegati siano in grado di fornire la prova contraria» (CGUE, sentenza 17 maggio 2018, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras e «Ecoservice projektai» UAB, C-531/16, punto 37*).

In pratica ciò significa che le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a disporre di prove della collusione in una procedura di aggiudicazione in corso, in quanto ciò sarebbe in contraddizione con la lettera della direttiva. Pertanto una normativa nazionale che richieda una decisione di un'autorità garante della concorrenza o una sentenza di un organo giurisdizionale che confermi il comportamento collusivo dell'operatore economico in questione in una procedura di aggiudicazione in corso prima che l'amministrazione aggiudicatrice possa rifiutare l'offerta a norma dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva **solleva dubbi riguardo alla sua conformità alla direttiva**, in quanto tale decisione costituisce di fatto una prova del comportamento collusivo.

Nella recente sentenza dell'11 giugno 2020 nella causa C-472/19 (Vert Marine), la Corte di giustizia ha sottolineato inoltre la necessità che le condizioni di applicazione adottate dagli Stati membri **siano compatibili con i termini imposti dalla procedura di aggiudicazione, in maniera da non privare le disposizioni della direttiva della loro sostanza** (interessanti i punti 36 e 38).

Ciò limiterebbe indebitamente il potere conferito alle amministrazioni aggiudicatrici dalla direttiva di escludere un offerente avvalendosi di indicazioni sufficientemente plausibili di collusione anziché di elementi di prova. Potrebbe essere considerata un'indicazione di collusione, ad esempio, l'informazione di cui sia venuta a conoscenza un'amministrazione aggiudicatrice in merito a un'indagine avviata dall'autorità garante della concorrenza o ad accuse penali mosse contro la dirigenza dell'operatore per presunta collusione nella procedura di aggiudicazione in corso o in altre procedure di aggiudicazione.

In secondo luogo, nel valutare l'integrità o l'affidabilità di un offerente ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva, l'amministrazione aggiudicatrice ha il diritto di tener conto di qualsiasi fatto che indichi un comportamento anticoncorrenziale da parte dell'offerente, indipendentemente dal fatto che ciò riguardi la procedura di aggiudicazione in corso o un'altra procedura presente o passata.

L'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della direttiva non specifica se i fatti che danno luogo a indicazioni sufficientemente plausibili di collusione debbano

riferirsi alla procedura di aggiudicazione in corso oppure se possano riferirsi ad altre procedure (passate o in corso), a procedure in un settore economico diverso o a procedure di appalto effettuate per il settore privato.

L'articolo 57, paragrafo 5, secondo comma, della direttiva conferma invece esplicitamente che l'amministrazione aggiudicatrice può tener conto di *«atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura»*.

Pertanto una decisione precedentemente adottata da un'altra amministrazione aggiudicatrice per escludere l'operatore da una procedura di aggiudicazione, oppure una decisione adottata da un'autorità garante della concorrenza o una sentenza pronunciata da un giudice nazionale, in virtù della quale l'operatore o un membro della sua dirigenza o del suo personale sia stato giudicato colpevole di collusione nell'ambito di procedure di aggiudicazione precedenti, può essere presa in considerazione da un'amministrazione aggiudicatrice nel valutare l'affidabilità di un offerente nel contesto della procedura in corso.

Tuttavia, il coinvolgimento dell'operatore in un precedente caso di collusione non è di per sé un motivo per escludere l'operatore dalla procedura di aggiudicazione in corso, dato che, secondo la giurisprudenza della Corte (sentenza Delta Antrepriză, punto 27, e l'ordinanza CNS, punto 34.), le decisioni adottate da altre amministrazioni in casi precedenti non pregiudicano il giudizio dell'amministrazione che svolge la procedura di aggiudicazione.

Lo stesso vale qualora, in un caso precedente, un offerente sia stato sospettato di collusione ma i sospetti siano stati infine respinti o l'offerente, indipendentemente da ciò, non sia stato escluso dalla procedura.

Nello svolgimento della procedura di aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice non è vincolata da alcuna decisione di questo tipo adottata in precedenza e mantiene il diritto di valutare l'esclusione di un offerente dalla procedura se il comportamento da questi tenuto in passato solleva dubbi credibili e giustificabili per l'amministrazione aggiudicatrice riguardo all'integrità e all'affidabilità dell'offerente nel contesto della procedura di aggiudicazione in corso.

In caso di subappalto, l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe valutare attentamente i casi in cui un subappaltatore proposto avrebbe potuto facilmente partecipare per proprio conto alla procedura di aggiudicazione ed eseguire l'appalto in modo indipendente.

I casi di subappalto reciproco tra due offerenti possono anch'essi essere considerati dall'amministrazione aggiudicatrice come un'indicazione potenziale di collusione da esaminare a norma dell'articolo 57 della direttiva, dato che tali accordi di subappalto di norma consentono alle parti di venire a conoscenza delle rispettive offerte finanziarie, sollevando così dubbi riguardo all'indipendenza delle parti nel formulare le proprie offerte.

Sebbene gli accordi di subappalto quali quelli sopra illustrati possano essere considerati indicatori del rischio di potenziale collusione, è opportuno che le amministrazioni aggiudicatrici evitino di basarsi sulla presunzione generale secondo cui il subappalto da parte dell'aggiudicatario a un altro offerente nella stessa procedura costituisce un comportamento collusivo tra gli operatori economici in questione senza lasciare loro la possibilità di dimostrare il contrario (sentenza della Corte di giustizia del 22 ottobre 2015, *Impresa Edilux srl e Società Italiana Costruzioni e Forniture srl (SICEF) contro Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani e a., C-425/14, punto 39.*).

L'articolo 57, paragrafo 6, descrive le misure di autodisciplina che gli operatori economici possono portare all'attenzione dell'amministrazione aggiudicatrice a tale proposito. Il considerando 102 della direttiva fornisce esempi di tali misure, in particolare misure riguardanti il personale e l'organizzazione quali la rottura di tutti i rapporti con le persone o con le organizzazioni coinvolte nel comportamento scorretto, misure adeguate per la riorganizzazione del personale, l'attuazione di sistemi di rendicontazione e controllo, la creazione

di una struttura di audit interno per verificare la conformità, e l'adozione di norme interne in materia di responsabilità e di risarcimento.

Alla luce del principio di proporzionalità, dovrebbe essere possibile considerare che l'operatore debba dimostrare di aver adottato le misure di cui all'articolo 57, paragrafo 6, secondo comma, applicabili al caso specifico. Ad esempio, l'operatore deve dimostrare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire i danni causati dal suo

comportamento illegale solo qualora a tale riguardo sia stata presentata una domanda nei suoi confronti. Possono esservi anche casi in cui l'adozione di misure riguardanti unicamente il personale può essere sufficiente a convincere l'amministrazione aggiudicatrice dell'affidabilità dell'operatore, senza la necessità di adottare altre misure tecniche o organizzative.

Come confermato dalla Corte (sentenza del 14 gennaio 2021, *RTS, BVBA e Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel contro Vlaams Gewest*, C-387/19, punti 26 e

48), la direttiva non specifica se i chiarimenti o le misure di autodisciplina debbano essere presentati dall'offerente di sua iniziativa o su richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice.

L'articolo 57, paragrafo 6, della direttiva non si limita a riconoscere a un operatore economico il diritto di fornire prove che gli consentano di continuare a partecipare alla procedura di aggiudicazione, ma consente anche all'amministrazione aggiudicatrice di non escludere un operatore che abbia risposto in maniera soddisfacente alle preoccupazioni relative al suo comportamento in precedenti procedure di appalto. La sola limitazione al diritto dell'operatore di presentare le misure di autodisciplina adottate è che tale diritto non è applicabile fintanto che l'operatore è escluso dalle procedure di aggiudicazione per un periodo di tempo stabilito da una sentenza definitiva nello Stato membro in cui tale sentenza è efficace (come recentemente chiarito dalla Corte, fintanto che l'esclusione per un determinato periodo di tempo non è stata confermata da una sentenza

Se il diritto nazionale prevede l'obbligo per l'offerente di presentare spontaneamente le misure di autodisciplina al più tardi al momento della presentazione della propria offerta, l'amministrazione aggiudicatrice deve informare gli offerenti di tale obbligo in modo chiaro e preciso al momento dell'avvio della procedura

definitiva, l'operatore economico ha il diritto di presentare misure di autodisciplina per dimostrare la propria affidabilità (cfr. la sentenza Vert Marine, punto 18). Di conseguenza tale disposizione non osta a che un'amministrazione aggiudicatrice consenta di continuare a partecipare alla procedura all'operatore economico che si sia manifestato nel corso della stessa e abbia ammesso accordi illegali con altri offerenti, abbia collaborato attivamente con l'amministrazione aggiudicatrice per chiarire la situazione e abbia adottato tutte le misure necessarie per prevenire ulteriori illeciti.

2. Orientamenti per le amministrazioni aggiudicatrici riguardanti le modalità di applicazione del motivo di esclusione per collusione

In considerazione della rilevanza del fenomeno della collusione e dell'importanza strategica degli appalti nella fase post emergenziale che attende i Paesi Membri della Unione europea la Commissione europea fornisce al paragrafo 5, della suddetta Comunicazione importanti indicazioni di taglio pratico, che possono guidare i funzionari delle singole stazioni appaltanti.

Spesso la collusione emerge da piccoli dettagli che passano solitamente inosservati, ma che possono fornire indicazioni plausibili del fatto che talune offerte sono state preparate dalla stessa persona o coordinate tra gli offerenti. Prestare attenzione a quanto segue:

- identici errori, anche ortografici, in offerte diverse;
- offerte diverse redatte con carattere tipografico o calligrafia simili;
- offerte nelle quali figurano l'intestazione o i dati di contatto di un altro offerente;
- offerte diverse che contengono gli stessi errori di calcolo o metodologie identiche per la stima del costo di alcune voci;
- offerte presentate dalla stessa persona o in cui figurano persone con gli stessi dati di contatto.

Per assistere i funzionari responsabili degli appalti in tale compito, la Commissione ha elaborato una serie concisa di consigli su come:

- progettare le procedure di aggiudicazione in modo tale da scoraggiare la collusione tra gli

offerenti (sezione 2 dell'allegato);

- individuare potenziali collusioni in fase di valutazione delle offerte (sezione 3 dell'allegato);
- reagire a un caso di sospetta collusione (sezione 4 dell'allegato).

3. Osservazioni conclusive

La Comunicazione, come si è accennato senza pretesa di esaustività, oltre ad effettuare una ricognizione puntuale della normativa europea, illustra taluni strumenti che la Commissione intende mobilitare per aiutare efficacemente gli Stati membri e le loro amministrazioni aggiudicatrici a contrastare il problema della collusione negli appalti pubblici. Tali strumenti mirano, in particolare, a:

- aiutare gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici a sviluppare le capacità per affrontare il problema, in particolare mediante l'integrazione di metodi per scoraggiare, rilevare e affrontare la collusione nelle iniziative di professionalizzazione che la Commissione sta realizzando nel settore degli appalti pubblici. Tali metodi comprendono il miglioramento della conoscenza del mercato, l'adeguamento delle procedure per incoraggiare la massima partecipazione degli operatori economici e limitare il rischio di collusione, e la sensibilizzazione (cfr. sezione 3 della Comunicazione);
- promuovere la cooperazione tra le autorità centrali nazionali responsabili degli appalti pubblici e quelle garanti della concorrenza al fine di assicurare un sostegno efficace e continuo alle amministrazioni aggiudicatrici (cfr. sezione 4 della Comunicazione).

Ciò che emerge è che in alcuni Stati membri le suddette autorità hanno stabilito (o stanno stabilendo) le condizioni per una più stretta cooperazione nella lotta alla collusione nell'ambito di un accordo ad hoc.

Tali accordi promuovono nella pratica lo scambio di informazioni, esperienze e buone pratiche per combattere i comportamenti anticoncorrenziali nel settore degli appalti pubblici. Interessante è notare che in Svezia e in Germania, l'autorità garante della concorrenza svolge anche un ruolo di supervisione dell'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici.

In tale ottica è necessario che le amministrazioni aggiudicatrici adottino un approccio globale, avvalendosi delle conoscenze e delle competenze in materia sia di appalti che di concorrenza.

In tal modo gli Stati membri e le loro autorità centrali potrebbero elaborare e attuare azioni più efficaci a sostegno delle amministrazioni aggiudicatrici, quali:

- istituire un servizio sicuro che fornisca sostegno alle amministrazioni aggiudicatrici;
- promuovere l'utilizzo degli strumenti disponibili a livello di UE o nazionale che consentono alle persone o alle imprese di manifestarsi e denunciare i casi di collusione e le incoraggiano a farlo, soprattutto sistemi di segnalazione delle irregolarità o programmi di trattamento favorevole, come quello attuato dalla Commissione "Anonymous Whistleblower Tool";
- elaborare disposizioni pratiche suddivise in fasi che consentano alle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere l'assistenza degli esperti delle autorità centrali responsabili degli appalti e di quelle garanti della concorrenza;
- facilitare l'accesso delle autorità alle informazioni. Nel rispetto delle prescrizioni nazionali e dell'UE in materia di protezione dei dati, ed in particolare del Regolamento generale sulla protezione dei dati 2016/679/UE gli Stati membri potrebbero considerare le seguenti azioni:
 - a) permettere alle loro autorità garanti della concorrenza di accedere alle banche dati elettroniche sugli appalti e alle offerte nei casi oggetto di indagine;
 - b) consentire lo scambio delle informazioni disponibili in modo che le autorità cooperanti possano valutare se vi siano modelli di collusione tra operatori economici;
 - c) introdurre l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di informare le rispettive autorità della concorrenza dei casi in cui hanno escluso un operatore economico per presunta collusione. Il che consentirebbe di seguire e monitorare l'uso a livello nazionale del motivo di esclusione previsto dalle direttive e di dare il necessario seguito a tali casi (nell'ottica di valutare la possibilità di escludere l'operatore dalle procedure per un certo periodo di tempo);
- creare una banca dati nazionale per i casi di esclusione degli operatori economici per motivi

di collusione;

- introdurre nel quadro nazionale sugli appalti pubblici strumenti opzionali a disposizione delle amministrazioni aggiudicatrici per dissuadere efficacemente gli operatori economici dal mettere in atto pratiche collusive. Tali strumenti potrebbero comprendere:
 - d) l'obbligo per qualunque offerente di presentare unitamente all'offerta una dichiarazione separata di determinazione indipendente dell'offerta;
 - e) l'introduzione nel contratto di clausole esplicite che prevedano il diritto dell'amministrazione aggiudicatrice di risolvere il contratto o di chiedere il risarcimento dei danni nel caso in cui si accerti che il contraente ha messo in atto pratiche collusive;
- la collaborazione nell'analisi dei dati sugli appalti al fine di individuare più facilmente indizi di collusione nelle procedure di aggiudicazione;
- l'organizzazione congiunta di sessioni di formazione sulle procedure di appalto e sulla concorrenza rivolte al personale responsabile degli appalti e della concorrenza;
- l'istituzione di un sistema al fine di individuare casi di collusione e monitorare gli appalti in settori sensibili;
- l'organizzazione di campagne di sensibilizzazione rivolte alla comunità imprenditoriale attiva nel settore degli appalti pubblici.

La Commissione individua, quindi, nella cooperazione piena tra le Autorità centrali nazionali responsabili degli appalti e quelle garanti della concorrenza lo strumento per contrastare efficacemente la collusione negli appalti pubblici.

Del resto, il fenomeno della turbativa d'asta compromette sostanzialmente ed irrimediabilmente i vantaggi derivanti da un mercato degli appalti equo, trasparente, competitivo e orientato agli investimenti in quanto restringe l'accesso delle imprese a tale mercato, limita la scelta per gli acquirenti pubblici e scoraggia gli investimenti in progetti del settore pubblico.

Tra tutela della *par condicio* e garanzia della massima partecipazione: i limiti del soccorso istruttorio e l'ambito di applicazione soccorso procedimentale nelle procedure ad evidenza pubblica.

di Ilenia Paziani

IL
PUN
TO

Premessa

La materia dei contratti pubblici è impregnata dai principi costituzionali ed euro-unitari di imparzialità, buon andamento e trasparenza dell'azione amministrativa, oltre ovviamente, alla tutela della concorrenza e della *par condicio* tra gli operatori economici che partecipano alla procedura ad evidenza pubblica.

Secondo la normativa euro-unitaria la materia di appalti pubblici dev'essere inoltre caratterizzata dall'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile.

È quindi nell'interesse del diritto dell'Unione Europea che venga garantita la massima partecipazione di offerenti ad una gara d'appalto, in modo tale che l'amministrazione aggiudicatrice abbia la possibilità di disporre del più ampio numero di offerte, al fine di selezionare quella più vantaggiosa e meglio rispondente ai bisogni della collettività interessata (cfr. *ex multis* Corte di Giustizia dell'Unione Europea, IV Sezione, 23 dicembre 2009, C-305/08).

Molto spesso però il principio di tutela della *par condicio* e quello di massima partecipazione possono entrare in conflitto, in particolare ciò può capitare qualora si renda necessaria una modifica della domanda di partecipazione di uno dei concorrenti a causa di carenze o vizi della stessa.

In tal caso infatti il RUP può trovarsi davanti ad un bivio: escludere direttamente l'offerente, in quanto tutti gli altri partecipanti hanno rispettato pedissequamente tutte le prescrizioni di gara; oppure concedere a quest'ultimo un termine entro cui rimediare all'errore (per esempio meramente formale) e consentirgli quindi di restare in gara?

Per trovare la soluzione a tale problema ed operare un bilanciamento tra i vari interessi in gioco, il legislatore ha elaborato alcuni istituti di fondamentale importanza per l'andamento delle gare pubbliche: il soccorso istruttorio e il soccorso procedimentale, entrambi i quali trovano quale limite invalicabile il principio di immodificabilità dell'offerta.

1. Il soccorso istruttorio e la sua ratio

Il soccorso istruttorio è un istituto previsto a livello generale per il procedimento amministrativo ex articolo 6, comma 1, lett. b), della legge 7 agosto 1990, n. 241. Tale disposizione prevede che il Responsabile Unico del Procedimento può chiedere il rilascio di dichiarazioni, la rettifica di dichiarazioni errate o incomplete.

Com'è noto, alla disciplina generale, si è affiancata una disciplina speciale prevista per le procedure ad evidenza pubblica, inizialmente dall'articolo 46, comma 1, del D.lgs. n. 163/2006, poi confluita nell'articolo 83 del D.lgs. n. 50/2016.

L'articolo 83 al comma 9 prevede che *"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. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa"*.

Nelle procedure ad evidenza pubblica quindi il soccorso istruttorio è lo strumento che consente all'operatore economico di rimediare ad eventuali omissioni, incompletezze o irregolarità riguardanti la documentazione necessaria alla partecipazione alla procedura di affidamento.

L'operatore economico è quindi ammesso ad

integrare o regolarizzare la documentazione già presentata, ma risultata viziata per irregolarità o errori materiali.

Con il correttivo del 2017 (d.lgs. n. 56/2017) la portata dell'istituto è stata ampliata attraverso l'ammissione della possibilità di integrazione o regolarizzazione di ogni elemento formale della domanda ad esclusione di quelli incidenti sull'offerta economica e tecnica, che restano dunque immutabili.

Il correttivo ammette la sanabilità delle carenze "formali" della documentazione da produrre in sede di gara, ma non anche delle carenze "sostanziali" dei requisiti di partecipazione.

A titolo esemplificativo: se ricavabile dalle varie componenti unitarie specificate nell'offerta, risulta senz'altro emendabile l'errore materiale legato alla mancata allegazione della dichiarazione del costo complessivo della manodopera.

Inoltre, come sancito recentemente dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 2 aprile 2020 (in recepimento a quanto affermato dalla CGUE, sez. IX, 2 maggio 2019, causa C-309/18), il soccorso istruttorio è ammesso nel caso in cui la *lex specialis* non richieda l'indicazione dei costi della manodopera e sia impossibile in concreto indicarli in sede di offerta.

Viceversa, non è emendabile, quindi non è suscettibile di soccorso istruttorio la mancata indicazione *tout court* del costo della manodopera, in quanto si tratta di un elemento che deve risultare esistente fin dalla presentazione dell'offerta, sicché non è modificabile o inseribile *ex novo* a seguito di soccorso istruttorio (sempre che sia richiesto dalla *lex specialis* e sia concretamente possibile indicarlo in offerta).

Anche ANAC si è pronunciata sull'ambito applicativo dell'istituto, in particolare con la Determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015, l'Autorità ha ritenuto legittimo il ricorso al soccorso istruttorio al fine di integrare

Il soccorso istruttorio enfatizza l'impostazione sostanzialistica delle procedure di affidamento, le quali devono consentire di individuare in maniera efficiente l'offerta migliore, sempre nel rispetto delle regole della concorrenza, ma evitando che prescrizioni meramente formali possano pregiudicare l'opportunità di selezionare gli operatori economici più meritevoli.

la documentazione e le dichiarazioni mancanti relative esclusivamente a requisiti di partecipazione già sussistenti, e questo anche nei casi in cui la *lex specialis* non lo prevedeva e comminava espressamente l'esclusione dalla gara (cfr. Parere di Precontenzioso n. 606 del 31 maggio 2017; Parere di Precontenzioso n. 1340 del 20 dicembre 2017).

Con l'istituto del soccorso istruttorio quindi il legislatore ha inteso privilegiare l'aspetto sostanziale dell'effettivo possesso dei requisiti in capo agli operatori economici partecipanti alla gara, ritenendo invece recessivo il semplice dato formalistico rappresentato dalla mera correttezza documentale delle dichiarazioni rese in gara.

In concreto, tale istituto normativo consente la sanatoria degli elementi o dichiarazioni essenziali mancanti o irregolari, purché l'operatore economico sia in effettivo possesso, entro il termine ultimo di presentazione dell'offerta, dei requisiti richiesti per l'ammissione alla gara e, al tempo stesso, ottemperi alle richieste di integrazione della stazione appaltante entro il termine perentorio (non superiore a dieci giorni) da quest'ultima fissato.

Il soccorso istruttorio si ispira al principio di tassatività delle cause di esclusione e dunque alla necessità che il concorrente possa essere escluso da una procedura ad evidenza pubblica solo per un difetto effettivo dei requisiti sostanziali e non per un mero vizio afferente alla documentazione di tali requisiti.

I vizi meramente formali vengono quindi totalmente "dequotati" a semplici irregolarità sanabili, anche in caso di radicale mancanza.

Tale *favor* della sostanza sulla forma è confermato da l'ormai consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato "la quale ha delineato la portata oggettiva e sistematica della disciplina del soccorso istruttorio, la quale, attuando nell'ordinamento nazionale un istituto del diritto europeo dei contratti pubblici a recepimento facoltativo, ha enfatizzato l'impostazione sostanzialistica delle procedure di affidamento. La disciplina della procedura di gara non deve essere concepita come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici e all'amministrazione aggiudicatrice, ma deve mirare ad appurare, in modo efficiente, quale sia l'offerta migliore, nel

rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell'aggiudicatario. In questo senso, dunque, l'istituto del soccorso istruttorio tende ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili" (Cons. Stato, Sez. III, 2 marzo 2017, n. 975).

2. Il principio di immodificabilità dell'offerta

L'istituto del soccorso istruttorio come sopra delineato trova però come limite quello delle carenze relative all'offerta tecnica od economica. Come evincibile dalla stessa lettera dell'articolo 83 comma 9 sopra richiamato, di regola, sono infatti sottratte alla disciplina del soccorso istruttorio le carenze "afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica".

Tale esclusione è strettamente connessa al c.d. principio dell'immodificabilità dell'offerta.

Come anticipato, il **principio di immodificabilità e non ambiguità dell'offerta** costituisce il corollario dei principi di imparzialità, buon andamento, trasparenza dell'azione amministrativa e tutela della *par condicio*.

La *ratio* di tale principio è quella di escludere che il concorrente possa modificare *ex post* il contenuto della propria offerta, per ragioni di convenienza e quindi per avere maggiori opportunità di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto.

La tutela di tale principio risulta quindi strettamente connessa a quella della *par condicio* tra i concorrenti, i quali tutti devono avere le stesse possibilità di accesso alla procedura di aggiudicazione, gli stessi poteri competitivi e quindi le stesse *chance* di aggiudicazione.

Sul tema è utile ricordare la pronuncia del TAR Abruzzo Pescara del 29 maggio 2018 n. 178, la quale si è pronunciata su un ricorso con cui si contestava l'esclusione di un'offerta con marcatura temporale diversa nel numero di serie, identificativo univoco, precedentemente comunicato al sistema. A sostegno del ricorso veniva dedotta la violazione del *favor participationis* e del principio di tassatività

delle cause di esclusione per il caso di discordanza della marcatura temporale dell'offerta, nonché l'omessa attivazione del soccorso istruttorio che sarebbe stata doverosa in caso di malfunzionamento della piattaforma digitale su cui si svolgeva la gara.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo ha però respinto il ricorso sancendo che la identità del numero seriale della marcatura temporale inserita all'atto della presentazione dell'offerta e quella apposta sull'offerta nella fase di caricamento costituisce un adempimento essenziale al fine di garantire che l'offerta non sia stata modificata o sostituita in data successiva al termine ultimo perentorio di presentazione delle offerte.

La sentenza ha infatti specificato che *"La disposizione in questione è evidentemente posta a presidio della garanzia della identificabilità, univocità ed immodificabilità dell'offerta economica, che è regola posta a tutela della imparzialità e della trasparenza dell'agire della stazione appaltante, nonché ad ineludibile tutela del principio della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici che prendono parte alla procedura concorsuale (...) Non è stata inoltre ritenuta sussistente la praticabilità del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante, dal momento che, proprio nel caso dell'offerta economica, l'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 ne esclude l'impiego, stabilendo che solo le carenze di elementi di natura formale possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma".*

In base ad altre pronunce è stata esclusa dalla gara (in quanto non suscettibile di soccorso istruttorio) l'offerta firmata digitalmente, ma sprovvista di marcatura temporale.

In tali casi il Consiglio di Stato ha infatti ritenuto che la *ratio* della marcatura temporale è quella di garantire l'immodificabilità dell'offerta,

immodificabilità che invece non risulta garantita dalla mera apposizione della firma digitale (la quale segue l'orario del computer attraverso cui è apposta, quindi suscettibile di modifica).

Ne consegue che l'assenza della marcatura temporale non si configura come una mera irregolarità formale, ma come un vizio dell'offerta che ne inficia l'attendibilità e quindi non integrabile successivamente (cfr. Cons. Stato, sez. III 3 ottobre 2016 n.450; sez. V, 24 giugno 2020 n. 4031). Può quindi affermarsi che nelle gare pubbliche la radicalità del vizio dell'offerta non consente l'esercizio del soccorso istruttorio, in virtù di un

bilanciamento di interessi con il principio della parità tra i concorrenti.

Per tale ragione, in linea generale, le carenze e irregolarità afferenti l'offerta tecnica o quella economica non sono suscettibili di essere sanate tramite il soccorso istruttorio e comportano quindi l'esclusione del concorrente.

3. Il soccorso procedimentale e la rettifica d'ufficio dell'offerta

Pur essendo pacifico che, per esigenze di tutela della *par condicio* (e immodificabilità dell'offerta), non può ammettersi soccorso istruttorio su carenze dell'offerta, negli ultimi anni si è registrata un'apertura della giurisprudenza all'apertura al c.d. soccorso procedimentale.

Il riferimento a tale istituto è rinvenibile nei pareri relativi allo schema del Codice degli appalti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016 e del "correttivo" di cui al d.lgs. n. 56/2017, resi dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato (n. 855 del 21 marzo 2016; n. 782 del 22 marzo 2017).

In queste occasioni, è stato infatti affermato che *"Nondimeno – in analogia a quanto si è già sottolineato nel ricordato parere n. 855/2016*

Il soccorso istruttorio non può essere ammesso se diretto a modificare il contenuto dell'offerta tecnica ed economica, in quanto si scontrerebbe con il principio di immodificabilità dell'offerta, la cui ratio è quella di escludere che il concorrente possa modificare ex post il contenuto della propria offerta, per ragioni di convenienza e quindi per avere maggiori opportunità di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto.



– si deve ribadire la **persistente opportunità di prevedere una forma di "richiesta procedimentale di chiarimenti", riferito agli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica**. In questa sede, specie con riferimento al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ad evitare difficoltà interpretative, l'amministrazione, in caso di dubbi riguardanti il contenuto dell'offerta tecnico economico, dovrebbe poter richiedere chiarimenti al concorrente sulla documentazione presentata.

A rimarcare la differenza ontologica con il "soccorso istruttorio" si dovrebbe ribadire il divieto di integrazione dell'offerta tecnico-economica".

Tale orientamento è stato confermato in una pronuncia del Consiglio di Stato secondo cui "in relazione all'art. 83, l'opportunità di conservare un 'soccorso procedimentale', nettamente distinto dal 'soccorso istruttorio', in virtù del quale possano essere richiesti, in caso di dubbi riguardanti "gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica", chiarimenti al concorrente, fermo il divieto di integrazione dell'offerta.

Si tratta, in particolare, di quei chiarimenti che, per la giurisprudenza, sono ammessi, in quanto finalizzati a consentire l'interpretazione delle offerte e ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con esse assunte (Cons. Stato, V, 27 aprile 2015, n. 2082; 22 ottobre 2014, n. 5196; 27 marzo 2013, n. 1487)" (Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2020 n. 680).

L'apertura all'autorizzazione di una rettifica dell'offerta tecnica o economica va ricondotta al favor che l'ordinamento riserva alla sostanza sulla forma, sul presupposto della necessità di garantire la massima partecipazione alla gara.

Tale possibilità è però circoscritta (sempre nell'ottica

del necessario bilanciamento con il principio della *par condicio*) e la giurisprudenza negli ultimi anni ha individuato alcuni passaggi chiave al fine di identificare quelle fattispecie suscettibili di essere rettifiche.

Sul punto si evidenzia infatti che secondo un pacifico indirizzo giurisprudenziale l'errore materiale è rettificabile d'ufficio qualora sia riconoscibile senza alcuna attività manipolativa (cfr. ex multis TAR

Toscana, sez. III, 24 luglio 2020, n. 970; TAR Toscana, sez. I, 16 gennaio 2020, n. 35; TAR Lazio, Latina, sez. I, 8 novembre 2019, n. 648; Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 113; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 4 luglio 2018 n. 1650; Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2016, n. 1077; TAR Campania, Napoli, sez. I, 1° dicembre 2015, n. 5530).

In altri termini, è consentita la rettifica dell'errore materiale d'ufficio da parte del RUP laddove sia possibile (cumulativamente):

Può definirsi soccorso procedimentale la richiesta procedimentale di chiarimenti riferita agli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica, diretti a chiarire dubbi interpretativi in cui può incorrere l'amministrazione in relazione alla documentazione presentata dall'operatore economico.



1. in primo luogo, rilevare l'errore senza particolari approfondimenti, "in base a semplici e intelleggibili operazioni di carattere matematico" (ci si riferisce a semplici interventi di rettifica del dato numerico non corretto);

2. al tempo stesso, nel caso in cui risulti "palese l'effettiva volontà negoziale che lo stesso concorrente abbia inteso manifestare, senza particolari attività di verifica o di interpretazione circa il contenuto dell'offerta formulata" (per esempio attraverso una semplice operazione matematica);

3. "Più in particolare, una tale volontà deve poter essere ricostruita, ossia rettificata d'ufficio, senza ricorrere ad "ausili esterni" o a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima (quali il soccorso istruttorio, dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente o altri supplementi di natura tecnica" (TAR Lazio, Roma, Sez. III Quater, 4 gennaio 2021, n. 62).

4. Alcuni casi pratici

Per meglio comprendere la portata dell'istituto del soccorso procedimentale, si analizzano di seguito alcuni casi oggetto di recenti pronunce di TAR e Consiglio di Stato nei quali è stato ammesso o escluso il ricorso a tale istituto e quindi ritenuta corretta o meno la rettifica dei dati riguardanti l'offerta economica o tecnica.

- a) Consiglio di Stato, sez. III, n. 1225/2021: gara per la fornitura di piastre endoscopiche.

In tale recentissima sentenza il Consiglio di Stato si è occupato di una gara la cui *lex specialis* richiedeva che tutte le apparecchiature e i relativi accessori avrebbero dovuto essere mantenute (manutenzione di tipo full-risk nulla escluso) per almeno 48 mesi.

La legge di gara precisava inoltre che la fornitura delle apparecchiature e dei relativi accessori nonché del servizio di manutenzione full-risk (nulla escluso) dovrà avvenire senza oneri economici a carico dell'Azienda Ospedaliera.

Ebbene, uno dei concorrenti nella propria offerta economica ha indicato una garanzia full-risk di soli 12 mesi, formulata con riferimento ad un contratto di noleggio, in luogo di quello di fornitura come richiesto dalla legge di gara.

Il TAR in primo grado aveva rilevato che *"la circostanza che nell'offerta economica sia stata indicata solo la voce garanzia del prodotto per 12 mesi è probabilmente spiegabile se si considera che nell'offerta economica doveva essere espresso il canone annuo per il servizio di garanzia. Inoltre, la menzione del servizio di manutenzione e assistenza tecnica per tutta la durata del noleggio è evidentemente dovuta a un errore materiale"*

(come dimostra il riferimento al noleggio, del tutto incongruo rispetto alla procedura in esame), inidoneo a incidere sulla correttezza delle dichiarazioni contenute nell'offerta tecnica alla quale sola deve farsi riferimento per verificare il rispetto della prestazione di garanzia posto appena esclusione".

La sentenza è stata appellata sul presupposto che, prevedendo la legge di gara la sanzione dell'esclusione in caso di mancata inclusione nell'offerta economica della garanzia full-risk per 48 mesi; sia, in termini più generali, ogni altra ipotesi di difformità dell'offerta dalle prescrizioni di minima, un tale errore avrebbe dovuto comportare l'esclusione del concorrente dalla gara senza possibilità di chiarimenti e successive rettifiche.

Il Consiglio di Stato, pur rilevando che le indicazioni contenute nell'offerta economica certamente contengono delle incongruenze rispetto all'indicazione sopra riportata con riferimento alla durata della garanzia e alla tipologia di contratto considerata, ha ritenuto che l'eccentricità del secondo dei due dati (cioè il riferimento al noleggio in luogo di fornitura) è tale da rendere del tutto manifesta l'erroneità della compilazione del testo e, quindi, ampiamente plausibile la tesi dell'errore materiale.

La pronuncia ha quindi affermato che *"Nel caso di specie, il "soccorso procedimentale" non avrebbe violato i segnalati limiti di ammissibilità, posto che il chiarimento utile a dirimere il dubbio non avrebbe costituito una modifica dell'offerta tecnica presentata in gara, né vi avrebbe apportato dati correttivi o manipolativi, ma si sarebbe limitato a confermare la portata di elementi già in essa contenuti, ovvero a fornire riscontro della "svista" occorsa nella compilazione dell'offerta economica*.

Lo stesso disciplinare di gara ha contemplato la "facoltà della stazione appaltante", al di fuori delle ipotesi di soccorso istruttorio, di "invitare, se necessario, i concorrenti a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati" (punto 13, sub "Soccorso istruttorio", ultimo periodo), sicché anche da questo punto di vista nulla ostava alla soluzione, a

mezzo di chiarimento, dell'impatto dubitativa".

- b) TAR Piemonte, Torino n. 444/2020: gara per la fornitura di licenze di software.

Sulla stessa scia della pronuncia sopra analizzata si colloca anche il caso esaminato dal TAR Piemonte,

Il Consiglio di Stato n. 1225/2021 ha ritenuto legittima la rettifica dell'importo indicato per soli 12 mesi di garanzia full-risk anziché per 48 mesi, in quanto l'errore era talmente manifesto, da considerarsi errore materiale e quindi emendabile senza incorrere nel divieto di modificabilità dell'offerta.



nel quale uno dei concorrenti aveva indicato un prezzo complessivo triennale della fornitura decisamente troppo basso.

Tale errore è stato così immediatamente rilevato dal RUP, il quale ha ipotizzato che lo stesso fosse dovuto ad un errore materiale del concorrente, il quale aveva indicato l'importo relativo al singolo anno anziché quello complessivo (triennale). Il RUP, a seguito dei chiarimenti del concorrente interessato, ha così ritenuto di poter emendare l'errore e mantenere il concorrente in gara.

Anche in questo caso il Collegio ha ritenuto legittima la rettifica di tale errore, in quanto rilevabile *ictu oculi* con una semplice operazione matematica.

c) TAR Toscana n. 130/2018: accordo quadro, con unico operatore, relativo all'aggiudicazione di appalti aventi ad oggetto le riparazioni di impianti segnaletici verticali e orizzontali.

Nel caso esaminato dal TAR Toscana il concorrente è stato invece escluso per una discordanza tra quanto indicato in offerta e quanto indicato in dettaglio.

La stazione appaltante, rilevato che la ricorrente aveva indicato nel dettaglio dell'offerta economica un importo discordante da quanto risultante dal ribasso offerto, ha chiesto chiarimenti.

Tuttavia, tale discordanza non è stata ritenuta spiegabile sulla base di un errore di calcolo riconoscibile, nemmeno a seguito di chiarimenti.

La Stazione Appaltante ha quindi disposto l'esclusione della ricorrente dalla gara, stante la ravvisata incertezza assoluta dell'offerta economica.

Il TAR Toscana ha quindi ritenuto legittima l'esclusione in quanto "Per tali ragioni (per la ravvisata incertezza assoluta dell'offerta n.d.r.) trova applicazione l'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui esclude dalla possibilità del soccorso istruttorio le irregolarità essenziali riguardanti l'offerta e legittima quindi l'estromissione dalla gara dell'offerta economica di incerto contenuto. Invero,

risultano ostativi all'ammissione della società istante il principio della parità tra i concorrenti ed il generale principio dell'autoresponsabilità, in base al quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di errori commessi nella formulazione dell'offerta (si veda TAR Toscana, I, 16.6.2017, n. 835, riguardante un analogo caso di incertezza di contenuto dell'offerta economica). Alla stregua delle circostanze fattuali emerse, della citata norma legislativa e di tali principi l'Amministrazione era tenuta ad escludere la ricorrente dalla procedura selettiva, non rilevando nel caso di specie un errore materiale di immediata percezione ed essendovi un insanabile contrasto tra l'offerta economica ed il relativo dettaglio".

d) TAR Abruzzo, Pescara, n. 111/2019: gara per l'affidamento della fornitura *in service* di sistemi diagnostici per esami di chimica clinica e proteine specifiche per il Laboratori di analisi.

La ricorrente riteneva inammissibile la richiesta di chiarimenti della Commissione all'aggiudicataria riguardante la documentazione tecnica presentata in gara, in quanto riguardante un requisito di minima. La ricorrente sosteneva dunque che trattandosi di soccorso istruttorio su elementi tecnici dell'offerta, non sarebbe stato quindi ammissibile.

Al contrario, il TAR Pescara ha ritenuto che con la richiesta di chiarimenti il Presidente della Commissione, non ha posto in essere una procedura di soccorso istruttorio, in violazione dell'art. 83 comma 9 del d.lgs. n. 50/2016, con finalità integrative dell'offerta tecnica, in quanto si è limitato a chiedere di conoscere e, quindi di indicare chiaramente in risposta, in quale pagina (paragrafo, riga, ecc.) si evinca lo specifico dato tecnico richiesto dalla legge di gara.

Stante la specificità della richiesta, la risposta fornita dalla controinteressata non avrebbe potuto considerarsi un'inammissibile "integrazione" dell'offerta tecnica, in quanto diretta a specificare esclusivamente il contenuto della relazione progettuale allegata all'offerta tecnica.

L'errore sul contenuto dell'offerta economica non spiegabile, nemmeno a seguito di richiesta di chiarimenti, determina l'esclusione dell'operatore economico, il quale secondo il principio dell'auto-responsabilità, sopporta le conseguenze degli errori commessi nella formulazione dell'offerta.



Tra l'altro, nel caso di specie, la legge di gara riconosceva espressamente alla Commissione la facoltà di invitare le imprese concorrenti a fornire chiarimenti limitatamente alla documentazione e dichiarazioni presentate nell'ambito degli elaborati tecnici.

Sul punto quindi il TAR Pescara ha ritenuto che *"nelle procedure di gara occorre tener nettamente **distinto un "soccorso procedimentale" dal "soccorso istruttorio", sicché la stazione appaltante possa richiedere, in caso di dubbi riguardanti il contenuto dell'offerta, chiarimenti e giustificazioni al concorrente, fermo restando il divieto di integrazione dell'offerta tecnico-economica**"*.

Ed inoltre, tale ricostruzione è ricavabile dalla *"legge delega n.11/2016 che, all'art. 1, comma 1, lett. z), prevede la necessaria "integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda, purché non attenga agli elementi oggetto di valutazioni sul merito dell'offerta", e da ciò se ne desume l'esperibilità di un soccorso procedimentale sub specie di "richiesta di chiarimenti", fermo restando il rispetto ineludibile del principio della par condicio tra i concorrenti ostativo a qualunque forma di integrazione e/o alterazione dell'offerta tecnica o economica, nonché di precisazione postuma di offerte dal contenuto equivoco; trattandosi la prima di una specificazione relativa a dati ed informazioni già presenti in gara, mentre la seconda da intendersi come la produzione di documenti nuovi che, sebbene volti ad integrare quelli già presenti nel procedimento, rappresentano comunque fatti ed elementi di novità rispetto alla documentazione già in essere"*.

5. Conclusioni

Tutte le pronunce sopra analizzate seguono lo "schema" delineato dalla recentissima pronuncia del TAR Lazio, Roma, Sez. III Quater, 4 gennaio 2021, n. 62.

Come già riportato, in tale sentenza sono stati indicati gli elementi idonei a consentire la rettifica dell'errore materiale anche riguardante il contenuto tecnico ed economico dell'offerta, ma senza addivenire ad una illegittima modifica dell'offerta presentata.

Al fine di procedere a tale rettifica è infatti fondamentale che il RUP si trovi nella condizione di

poter rilevare l'errore materiale.

In altri termini, l'errore deve risultare riconoscibile e *"tale riconoscibilità deve comunque essere valutata e valutabile ex ante"*, il che significa che a prescindere poi dalle eventuali spiegazioni del concorrente, essa deve risultare palese fin da subito.

In particolare, il TAR specifica che *"ciò significa che l'offerente sia incorso in una svista rilevabile, ictu oculi ossia senza svolgere sul punto particolari approfondimenti. Il tutto in base a semplici e intelleggibili operazioni di carattere matematico (ossia meri interventi di rettifica del dato numerico non corretto)"*.

Non solo, al fine di non incorrere nel limite della immodificabilità dell'offerta, è necessario che risulti *"palese l'effettiva volontà negoziale che lo stesso concorrente abbia inteso manifestare, senza particolari attività di verifica o di interpretazione circa il contenuto dell'offerta formulata"*, con la conseguenza che se invece la volontà negoziale, attraverso la rettifica dell'errore, è destinata a subire modifiche, anche l'offerta muta e questo, come più volte ribadito, resta vietato dall'ordinamento, in virtù della tutela della *par condicio*.

Il TAR precisa infine che *"una tale volontà deve poter essere ricostruita, ossia rettificata d'ufficio, senza ricorrere ad "ausili esterni" o a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima (quali il soccorso istruttorio, dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente o altri supplementi di natura tecnica)"*.

Non deve in altre parole rinvenirsi alcuna "attività manipolativa", da parte della stazione appaltante, onde correggere il suddetto errore materiale".

Come visto, sono ammesse delle richieste di chiarimenti, purché specifiche e limitate alla documentazione già prodotta in gara.

Dal percorso che segue il RUP per rettificare l'errore materiale contenuto nell'offerta di uno dei concorrenti non deve quindi mai emergere alcuna modifica dell'offerta economica globalmente intesa, il cui valore va dunque mantenuto inalterato, in ossequio al predetto principio di immodificabilità.

Il soccorso procedimentale costituisce però uno strumento di fondamentale importanza che se utilizzato, entro i limiti sopra delineati, consente di rendere effettiva l'impostazione sostanzialistica delle procedure di affidamento, attraverso cui individuare il contraente migliore a beneficio dell'interesse pubblico.

Subappalto, problema sempre più aperto: le tendenze evolutive del Tar Lazio

di Stefano de Marinis

IL
PUN
TO

Premessa

Il tema del subappalto nei contratti pubblici, in particolare il profilo della compatibilità dell'attuale disciplina vincolistica fissata dall'articolo 105 del decreto legislativo n. 50 del 2016 con la normativa di matrice comunitaria, viene riproposto all'attualità per mano del Tribunale Amministrativo del Lazio, dimostrando l'insufficienza della soluzione fin qui individuata dal decreto sbloccacantieri del 2019 ed inserendo la questione, a pieno titolo, nel dibattito sul se e come nuovamente intervenire in sede legislativa per assicurare, anzitutto, la realizzazione degli investimenti finanziati dal Recovery Fund entro il 2026.

Anche il limite di subappalto delle categorie superspecialistiche (c.d. SIOS) confligge con la disciplina comunitaria

1. La sentenza dell'8 febbraio 2021, n.1575

La questione riguarda una recente decisione, la n. 1575 dell'8 febbraio 2021, che appare significativamente innovativa rispetto al precedente indirizzo seguito dai magistrati amministrativi romani, finora distinti per aver ritenuto superate le ragioni di incompatibilità a più riprese espresse dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹, mediante la soluzione tampone, introdotta fino al 31 dicembre 2020, dall'articolo 1, comma 18, del decreto n. 32 del 2019, detto anche sbloccacantieri, convertito con legge n. 55, del successivo 14 giugno, termine da ultimo prorogato al 30 giugno 2021 dall'articolo

1. Sentenze 26 settembre 2019, causa C-63/18 (caso Vitali) e 27 novembre 2019 nella causa C -402/18 (caso Tedeschi), alla quale è da aggiungersi anche la sentenza 30 gennaio 2020, causa C-395/18 (caso TIM) riferita, peraltro, quest'ultima al tema dell'esclusione del concorrente per carenza dei requisiti del subappaltatore indicato in sede di offerta.

13, comma 1, lettera c), del decreto n. 183 del 2020, convertito con legge 26 febbraio 2021, n. 21.

Ciò, nel presupposto che l'aver innalzato la soglia massima dell'importo complessivo del contratto subappaltabile dal 30 al 40% potesse considerarsi risolutivo del conflitto con il diritto comunitario, in specie con quanto previsto dall'articolo 71 della Direttiva 2014/24 e, conseguentemente, dell'obbligo di automatica disapplicazione della normativa nazionale che dall'accertato contrasto necessariamente deriva.

In realtà, il più recente intervento del Tar Lazio riguarda non tanto il profilo generale dell'importo complessivo massimo subappaltabile, di cui al comma 2 dell'articolo 105, bensì il diverso limite del 30%, di cui al successivo comma 5, previsto dalla stessa legge come autonomo e fin qui interpretato come aggiuntivo rispetto a quello generale² in quanto espressamente riferito alle *opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali*, le cosiddette SIOS. Tale "secondo limite" non è stato peraltro oggetto di aggiustamento ad opera dello sbloccacantieri 2019.

In discussione è l'impianto messo in campo dallo sbloccacantieri 2019

In questo senso l'Anac³, ad esempio, aveva posto in dubbio che le censure contenute nelle sentenze rese dalla Corte di giustizia potessero ritenersi estensibili anche alle opere superspecialistiche, soggette a un regime normativo speciale. Ciò in base della considerazione che, se ritenuta contraria al diritto comunitario la previsione di un limite generale all'utilizzo dell'istituto che prescinde dal settore economico interessato, dalla natura delle prestazioni e dall'identità dei subappaltatori, l'affermazione di tale principio non esclude che in casi specifici, come quello riguardante le opere superspecialistiche, non possa risultare viceversa

giustificato un limite percentuale all'esperibilità del subappalto per la natura particolare delle prestazioni da svolgere; a sostegno della posizione così espressa veniva invocato l'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva UE n. 2014/24 che stabilisce, infatti, che (anche) nel caso di appalti di lavori le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che alcuni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente⁴.

In senso contrario chi scrive si era peraltro già espresso⁵, da un lato osservando che nelle premesse della sentenza sul caso Vitali (C 63/18) la Corte aveva considerato anche la previsione del comma 5 dell'articolo 105 tra quelle rilevanti nell'ambito della decisione che aveva portato ad affermare la contrarietà della disciplina nazionale in materia di subappalto, ancorché *ratione temporis* relativa al testo previgente a quello attualmente in essere; dall'altro valorizzando ulteriori profili sostanziali.

Al riguardo, posto che per il diritto comunitario non è in discussione il fatto in sé di poter limitare il ricorso al subappalto, laddove beninteso questo sia il frutto di specifiche scelte adottate dalla stazione appaltante in ragione del caso di specie, bensì la previsione legislativa generale ed astratta che aprioristicamente introduca limiti predeterminati, non essendo lo sbloccacantieri intervenuto sul comma 5, ma solo sulla previsione generale del comma 2, l'eventuale effetto correttivo legato all'introduzione delle norme del 2019 per rendere la normativa nazionale conforme ai parametri comunitari riguarderebbe solo la disciplina generale, non quella delle SIOS.

Le previsioni del comma 5, quindi, lungi dall'essere ancora in vigore sarebbero viceversa le prime ad essere in contrasto con la disciplina comunitaria, e per conseguenza a cadere sotto la scure della automatica disapplicazione in base ai consolidati

2. DM 10 novembre 2016 n. 248, in G.U. 4 gennaio 2017, n.3.

3. Così Delibera Anac n.704, del 4 agosto 2020.

4. Così anche TAR Toscana, sez. II, 9 luglio 2020, n. 898, in ordine alla sentenza della Corte di Giustizia del 26 settembre 2019

5. In questa rivista anno IX, n.8, pag.10; n.9, pag.42.

principi interpretativi, come nei fatti molte amministrazioni hanno in questi mesi operato.

Questa è la tesi seguita, da ultimo, anche dal Tar del Lazio che, pur con l'ulteriore distinguo legato alla differente operatività del contrasto comunitario nel caso di appalti di importo inferiore alla soglia di applicazione delle Direttive comunitarie, incidente sulla soluzione del caso portato alla sua attenzione, sul piano della portata generale della norma introduce senz'altro un elemento fortemente evolutivo nell'interpretazione che della più recente disciplina dell'istituto avevano fin qui dato gli stessi giudici romani.

2. La ritenuta compatibilità comunitaria della soluzione dello "sbloccacantieri"

Questi ultimi, infatti, erano finora da considerare tra i più accreditati sostenitori della tesi favorevole al superamento ad opera dello sbloccacantieri delle obiezioni comunitarie legate non solo alle evocate decisioni ma anche alla procedura di infrazione n.2273/2018, avviata con nota del 24 gennaio 2019.

In questo senso, è la sentenza della prima sezione del TAR Lazio, in data 24 aprile 2020, n. 4183, che muovendo, peraltro, dalla (sola) decisione della Corte di Giustizia sul caso Vitali, evidenzia che pur avendo la Corte censurato il limite al subappalto previsto dal diritto interno nella soglia del 30% dei lavori, ciò non esclude la compatibilità con il diritto dell'Unione di limiti superiori, da cui la conseguenza che in contrasto con le direttive comunitarie in materia è il limite fissato senza con ciò escludere che il legislatore nazionale possa individuare comunque, al fine di evitare ostacoli al controllo dei soggetti aggiudicatari, un limite al subappalto proporzionato rispetto a tale obiettivo, giungendo alla conclusione che non può ritenersi contrastante con il diritto comunitario l'attuale limite pari al 40% delle opere, previsto dall'art. 1, comma 18, della legge n. 55/2019.

Tale decisione, che peraltro poteva fors'anche spendere l'argomento basato sull'inserimento nel testo di legge, ad opera dello sbloccacantieri, dell'obbligo di prevedere il subappalto nel bando di gara, da leggersi quale preconditione per il ricorso ad esso nella misura da fissare, a valle dell'esercizio dell'opzione, da parte della singola stazione

appaltante, risulta peraltro pedissequamente confermata da quella resa dalla terza sezione quater dello stesso TAR Lazio il successivo 3 novembre, con il numero 11304.

3. Gli effetti dei più recenti orientamenti del Tar Lazio

Ciò posto, la decisione che qui si commenta potrebbe anche leggersi, in prima battuta, come coerente rispetto ai citati precedenti; ciò nella misura in cui il comma 2, dell'articolo 105, ritoccato al rialzo dallo sbloccacantieri, per questa ragione sarebbe in linea con le indicazioni comunitarie; il comma 5, proprio perché non interessato da tale modifica, no.

Già questa più limitata lettura presenterebbe caratteri di novità degni di nota, nell'ambito delle interpretazioni di rilievo riguardanti l'attuale disciplina del subappalto.

Ma l'effetto della sentenza 1575/21 sembra andare ben oltre, nel senso di travolgere non solo l'immutata disciplina del comma 5, ma anche la soluzione tampone riferita al comma 2.

In tal senso valga considerare come la decisione affermi che *dal riferito quadro giurisprudenziale deve inferirsi l'illegittimità, per contrasto con l'art. 71 della direttiva 2014/24, delle sopra riportate disposizioni dell'art. 105 del d.lgs. 50/2016 e, in generale, delle ulteriori norme nazionali che prevedano dei limiti generalizzati al subappalto delle prestazioni contrattuali, fermo restando il potere della stazione appaltante di valutare e adeguatamente motivare, in relazione alla specificità del caso, la previsione di eventuali limiti proporzionati allo specifico obiettivo da raggiungere.*

Il doppio riferimento contenuto nell'evidenziato passaggio, riguardante tanto il "quadro giurisprudenziale", del quale fanno parte le decisioni della quinta Sezione del Consiglio di Stato 16 gennaio 2020, n. 389 e 17 dicembre 2020, n. 810, nonché quella del Tar Toscana, 9 luglio 2020, n. 898, piuttosto che i precedenti dello stesso Tar Lazio come viceversa era accaduto in precedenza, quanto, e soprattutto, il richiamo alle "ulteriori norme nazionali che prevedano dei limiti generalizzati", sembrano decisivi in questa direzione.

Nello stesso senso milita, poi, il fatto che la gara oggetto di contestazione ricade senza alcun dubbio nell'arco temporale di vigenza della disciplina innovata dal decreto sbloccacantieri, risultando il relativo bando pubblicato in data 20 ottobre 2020.

La conclusione cui si giunge è che non solo la disciplina del subappalto riferita ai limiti quantitativi per il ricorso ad esso, ante sbloccacantieri, contrasta con l'articolo 71 della Direttiva 2014/24, ma anche quella successiva a tale intervento, introdotta per superare le relative obiezioni, soffre dei medesimi limiti, per lo meno in ambito comunitario, con la conseguenza che vale anche in questo caso la regola per cui *le norme nazionali contrastanti con le disposizioni europee devono essere disapplicate, in virtù del principio di primazia del diritto comunitario*⁶.

Resta peraltro in piedi l'ulteriore aspetto che rende rilevante il più recente pronunciamento del TAR Lazio, ovvero sia il riferimento al solo sopra soglia.

In questo senso l'argomento è che *le norme della direttiva 2014/24 – rispetto alle quali la Corte UE ha affermato il contrasto dell'art. 105 d.lgs. 50/2016 – trovano applicazione, come stabilito dall'art. 4 della stessa, esclusivamente agli appalti che abbiano un importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), pari o superiore alle soglie dallo stesso individuate.*

Per quelli di importo inferiore, quale era il caso di specie, *gli articoli 49 e 56 del TFUE ed i principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché l'obbligo di trasparenza che la giurisprudenza ne fa derivare, sarebbero applicabili purché l'appalto di cui trattasi presenti un interesse transfrontaliero certo.*

Poiché nel caso di specie, secondo quanto riporta la decisione in nota la stazione appaltante non solo ha espressamente disposto la diretta

applicazione della direttiva 2014/24, in luogo della norma nazionale, ad una procedura di gara sotto soglia ma neppure ha speso alcuna motivazione a sostegno della sussistenza, con riferimento all'appalto bandito, di un interesse transfrontaliero ... sotto tale dirimente profilo deve essere ritenuta fondata la censura di violazione dell'art. 105 comma 5 d.lgs. 50/2016, per esser stata nella specie prevista la subappaltabilità per intero della categoria OS4.

In altri termini se non si dimostra l'interesse transfrontaliero dell'affidamento, negli appalti sotto soglia comunitaria il divieto di subappaltare le SIOS oltre il 30% permane intatto.

4. L'inadeguatezza della "soluzione tampone"

Sull'inadeguatezza della soluzione legislativa attualmente vigente convergono in molti. Lo stesso atteggiamento del Governo del resto svela la presenza al suo interno di più di un dubbio. L'articolo 13, comma 1, lettera c), del decreto sulla proroga dei termini già evocato in apertura, mentre porta a fine 2021 il regime di sospensione dell'obbligo di indicare in sede di offerta la terna dei possibili affidatari del subappalto, secondo quanto previsto a regime dal comma 6 dell'articolo 105, per quel che riguarda il limite del 40%, come detto riguarda la continuazione del regime tampone al solo mese di giugno del 2021. Anche ANAC da ultimo per bocca del suo Presidente, nell'ambito dell'audizione in videoconferenza svolta nelle scorse settimane presso l'Aula della Commissione Ambiente della Camera dei Deputati esprime inadeguatezza rispetto al regime oggi vigente e nello stesso senso, sul punto, si esprime anche l'AGCM.

Il tema del contrasto dell'articolo 105 con il diritto comunitario, specie per quel che riguarda i limiti

**Questione ancora
aperta per gli appalti
di rilevanza solo
nazionale?**

6. In questo senso poteva già leggersi la decisione del Consiglio di Stato n.4832, del 29 luglio 2020, con la quale veniva dato seguito a livello nazionale alle indicazioni rese dalla Corte di Giustizia con la decisione C-402/18 (caso Tedeschi), peraltro relativa a fattispecie disciplinata da normativa previgente rispetto alle modifiche del decreto "sbloccacantieri" 2019.

quantitativi ma non solo⁷, rappresenta, del resto, il punto più delicato che il processo di verifica degli ulteriori aggiustamenti alla disciplina in corso presso il Ministero delle Infrastrutture si trova oggi a dover gestire.

Ciò anche per il fatto che il rispetto delle "disposizioni in materia di subappalto" costituisce uno dei limiti alla facoltà delle amministrazioni di operare in deroga alla disciplina del codice dei contratti, prevista dal comma 4 dell'articolo 2 del decreto 16 luglio 2020, n.76, cosiddetto semplificazioni.

Al riguardo non è chiaro se il legislatore, nell'operare tale eccezione intendesse riferirsi alle disposizioni recate dal Codice dei contratti oppure a quelle di cui alla Direttiva 2014/24. La lettura maggiormente in linea con la *ratio legis* sembrerebbe essere la prima, ma è pur vero che, se così fosse, sarebbe stato più chiaro richiamare l'articolo 105 del Codice dei contratti, come in realtà è stato fatto nel caso degli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo n. 50/2016, che vengono espressamente indicati; non averlo fatto lascia comunque aperto il dubbio che andrebbe senz'altro chiarito.

Ciò anche in considerazione del fatto che le riferite previsioni del comma 4 che consentono, per un'ampia tipologia di interventi, di operare in deroga, sembrano risolutive di molte delle questioni che in questi giorni agitano il dibattito politico istituzionale ipotizzando, o rigettando da parte di chi vi si oppone, l'idea di sospendere, anche solo in via temporanea, l'applicazione del Codice.

5. Prospettive legate a possibili ulteriori interventi "in deroga"

In quest'ottica, infatti, escluse in quanto non condivisibili le interpretazioni abrogative rese in ordine alle riferite previsioni del decreto semplificazioni, si è viceversa dell'avviso che l'applicazione delle disposizioni ivi dettate, a cominciare da quelle di cui al comma 4 dell'articolo 2, siano ben in grado di risolvere tutte le esigenze acceleratorie, anche in ottica 2026, perseguite.

Basti pensare ai contenuti degli articoli 21 e 23 per rilevare che la responsabilità per danno erariale è ora circoscritta ai soli casi di dolo accertato o di

inattività del funzionario pubblico, mentre il reato di abuso d'ufficio risulta riformulato e ricondotto ad ambiti di comportamento certi e predittibili. Nello stesso senso le norme che introducono precise tempistiche per l'aggiudicazione dei contratti, 6 mesi nel massimo, da rispettare, qui si a pena di responsabilità erariale, l'obbligo di procedere comunque con il contratto ed i lavori in caso di mancata concessione della sospensiva del provvedimento di aggiudicazione in ipotesi impugnato, la generalizzazione dell'avvio dei lavori anche in pendenza della stipula del contratto, i collegi consultivi tecnici per evitarne la sospensione o operarne lo sblocco.

Trattasi di strumenti, indispensabili per dare attuazione agli investimenti finanziati a mezzo del Recovery Fund; la domanda che a questo punto è lecito porsi è che senso ha parlare di sospensione del Codice dei contratti; semmai è la questione è come mai questi elementi restano ignorati o peggio espressamente disattesi nelle attività in corso ed assenti dal dibattito di questi giorni su come intervenire.

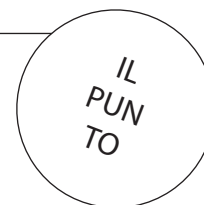
Subappalto e normativa "in deroga" nel decreto semplificazioni

7. Oltre alla previsione di tetti prefissati in termini generali ed astratti rispetto all'entità di prestazioni affidabili in subappalto, rilevano in sede comunitaria: il divieto di subappalto cosiddetto "a cascata"; l'obbligo di indicazione di una terna di possibili subappaltatori; il tetto massimo di scostamento tra i prezzi contrattuali e quelli praticati al subappaltatore divieto assoluto per l'offerente di divenire subappaltatore di altro offerente della medesima gara. Così procedura di Infrazione n. 2018/2273 avverso lo Stato Italiano.

“S-piaggiati” & “S-piazzati”

L'assegnazione delle concessioni demaniali, dalle spiagge a quelle di suolo pubblico, sarà soggetto a gara. Il Consiglio di Stato, a valle di una ricca pagina giurisprudenziale, anche comunitaria, ed in coerenza con la prassi AGCM, ribadisce il concetto dell'illegittimità della proroga. Ma è questa la corretta interpretazione del “considerando” n. 15 della Direttiva 23/2014/UE?

di Emanuela Pellicciotti



Premessa (semiseria)

Senza spiaggia (“S-piaggiati”) e senza piazza commerciale (“S-piazzati”) e, in qualche modo, pervasi da un senso di abbandono (“spiaggiati”) misto ad incertezza (“spiazzati”). Questo il rischio, per molti operatori, che potrebbe conseguire all'applicazione della “Direttiva Bolkestein” (2006/123/CE, recepita in Italia con il D.Lgs. n. 59/2010, in limine alla scadenza del periodo transitorio per la sua entrata in vigore). Questa Direttiva, per la verità, persegue l'auspicabile obiettivo di promuovere il “diritto di stabilimento”, la parità di professionisti e imprese, residenti nei vari Paesi, nell'accesso ai mercati dell'Unione europea; quale declinazione di questo principio, però, si prevede che anche le concessioni possano essere affidate a privati solo attraverso gare pubbliche, aperte a tutti gli operatori presenti in Europa.

Tale principio, più volte ribadito dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, è stato recentemente ripreso e più volte reiterato anche dalla prassi AGCM; di grande risonanza mediatica è il recente parere AS 1720 del 15 febbraio 2021 recante: *“Comune di Roma – disciplina delle concessioni di posteggio per il commercio su area pubblica”* ove si precisa che le “concessioni di piazza”, a Roma, devono essere messe in gara. Nel medesimo senso sono ugualmente orientati i coevi pareri AS 1714,

AS 1720, AS 1721 ed AS 1723 in cui si esplora la disciplina di varie tipologie di “concessioni”, tra le quali, anche quelle balneari e quelle di derivazione idroelettrica: tutti i pareri pervengono alla comune conclusione che una norma che consenta il rinnovo tacito di concessioni già in essere – anche se motivato da ragioni di equilibrio economico e finanziario – è comunque illegittima perché viola il principio di libera concorrenza.

Da qui, l'ulteriore passaggio – comune alle diverse pronunce e pareri - di ritenere necessario l'espletamento di una gara pubblica per l'assegnazione di tali “concessioni”.

A questo punto, sorge la domanda se tale “necessità di gara” sia un logico ed ineludibile corollario del principio di libera concorrenza, oppure sia un passaggio che – pur se animato dalla legittima aspirazione pro-concorrenziale -, risulti infine “sovrabbondante”, con riguardo alle “concessioni” di che trattasi.

Pur partendo da presupposti diversi, approda alla stessa conclusione – in difesa della libera concorrenza - anche la recente decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1416, da cui prende le mosse l'attuale riflessione. Con questa decisione, è stato ricordato che “il mancato ricorso a procedure di selezione aperta, pubblica e trasparente tra gli operatori economici interessati, determina un ostacolo all'ingresso

di nuovi soggetti nel mercato ... Tale principio si estende anche alle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative le quali hanno come oggetto un bene/servizio limitato nel numero e nell'estensione a causa della scarsità delle risorse naturali. ... sicché proprio la limitatezza nel numero e nell'estensione, oltre che la natura prettamente economica della gestione (fonte di indiscussi guadagni), giustifica il ricorso a procedure comparative per l'assegnazione."

Analizziamo, quindi, più approfonditamente la decisione ora citata, sia in quanto si pone quale più recente sintesi dell'elaborazione giurisprudenziale in materia, sia perché viene in essere in un periodo del tutto particolare, in cui più in generale i principi pro-concorrenziali sono in qualche modo limitati – o, meglio – “equilibrati” da un contrapposto andamento protezionistico che si propone di fronteggiare l'emergenza economica post-pandemica.

Viene spontaneo, infatti, osservare che il periodo in cui la Direttiva Bolkestein è nata e si è sviluppata era ben diverso da quello attuale, in cui la pandemia ha di molto frustrato le legittime aspirazioni imprenditoriali, per così dire “anestetizzandole” per oltre un lungo anno, creando così un mercato del tutto “innaturale”, in cui si avverte una forte esigenza di protezione – che passa addirittura per una proposta governativa di disapplicazione temporanea del Codice Appalti –.

Beninteso, si tratta di un protezionismo “contingente”, che nasce e si promana esclusivamente dalla situazione post-pandemica, cercando di contenerne i danni sotto il profilo economico, attraverso una sorta di “(de) regolamentazione di emergenza” – dunque, un protezionismo più moderno e critico, che mira a ristabilire una situazione “a regime”, in cui poi si possa tornare ad applicare corrette regole di mercato –.

Ciò non nondimeno, l'applicazione di un principio così risoluto come quello della Direttiva Bolkestein in un panorama di mercato reso così diverso dagli eventi, rispetto a quello in cui la Direttiva era stata emanata, impone alcune riflessioni: in primis sull'opportunità di provvedere ad una regolamentazione espressa (e ormai indifferibile) del “mercato dell'emergenza” – magari, partendo proprio dal sistema delle concessioni, in cui è forse più evidente il beneficio del soggetto pubblico, giacché per definizione il rischio di mercato grava sul soggetto privato –.

1. La decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1416

Oggetto della disamina del Consiglio di Stato è una situazione abbastanza ricorrente: una persona chiede il rilascio di una concessione (nello specifico, una concessione demaniale marittima), che ha ad oggetto “l'occupazione di un'area demaniale marittima ... di cui mq 4.831,40 di specchio acqueo, mq 519,00 per pontili galleggianti di facile rimozione per ormeggio imbarcazioni e mq 16 per la installazione di una piccola struttura precaria in legno per la guardiania e circa un metro quadro per appoggio basolato delle passerelle di accesso.”. Di fronte al silenzio sull'istanza, serbato dal Comune, la richiedente ottiene dal TAR Puglia, Sezione di Lecce, una sentenza che obbliga il Comune stesso ad emettere un provvedimento espresso – e così, il Comune nega la concessione, sul presupposto della “necessità dell'espletamento di una procedura di evidenza pubblica per il rilascio della concessione (procedimento previsto dalla legge regionale della Puglia n. 177/2016 e dai principi affermati in materia di concessioni demaniali marittime dalla Corte di Giustizia con sentenza del 14 luglio 2016).”.

L'istante impugna il diniego innanzi al medesimo TAR Puglia, che respinge il ricorso per inammissibilità poiché: “il provvedimento impugnato, fra le ragioni del diniego, ha richiamato quanto rilevato dal Tar lecce nell'ordinanza 34/2017 del 27.1.2017 con cui, in caso analogo, ha ribadito il necessario ricorso al procedimento ex art. 8 della L.R. 177/2016, procedimento a maggior ragione applicabile anche a ipotesi di cui all'art. 9 richiamato dal ricorrente, tenuto conto dei principi affermati in materia di concessioni demaniali marittime dalla Corte di Giustizia con sentenza del 14 luglio 2016. Per quanto sopra, confermate tutte le ragioni ostative così come preannunciate nel preavviso di diniego, si comunica il diniego definitivo delle istanze di che trattasi. In ordine a tale ragione, sufficiente a reggere la legittimità del provvedimento impugnato, parte ricorrente non ha espresso alcuna censura, sicché la stessa non potrebbe trarre alcuna utilità dall'eventuale accoglimento del ricorso”.

Pertanto, la richiedente si rivolge al Consiglio di Stato, obiettando che: “il rilascio e l'uso dei beni demaniali marittimi non può essere attratto nell'ambito della circolazione dei servizi, non avendo nessuna attinenza con tale concetto.

Invero, da un lato la concessione demaniale non è un bene che può "circolare", non avendo le caratteristiche tipiche di una merce; dall'altro non può essere qualificata come un servizio poiché non ha simile attitudine. Analogamente, per quanto attiene la libertà di stabilimento (ovvero la possibilità di costituire e gestire un'impresa o intraprendere una qualsiasi attività economica in un paese della Comunità Europea), si tratta di un concetto che, con specifico riferimento alla materia di cui si tratta, è del tutto inconferente non essendo vietata da nessuna norma di legge la possibilità per una impresa europea di richiedere il rilascio di un titolo concessorio di un bene demaniale appartenente allo Stato Italiano. Il sistema normativo attualmente esistente (in attesa della emanazione del decreto legislativo di riordino della materia) sarebbe dunque già tale da garantire il rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e adeguata pubblicità, principi che la Corte di Giustizia Europea ha ritenuto necessari per il rilascio di nuovi titoli concessori laddove prevede un'articolata e trasparente procedura per il rilascio delle concessioni (es. art. 3 del regolamento recante disciplina del procedimento di concessione di beni del demanio marittimo per la realizzazione di strutture dedicate alla nautica da diporto – artt. 5, 6, 18 e 19 del reg. nav. mar.).".

Secondo il Consiglio di Stato, tuttavia, il ricorso è da respingersi perché infondato. Infatti, *"In tema di concessioni di aree demaniali marittime, il mancato ricorso a procedure di selezione aperta, pubblica e trasparente tra gli operatori economici interessati, tale da determinare un ostacolo all'ingresso di nuovi soggetti nel mercato, ove previsto dalla legislazione regionale comporta non solo l'invasione della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, in violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., ma anche il contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., per lesione dei principi di derivazione europea nella medesima materia; tali principi si estendono anche alle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative le quali hanno come oggetto un bene/serviziolimitato nel numero e nell'estensione a causa della scarsità delle risorse naturali; la spiaggia è infatti un bene pubblico demaniale (art. 822 c.c.) e perciò inalienabile e impossibilitato a formare oggetto di diritti a favore di terzi (art. 823 c.c.), sicché proprio la limitatezza nel numero e nell'estensione, oltre che la natura prettamente economica della gestione (fonte di indiscussi guadagni), giustifica il*

ricorso a procedure comparative per l'assegnazione (in tal senso si è espressa la Corte di Giustizia Europea che ha affermato che "l'art. 12 della Dir. 2006/123/CE(38) osta a una misura nazionale che preveda l'automatica proroga del titolo concessorio, in assenza di qualsiasi procedura selettiva di valutazione degli operatori economici offerenti" – cfr. sentenza 14 luglio 2016). Di conseguenza, qualsivoglia normativa nazionale o regionale deve in materia ispirarsi alle regole della Unione Europea sulla indizione delle gare, stante l'efficacia diretta nell'ordinamento interno degli Stati membri delle pronunce della Corte."

Il Collegio sottolinea il ristretto "spazio di manovra" lasciato dalla sentenza della Consulta n. 40 del 24 febbraio 2017 (e da quella, ancor più incisiva, n. 1 del 9 gennaio 2019), con la quale è stato ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 14 della medesima L.R. Puglia n. 17/2015 che (invero, similmente ad altre norme regionali di analogo contenuto) consentiva di confermare a favore degli originari concessionari la titolarità di almeno il 50 per cento delle aree demaniali già attribuite in concessione; pertanto *"è del tutto evidente che non può aversi dubbio circa la correttezza dell'art. 8, l. reg. Puglia n. 17 del 2015 che invece prescrive il ricorso alle procedure di evidenza pubblica e non l'assegnazione diretta delle aree demaniali."*, che appare rispettoso dei *"principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale"* (cfr. sentenza n. 213 del 2011), principi nello specifico salvaguardati dalle procedure indicate dal citato art. 8."

2. Il "nodo" del riferimento alla "concessione": la Direttiva Concessioni

È interessante ripercorrere le tesi dell'appellante, raffrontandole con quelle del Collegio, in particolare al fine di poter valutare l'intrinseco riferimento alla fattispecie delle "concessioni", con riguardo al caso di specie – ed altri, numerosi, consimili –.

Vi è da precisare che, per ragioni di coordinamento temporale, molte delle Leggi regionali in materia di concessioni demaniali – dalla cui applicazione discende l'ampia pagina giurisprudenziale – non sono perfettamente allineate alla Direttiva n. 23/2014/UE ("Direttiva Concessioni"); per le

stesse ragioni, non sembrano perfettamente coordinate fra loro la Direttiva Bolkestein e la Direttiva Concessioni.

In particolare, la prima di esse dispone ("considerando" nn. 8 e 9 Direttiva 2006/123/CE): *"È opportuno che le disposizioni della presente direttiva relative alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi si applichino soltanto nella misura in cui le attività in questione sono aperte alla concorrenza e non obblighino pertanto gli Stati membri a liberalizzare i servizi d'interesse economico generale, a privatizzare gli enti pubblici che forniscono tali servizi o ad abolire i monopoli esistenti per quanto riguarda altre attività o certi servizi di distribuzione. La presente direttiva si applica unicamente ai requisiti che influenzano l'accesso all'attività di servizi o il suo esercizio. Pertanto essa non si applica a requisiti come le norme del codice stradale, le norme riguardanti lo sviluppo e l'uso delle terre, la pianificazione urbana e rurale, le regolamentazioni edilizie nonché le sanzioni amministrative comminate per inosservanza di tali norme che non disciplinano o non influenzano specificatamente l'attività di servizi, ma devono essere rispettate dai prestatori nello svolgimento della loro attività economica, alla stessa stregua dei singoli che agiscono a titolo privato."*

L'altra esclude espressamente dal novero delle "concessioni" talune tipologie di contratti (indipendentemente – è ovvio – dal *nomen juris*) – nei quali non si riscontra l'usuale schema dell'allocazione dei rischi e dell'obiettivo del beneficio per la proprietà pubblica: questi contratti, in cui sostanzialmente la proprietà pubblica viene "ceduta in temporaneo possesso" (come nelle concessioni di reti), ovvero "in locazione" (come nelle concessioni demaniali marittime o "di piazza"), secondo la Direttiva non sono "concessioni" e, dunque, sfuggono agli obblighi indicati dalla Direttiva stessa (anche, si desume, quelli in materia di assegnazione tramite gara). Infatti ("considerando" nn. 15 e 16 Direttiva n. 23/2014/UE): *"taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa*

unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva. Ciò vale di norma per i contratti di locazione di beni o terreni di natura pubblica che generalmente contengono i termini che regolano la presa di possesso da parte del conduttore, la destinazione d'uso del bene immobile, gli obblighi del locatore e del conduttore per quanto riguarda la manutenzione del bene immobile, la durata della locazione e la restituzione del possesso del bene immobile al locatore, il canone e le spese accessorie a carico del conduttore. ... Inoltre, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva neppure gli accordi che attribuiscono diritti di passaggio relativi all'utilizzo di beni immobili pubblici per la fornitura o la gestione di linee o reti fisse destinate a fornire un servizio al pubblico, sempre che tali accordi non impongano un obbligo di fornitura né implicino l'acquisizione di servizi da parte di un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore per sé o per gli utenti finali."

Tale concetto, poi, è ribadito dall'art. 10, comma 8, lett. a) della stessa Direttiva n. 23/2014/UE: *"La presente direttiva non si applica alle concessioni per: ... a) l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni; ..."*

Ebbene, a fronte di tale chiara esclusione, ci si domanda se possa risultare coerente – fors'anche con il quadro macro-economico contingente – l'interpretazione che impone di applicare alle "concessioni" demaniali la disciplina di assegnazione propria delle "concessioni", in ossequio ai principi della direttiva Bolkestein – che, invero, "limita" il proprio campo di applicazione alla "rimozione" dei soli "requisiti che influenzano l'accesso all'attività di servizi o il suo esercizio."

Ovvero, più semplicemente, si tratta di stabilire quale sia la procedura corretta per garantire concretamente il "diritto di stabilimento", senza perciò sviluppare "barriere" meramente "burocratiche" per chi voglia utilizzare i beni e risorse del demanio pubblico, sfruttandoli economicamente.

In altre parole, se – come effettivamente appare e come è stato sottolineato dall'appellante nel caso, appena esaminato, scrutinato dal Consiglio di Stato – la "concessione" implica solo la "cessione

temporanea del possesso", ovvero la "locazione" di spazi pubblici, con i connessi diritti ed obblighi gestorii, senza che a ciò segua l'espletamento di un "servizio" di interesse pubblico o generale, è corretto applicare il quadro normativo delle "concessioni" – a partire dalla parte afferente l'assegnazione mediante gara -?

E forse, proprio dal "contratto" occorrerebbe partire, per valutare se nei casi di che trattasi si possa e debba parlare di "concessioni", ovvero di *"accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico ... mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici"*, che "concessioni" non sono.

Nell'ipotesi della concessione demaniale marittima ad uso ricreativo, prospettata al Consiglio di Stato – così come in quella delle "concessioni di piazza" – l'"uso" del demanio consiste nell'installarvi un'attività economica che non richiede l'approntamento di "lavori o servizi specifici" a favore del concedente, ma solo la facoltà di "sfruttare" l'area in sé: per le spiagge come in una sorta di "sub-locazione" (magari, con servizi ancillari) a favore dei bagnanti, per i "posteggi di piazza" per posizionarvi manufatti transitori ("banchi") per esporvi la merce.

La *"rimozione dei requisiti che influenzano l'accesso all'attività di servizi o il suo esercizio"*, in tal caso, potrebbe legittimamente essere interpretata come un'indicazione normativa che va nel senso di un diniego alla proroga automatica (e sempre nel rispetto di quanto stabilito dal "contratto", in ossequio al principio del legittimo affidamento), ma può spingersi – altrettanto legittimamente – sino a negare la "concessione" sul presupposto di un obbligo di gara?

Alla luce dei citati passaggi della Direttiva Concessioni, ci si chiede se non sia sufficiente garantire a tutti gli operatori comunitari – a parità di condizioni – la possibilità di aggiudicarsi una "concessione" demaniale, magari regolamentandone l'accesso con parametri oggettivi o predisponendo uno schema-quadro in cui sono dettagliate *"le condizioni generali d'uso"*?

3. Breve excursus: epigoni e seguaci della decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1416

Per contribuire alla comune riflessione su questi interrogativi, è d'uopo analizzare il panorama giurisprudenziale – seppur brevemente, per motivi editoriali –, citando alcuni arresti significativi.

In essi, per la verità, si nota che l'obbligo di gara viene evocato solo quale estremo bilanciamento rispetto alla normativa nazionale che si pone all'estremo opposto – consentendo la proroga automatica sino alla fine del 2033 delle concessioni demaniali marittime in essere -: non si indaga, dunque, sull'oggetto delle "concessioni" per verificarne l'assoggettamento alla Direttiva n. 23/2014/UE, ma sull'effetto delle proroghe automatiche, distorsivo della concorrenza.

4. La sentenza della Consulta n. 1 del 9 gennaio 2019

Con la sentenza n. 1 del 9 gennaio 2019 la Consulta ha avuto occasione di esprimersi nuovamente in tema di concessioni demaniali marittime ad uso ricreativo: in particolare, ha dichiarato costituzionalmente illegittima la L.R. Liguria n. 26/2017 nella parte in cui (artt. 2 comma 2 e 4 comma 1) si prevedeva l'estensione a 30 anni della durata delle concessioni demaniali vigenti al momento dell'entrata in vigore della medesima legge.

Detta disposizione, secondo la Corte Costituzionale, violava il riparto di competenza fra Stato e Regioni in materia di tutela della concorrenza, ex art. 117, comma 2, lett. e) della Costituzione; secondo la Regione Liguria, invece la normativa regionale si muoveva nel solco del dibattito (ancora aperto, all'epoca) sulla corretta attuazione dell'art. 49 TFUE (all'epoca, art. 43 Trattato dell'Unione) – che doveva essere armonizzato con l'art. 37 del Codice della Navigazione, in cui si prevedeva, al momento della scadenza delle concessioni demaniali marittime, un diritto di preferenza per il concessionario uscente, a garanzia del "diritto di affidamento" dei concessionari già esistenti –.

Tale previsione del Codice nazionale, tuttavia, era stata oggetto di una procedura di infrazione (n. 2008/4908), che si era conclusa solo con l'emanazione della Legge comunitaria 2010 (L.

n. 217/2011), che aveva delegato al Governo l'adozione di *"una normativa improntata al rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti"*.

Questa delega, però, aveva sortito in un certo senso l'effetto opposto, giacché (grazie alla L. n. 179/2012) aveva garantito una proroga automatica del termine di durata delle concessioni a uso turistico ricreativo sino al 31 dicembre 2020. Tale proroga ex lege, poi, è stata addirittura estesa sino al 31 dicembre 2033 per effetto dell'art. 1, comma 682 L. n. 145/2018 e, in seguito, grazie all'art. 182, comma 2 L. n. 77/2020 (cioè, il recentissimo "decreto Rilancio"), ove è stata prevista la sospensione dei procedimenti amministrativi volti alla nuova assegnazione delle concessioni demaniali marittime o alla riacquisizione al patrimonio pubblico delle aree demaniali, appunto sino alla fine del 2033. Anche nel caso del Decreto Rilancio, comunque, si registra la "reazione" comunitaria, che si è tradotta nella decisione della Commissione europea, assunta in data 3 dicembre 2020, che ha deciso di inviare *"una lettera di costituzione in mora all'Italia in merito al rilascio di autorizzazioni relative all'uso del demanio marittimo per il turismo balneare e i servizi ricreativi (concessioni balneari)"*.

Dunque, la "normativa - ponte" che, dalla L. n. 179/2012 avrebbe dovuto portare ad una "risistemazione della materia" in senso comunitariamente orientato, proprio per evitare la procedura di infrazione comunitaria, si è di fatto cristallizzata per 9 anni.

A tale produzione normativa (si intende, ovviamente, la L. n. 179/2012) ha fatto seguito l'intuibile reazione comunitaria, affidata alla decisione della Corte di Giustizia su due cause "parallele" (cause C-458/2014 e C-67/2015), in cui si dichiarava la normativa italiana incompatibile con quella eurounitaria -.

In tale contesto, dunque, la Consulta non poteva che dare applicazione ai principi stabiliti dalla Corte di Giustizia - declinandoli sotto l'aspetto del conflitto di competenze fra Stato e Regioni in materia di concorrenza -. Del resto, alle medesime considerazioni e motivazioni si appoggia anche la recentissima sentenza della Consulta n. 10 del 29 gennaio 2021 con la quale viene dichiarata costituzionalmente illegittima la L.R. Calabria n.

46/2019 che, all'art. 1 parimenti consentiva la proroga delle concessioni demaniali marittime già in essere - ma in questo caso, vale notare come, medio tempore, sia stata ribadita la scelta del Legislatore italiano, nonostante il contrasto con le norme comunitarie, con la citata disposizione del Decreto Rilancio -. Sul punto, è altresì opportuno ricordare che, sebbene la Corte Costituzionale, in numerose sentenze, abbia affermato che il legislatore gode della più ampia discrezionalità, al tempo stesso ha anche evidenziato che *"tale discrezionalità trova limite fondamentale nel rispetto del principio di ragionevolezza"* (sentenza 6 luglio 2004 n. 219, *ex multis*) - evidentemente ritenuto ormai eluso in considerazione del lungo tempo trascorso per addivenire alla "risistemazione della materia".

Si noti, comunque, l'interessante parallelismo per cui - in situazione di grave crisi economica o finanziaria (nel 2020/2021, così come nel 2010/2012) - viene ri-editata una norma che tende a "proteggere" gli investimenti dei "concessionari" già esistenti, quale strumento di sviluppo e sostegno rispetto ad un "aggravamento del rischio" che discende da cause del tutto inopinate.

5. La sentenza della Corte di Giustizia UE del 14 luglio 2016, nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15

La sentenza della Corte di Giustizia, richiamata dalla Consulta, merita anch'essa un breve commento. Si tratta della decisione su due cause riunite, aventi ad oggetto il comune denominatore della verifica pregiudiziale di compatibilità comunitaria riferita alla proroga automatica di due concessioni demaniali ad uso ricreativo.

La V Sezione della Corte Europea, in particolare, ha stabilito che la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime e lacuali ad uso turistico e ricreativo contrasta palesemente con il divieto imposto con l'art. 12, comma 2 della Direttiva Bolkestein (che, infatti, esclude il rinnovo automatico delle "autorizzazioni") e, in ultima analisi, con l'art. 49 TFUE (del quale la Direttiva Bolkestein si propone come attuazione) ove si sancisce la cd. "libertà di stabilimento" delle Imprese, senza restrizioni da parte dei singoli Paesi.

Tale sentenza, che è stata confermata da successive decisioni del Consiglio di Stato (fra le quali, si

ricorda la decisione della VI Sezione, n.7874 del 18 novembre 2019, che è la più "fedele" ai principi comunitari enunciati dalla Corte di Giustizia, e, ovviamente, quella recentissima commentata in incipit) e dei Tribunali di merito, ha sostanzialmente affermato che la norma nazionale italiana che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime a vantaggio di chi ne è già titolare, "determina una disparità di trattamento tra operatori economici mediante preclusioni e ostacoli alla gestione dei beni demaniali oggetto di concessione.", così imponendo la disapplicazione delle disposizioni nazionali consimili, ricordando che "è ormai principio consolidato in giurisprudenza quello secondo il quale la disapplicazione della norma nazionale confliggente con il diritto eurounitario, a maggior ragione se tale contrasto è stato accertato dalla Corte di giustizia UE, costituisca un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per l'apparato amministrativo e per i suoi funzionari, qualora sia chiamato ad applicare la norma interna contrastante con il diritto eurounitario (cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2006 n. 3072)". La Corte di Giustizia dà conto anche delle difese dello Stato italiano, ricordando: "i ricorrenti nei procedimenti principali nonché il governo italiano fanno tuttavia valere che la proroga automatica delle autorizzazioni è necessaria al fine di tutelare il legittimo affidamento dei titolari di tali autorizzazioni, in quanto consente di ammortizzare gli investimenti da loro effettuati.". E ancora: "Infine, nei limiti in cui il governo italiano fa valere che le proroghe attuate dalla normativa nazionale mirano a consentire ai concessionari di ammortizzare i loro investimenti, occorre precisare che una siffatta disparità di trattamento può essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale, in particolare dalla necessità di rispettare il principio della certezza del diritto (v., in tal senso, sentenze del 17 luglio 2008, ASM Brescia C-347/06 §64, nonché del 14 novembre 2013, Belgacom C-221/12 §38) ...".

Ma subito aggiunge "a tale riguardo occorre constatare che l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2006/123 prevede espressamente che gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni legate a motivi imperativi d'interesse generale. Tuttavia è previsto che si tenga conto di tali considerazioni solo al momento di stabilire le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali e fatto salvo,

in particolare, l'articolo 12, paragrafo 1, di tale direttiva. Pertanto l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva in questione non può essere interpretato nel senso che consente di giustificare una proroga automatica di autorizzazioni allorché, al momento della concessione iniziale delle autorizzazioni suddette, non è stata organizzata alcuna procedura di selezione ai sensi del paragrafo 1 di tale articolo. Inoltre, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 92 e 93 delle conclusioni, una giustificazione fondata sul principio della tutela del legittimo affidamento richiede una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti. Una siffatta giustificazione non può pertanto essere invocata validamente a sostegno di una proroga automatica istituita dal legislatore nazionale e applicata indiscriminatamente a tutte le autorizzazioni in questione". E ancora: "In tal senso, è stato statuito che il principio della certezza del diritto, nel caso di una concessione attribuita nel 1984, quando non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza, esige che la risoluzione di siffatta concessione sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico (v., in tal senso, sentenze del 17 luglio 2008, ASM Brescia, C-347/06 § 70 e 71, nonché del 14 novembre 2013, Belgacom C-221/12 §40) ...".

Tuttavia "le concessioni di cui ai procedimenti principali sono state attribuite quando già era stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo dovevano essere soggetti a obblighi di trasparenza, cosicché il principio della certezza del diritto non può essere invocato per giustificare una disparità di trattamento vietata in forza dell'articolo 49 TFUE", dunque, a parere della Corte UE, "deve farsi applicazione delle regole fondamentali del Trattato FUE, in generale, e il principio di non discriminazione, in particolare (v., in tal senso, sentenza del 17 luglio 2008, ASM Brescia C-347/06 § 57 e 58)".

Alla sentenza della Corte di Giustizia, che ha fatto il punto sulla situazione normativa nazionale, tracciando le linee guida interpretative alla luce della Direttiva Bolkestein nel senso ora indicato - e senza chiamare in causa la Direttiva Concessioni -,

hanno fatto seguito numerose sentenze e decisioni in senso conforme.

Tra le molte, si segnala la sentenza del TAR Abruzzo, L'Aquila, 2 luglio 2018 n. 271, con la quale – discostandosi dalla giurisprudenza sinora esaminata – si accoglie il ricorso di un operatore economico al quale era stata rifiutata la proroga della concessione; il TAR, però, perviene a tale determinazione esclusivamente per motivi cronologico-temporali.

Dopo aver ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, il TAR Abruzzo – ricordando la sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016, appena citata, osserva che la corte stessa ha precisato che *“una proroga ad una concessione demaniale è giustificata solo allorquando sia finalizzata a tutelare la buona fede del concessionario, ossia quando lo stesso abbia ottenuto una determinata concessione in un'epoca in cui non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza”*.

Partendo da tale ragionamento e rapportandolo al caso concreto, il TAR abruzzese ha ritenuto rilevante la circostanza che gli investimenti correlati alla concessione erano stati realizzati in un momento storico in cui il quadro normativo vigente era ancora quello originario – di cui all'art. 3, comma 4 bis D.L. n. 400/1993 – precedente alla procedura di infrazione comunitaria avviata nel 2009 e, quindi, risultasse sostanzialmente immotivato ed illegittimo il diniego di proroga basato sull'impossibilità tout court di prorogare le concessioni demaniali oltre il termine del 31 dicembre 2020. Secondo il TAR, quindi, nel caso di specie sarebbe servita una motivazione che desse conto della “non necessità” di prolungare la concessione per ri-equilibrare gli investimenti effettuati *ab origine* dal concessionario.

Di diverso avviso, invece, la sentenza del TAR Toscana, Sez. II, 8 marzo 2021, n. 363, che riprende l'insegnamento della decisione del Consiglio di Stato n. 1416/2021 e ne rielabora i contenuti pervenendo ad una soluzione che si armonizza sia con i principi enunciati dalla Corte Costituzionale, sia con quelli enunciati dalla nota sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016 nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15.

Il TAR Toscana, in piena coerenza con il principio ribadito dal Consiglio di Stato, afferma che “il

rilascio delle concessioni demaniali che rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE è subordinato all'espletamento di una procedura di selezione tra potenziali candidati, che deve presentare garanzie di imparzialità, trasparenza e pubblicità, con la conseguenza che è illegittima la proroga disposta dall'Amministrazione resistente e la conseguente decisione di non dar corso alla procedura comparativa perché disposte in aperta violazione del divieto, introdotto dalla normativa eurounitaria, di applicazione dell'art. 1, commi 682 e 683, l. n. 145 del 2018”.

Inoltre, *“prima ancora della nota sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016 (in cause riunite C-458/14, Promoimpresa S.r.l. e C-67/15, Mario Melis e altri), la giurisprudenza aveva già largamente aderito all'interpretazione dell'art. 37 cod. nav. che privilegia l'esperimento della selezione pubblica nel rilascio delle concessioni demaniali marittime, derivante dall'esigenza di applicare le norme conformemente ai principi comunitari in materia di libera circolazione dei servizi, di par condicio, di imparzialità e di trasparenza, sanciti dalla direttiva 123/2016, essendo pacifico che tali principi si applicano anche a materie diverse dagli appalti, in quanto riconducibili ad attività, suscettibile di apprezzamento in termini economici. In tal senso si era espresso, già da tempo risalente, il Consiglio di Stato che ha ritenuto applicabili i detti principi anche alle concessioni di beni pubblici, fungendo da parametro di interpretazione e limitazione del diritto di insistenza di cui all'art. 37 del codice della navigazione, sottolineandosi che la sottoposizione ai principi di evidenza trova il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di area demaniale marittima si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione”* (Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005 n. 168 ...)”.

L'evoluzione di tale argomento porta il TAR a sottolineare che l'assegnazione della concessione è subordinata all'obbligo di gara. A tale affermazione, comunque, il TAR perviene in via interpretativa rispetto alla nota giurisprudenza comunitaria, considerando che *“... La Corte di giustizia ha affermato che, per le concessioni alle quali la direttiva non può trovare applicazione, l'art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) osta a una normativa nazionale, come*

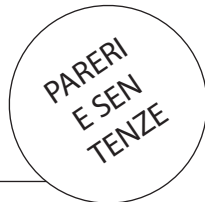
quella italiana oggetto dei rinvii pregiudiziali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo. Pertanto, in seguito alla soppressione, in ragione delle disposizioni legislative sopra richiamate, dell'istituto del "diritto di insistenza", ossia del diritto di preferenza dei concessionari uscenti, l'amministrazione che intenda procedere a una nuova concessione del bene demaniale marittimo con finalità turistico-ricreativa, in aderenza ai principi eurounitari della libera di circolazione dei servizi, della par condicio, dell'imparzialità e della trasparenza, ai sensi del novellato art. 37 cod. nav., è tenuta ad indire una procedura selettiva e a dare prevalenza alla proposta di gestione privata del bene che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e risponda a un più rilevante interesse pubblico, anche sotto il profilo economico."

Da notare anche il passaggio successivo, in cui il TAR, al contempo, fa proprio anche l'insegnamento della Corte Costituzionale e, alla luce di questo, supera il ragionamento svolto a suo tempo dal TAR Abruzzo (di cui alla sentenza n. 271/2018, appena sopra citata): *"tale Direttiva [la Direttiva Bolkestein - n.d.a.] è espressiva di norme immediatamente precettive - in particolare, sotto il profilo della precisa e puntuale "norma di divieto" che si rivolge, senza che occorra alcuna disciplina attuativa di sorta da parte degli Stati membri, a qualunque ipotesi (tanto più se generalizzata e incondizionata come nel caso di specie) di proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-*

ricreative, in assenza di procedura di selezione tra i potenziali candidati. E rispetto a tale "norma di divieto", indiscutibilmente dotata di efficacia diretta, il diritto interno è necessariamente tenuto a conformarsi. Peraltro, anche la Corte Costituzionale, con la recente sentenza n. 10 del 29 gennaio 2021, in relazione ad una norma di legge regionale che prevedeva un meccanismo di rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime già esistenti, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, affermando fra l'altro, che tale meccanismo di rinnovo sottrarrebbe le concessioni "alle procedure a evidenza pubblica conformi ai principi, comunitari e statali, di tutela della concorrenza... per consentire de facto la mera prosecuzione dei rapporti concessori già in essere, con un effetto di proroga sostanzialmente automatica - o comunque sottratta alla disciplina concorrenziale - in favore dei precedenti titolari. Un effetto, come poc'anzi rammentato, già più volte ritenuto costituzionalmente illegittimo da questa Corte. ... l'applicabilità della Direttiva europea non può dipendere dall'epoca del rilascio concessioni, dovendo trovare applicazione il principio tempus regit actum ... e dovendo il provvedimento amministrativo di proroga essere esaminato alla luce della disciplina anche eurounitaria vigente".

In vista dell'avvio della stagione estiva - e, soprattutto, dell'auspicata rinascita economica post-pandemica - si attende l'evoluzione dell'interpretazione giurisprudenziale, e della sensibilità del legislatore in ordine a questo peculiare tipo di "concessioni" che, eventualmente, potrebbero essere lette con il giusto rigore non solo attraverso la lente della Direttiva Bolkestein, ma anche alla luce dei "considerando" 15 e 16 della Direttiva Concessioni.

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. III, 26/03/2021, n. 2581

In una gara telematica l'assenza della marcatura temporale determina l'esclusione dell'operatore economico

"Dall'esigenza di intangibilità dell'offerta discende che:

- a) non è sufficiente dimostrare di avere apposto alla propria offerta la marcatura temporale, ma è necessario inserire nel sistema il numero seriale nel momento prescritto dalla lex specialis di gara;
- b) solo l'identità tra il numero seriale precedentemente inserito sul sistema (...) e quello risultante sul file dell'offerta economica, da caricare a sistema successivamente (...), garantisce che l'offerta economica stessa non sia stata oggetto di modifica."

Consiglio di Stato, Sez. V, 18/3/2021, n. 2350

"Il riferimento all'unicità del "centro decisionale" rende evidente che la ratio della norma è quella, sostenuta dall'appellante, di evitare il (rischio di un) previo accordo tra gli offerenti (appartenenti al medesimo gruppo o centro di interessi economici), che comprometterebbe la segretezza reciproca delle offerte e la serietà del confronto concorrenziale."

"L'art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede come causa di esclusione la situazione dell'operatore economico che "si trovi rispetto ad altro partecipante alla medesima procedura di affidamento in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale".

Il riferimento all'unicità del "centro decisionale" rende evidente che la ratio della norma è quella, sostenuta dall'appellante, di evitare il (rischio di un) previo accordo tra gli offerenti (appartenenti al medesimo gruppo o centro di interessi economici), che comprometterebbe la segretezza reciproca delle offerte e la serietà del confronto concorrenziale.

Il riferimento, poi, alla "medesima procedura di affidamento" conferma che la finalità pro-concorrenziale è, per così dire, "interna" alla singola gara, cioè ad ogni gara che sia finalizzata all'aggiudicazione di un determinato affidamento e quindi di un determinato contratto di appalto.

4.1. Poiché la ratio normativa è quella di garantire la regolarità della competizione selettiva dell'affidatario di un determinato appalto, assicurando il confronto concorrenziale e scongiurando il pericolo di condizionamento dell'esito della gara, la situazione escludente presuppone l'identità della graduatoria di riferimento.

Si è già affermato in giurisprudenza e va ribadito che "[...] l'affidamento di più contratti diversi fra loro non incide sulla natura della gara stessa che non ha carattere unitario, poiché a ciascun lotto corrisponde una gara finalizzata all'aggiudicazione di un distinto contratto. La possibilità di aggiudicare autonomamente i singoli lotti è dunque incompatibile con la configurazione di una gara unitaria poiché le singole procedure di aggiudicazione sono dirette a tanti contratti di appalto quanti sono i lotti: se ciascun lotto può essere aggiudicato a concorrenti diversi, non ci si trova di fronte ad un appalto unitario e se non vi è appalto unitario non vi può essere unicità della gara" (così Cons. Stato, V, 12 gennaio 2017, n. 52, in riferimento all'art. 38, comma 1, lett. m quater, del d.lgs. n. 163 del 2006, di tenore identico all'attuale art. 80, comma 5, lett. m, del Codice dei contratti pubblici)."

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 18/3/2021, n. 5

"La consorziata di un consorzio stabile, non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, è equiparabile, ai fini dell'applicazione dell'art. 63 della direttiva 24/2014/UE e dell'art. 89 co. 3 del d.lgs. n. 50/2016, all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito impone alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione"

"...non v'è più motivo per discorrere, in relazione a tale peculiare fattispecie, di necessaria "continuità" nel possesso dei requisiti del concorrente che si avvale dell'apporto claudicante di terzi, a pena di esclusione. 11.5. La sostituzione è appunto lo strumento nuovo e alternativo che, alla luce del principio di proporzionalità, consente quella continuità predicata dall'Adunanza Plenaria nel 2015, in tutti i casi in cui il concorrente si avvalga dell'ausilio di operatore terzi.

"La consorziata di un consorzio stabile, non designata ai fini dell'esecuzione dei lavori, è equiparabile, ai fini dell'applicazione dell'art. 63 della direttiva 24/2014/UE e dell'art. 89 co. 3 del d.lgs. n. 50/2016, all'impresa ausiliaria nell'avvalimento, sicché la perdita da parte della stessa del requisito impone alla stazione appaltante di ordinarne la sostituzione".

Consiglio di Stato, Sez. III, 18/03/2021, n. 2315

È ammesso l'ausilio tecnico al RUP durante la fase di verifica dell'anomalia dell'offerta

"secondo l'orientamento ribadito dalla Sezione (sentenza 5 giugno 2020, n. 3602) e dal quale non vi è motivo di discostarsi, spetta al RUP, nel caso che occupa, la valutazione dell'anomalia. La Sezione ha avuto modo specificamente di affermare che: "Tanto meno vizia l'affidamento la circostanza, questa volta in diritto, che il Rup abbia chiesto l'ausilio di un tecnico. Giova premettere che il sub-procedimento di anomalia è di competenza del Rup e non della commissione di gara, le cui incombenze si esauriscono con la "valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico" ex art. 77, d.lgs. n. 50 del 2016 (C.d.S., sez. V, 13 novembre 2019, n. 7805; id. 24 luglio 2017, n. 3646). Deve infatti confermarsi il principio (C.d.S., ad. plen., 29 novembre 2012, n. 36; id., sez. V, 24 luglio 2017, n. 3646) secondo cui anche nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016 il legislatore ha rimesso proprio al Rup ogni valutazione innanzitutto in ordine al soggetto cui affidare la verifica, non escludendo che, a seconda dei casi, possa ritenere sufficienti e adeguate le competenze degli uffici e organismi della stazione appaltante, o invece concludere nel senso della necessità di un nuovo coinvolgimento della commissione aggiudicatrice anche per la fase de qua.

Non può quindi sostenersi che il fatto che il Rup non abbia proceduto direttamente alla verifica di anomalia (C.d.S., sez. V, 13 novembre 2019, n. 7805) e che ne abbia delegato la verifica in relazione ad una voce costituisca ex se un vizio di legittimità della procedura. L'affidamento dell'incarico di verifica dell'anomalia non spoglia, infatti, il Rup della relativa competenza atteso che questi deve fare proprie le conclusioni alle quali è pervenuto il delegato, ove le condivide".

Consiglio di Stato, Sez. V, 17/03/2021, n. 2292

"lo strumento della manifestazione di interesse, pur strumentale a garantire la più ampia partecipazione possibile agli operatori economici da invitare, non rende affatto superflua la rotazione"

"... la giurisprudenza ha da ultimo (Cons. Stato, sez. 31 marzo 2020, n. 2182) affermato che il principio della rotazione, previsto dall'art. 36, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, si applica già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara e ha altresì chiarito che il citato art. 36, comma 1, impone espressamente alle stazioni appaltanti nell'affidamento dei contratti d'appalto sotto soglia il rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti ... tale principio comporta perciò, di norma, il divieto

di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente, salvo che la stazione appaltante fornisca adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che hanno indotto a derogarvi (facendo, in particolare, riferimento al numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato, al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto e alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento ... È stato così affermato da questo Consiglio di Stato (Sez. V, n. 3831/2019 cit.) che risultano pure irrilevanti, e comunque inidonei a compensare la mancata osservanza del principio di rotazione (funzionale, come si è detto, ad assicurare i principi di concorrenzialità e massima partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento), alcuni accorgimenti procedurali predisposti dalla stazione appaltante, tra i quali, per quanto di interesse, l'espletamento di una preventiva indagine di mercato. Infatti, come chiarito dalla richiamata giurisprudenza, il suddetto avviso non costituisce atto di indizione di una procedura di gara concorsuale, ma un'indagine conoscitiva di mercato non vincolante tesa ad individuare operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata sicché, già nella fase successiva dell'invito, per espressa statuizione dell'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, si innesta la regola dell'esclusione del gestore uscente: in definitiva, lo strumento della manifestazione di interesse, pur strumentale a garantire la più ampia partecipazione possibile agli operatori economici da invitare, non rende affatto superflua la rotazione."

Consiglio di Stato, Sez. III, 11/3/2021, n. 2072

La proroga costituisce strumento del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali

"... costituisce orientamento consolidato quello secondo cui "La proroga, ... costituisce strumento del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali" (Consiglio di Stato, Sez. III n. 1521/2017). In definitiva, nella materia della proroga dei contratti pubblici vige il principio in forza del quale, salve espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'Amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara."

TAR Campania, Napoli, Sez. II, 8/3/2021, n. 1528

Sui limiti del soccorso istruttorio

"In linea di principio, secondo condivisibile giurisprudenza «il soccorso istruttorio non può giungere sino al punto di consentire al concorrente di modificare la domanda di partecipazione, integrandola degli elementi mancanti, essendo netta la distinzione tra il completamento di una domanda formalmente carente su alcuni elementi o dichiarazioni "che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara" (art. 46, comma 1 ter, che richiama l'art. 38 comma 2-bis, del d.lgs. 163/2006), e l'integrazione di un'offerta originariamente non rispettosa delle "prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento" (art. 46, comma 1-bis, cit.), in quanto priva di un elemento essenziale, poiché proveniente da soggetto sfornito della prescritta qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici» (Consiglio di Stato, sez. III, 18/07/2017, n. 3541; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 15/12/2014, n. 12610)."

Consiglio di Stato, Sez. V, 03/03/2021, n. 1808*Soluzioni migliorative e varianti: Differenze*

"... le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla Pubblica Amministrazione, pur tuttavia consentito (cfr ex multis Cons. di Stato, V, 24 ottobre 2013, n. 5160; Cons. di Stato, V, 20 febbraio 2014, n. 819; Cons. di Stato, VI, 19 giugno 2017, n. 2969; Cons. di Stato, III, 19 dicembre 2017, n. 5967; Cons. di Stato, V, 18 febbraio 2019, n. 1097; Cons. di Stato, V, 15 gennaio 2019, n. 374; per una disamina tra varianti migliorative e varianti non conformi al progetto posto a base di gara si veda: Cons. di Stato, V, 26 ottobre 2018, n. 6121;"

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 1050 del 2 dicembre 2020****PREC 233/2020/L**

Il rinvio a giudizio costituisce "grave illecito professionale" sicché l'eventuale esclusione dell'operatore economico è subordinata alla valutazione in concreto della stazione appaltante

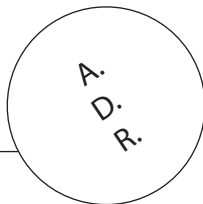
"L'omessa dichiarazione di un rinvio a giudizio non comporta l'esclusione automatica dell'operatore economico, perché non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis), d.lgs. n. 50/2016 ma è riconducibile all'art. 80, comma 5, lett. c-bis), d.lgs. n. 50/2016. La valutazione dell'inquadramento della omessa dichiarazione di un rinvio a giudizio quale "grave illecito professionale" ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis), d.lgs. n. 50/2016 deve essere svolta in concreto dalla stazione appaltante nell'esercizio della propria discrezionalità."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 22 del 13 gennaio 2021****PREC 256/2020/S**

"In caso di sopralluogo obbligatorio, le informazioni acquisite in tale sede, in quanto necessarie ai fini della formulazione di una offerta consapevole, sono da considerarsi alla stregua di informazioni complementari della lex specialis"

"In caso di sopralluogo obbligatorio, le informazioni acquisite in tale sede, in quanto necessarie ai fini della formulazione di una offerta consapevole, sono da considerarsi alla stregua di informazioni complementari della lex specialis, sulle quali ciascun candidato deve essere posto nella condizione di formulare quesiti e richiedere informazioni supplementari entro il termine ultimo indicato dal bando. Non è pertanto conforme alla normativa di settore la calendarizzazione di sopralluoghi obbligatori in date successive alla scadenza del termine per la presentazione di chiarimenti stabilito dal bando che non sia accompagnata dalla contestuale fissazione di un nuovo congruo termine per la richiesta di chiarimenti."

A Domanda Rispondiamo



1

È legittimo il provvedimento di revoca dopo l'aggiudicazione se nuovi fatti rendono l'offerta antieconomica?

Il provvedimento di aggiudicazione è pacificamente revocabile prima del perfezionamento del contratto ma esige la sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico (o una rinnovata valutazione di quelle originarie) particolarmente consistenti e preminenti sulle esigenze di tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che ha diligentemente partecipato alla gara, rispettandone le regole e organizzandosi in modo da vincerla, e richiede, quindi, una motivazione particolarmente convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione comparativa dei predetti interessi.

Il Tar Campania, Napoli, sezione I, con la [sentenza 3 gennaio 2017 n. 56](#), conferma una logica prerogativa delle stazioni appaltanti che non possono proseguire la procedura di assegnazione dell'appalto qualora emerga, con chiara evidenza, la sua antieconomicità e, pertanto, l'inaccettabile contrasto rispetto ai principi dell'interesse pubblico che deve presidiare l'azione amministrativa.

2

Se la procedura negoziata sottosoglia è preceduta da una manifestazione di interesse, è consentito l'invito al gestore uscente?

Se la scelta dei concorrenti è una manifestazione della volontà discrezionale dell'Amministrazione il principio di rotazione ristabilisce un equilibrio tra gli operatori economici. Le procedure negoziate sottosoglia precedute da un avviso pubblico di manifestazione di interesse, possono percorrere due strade a seconda della volontà della s.a. che intende restringere il numero degli invitati che hanno presentato la manifestazione di interesse, oppure se intende invitare tutti gli operatori che hanno manifestato interesse. In quest'ultimo caso non operando alcuna scelta, è possibile invitare anche il precedente operatore. (Linee-guida ANAC n. 4 - TAR Venezia, 26.03.2021 n. 389).

Come costantemente ribadito dalla giurisprudenza lo scopo dell'applicazione del principio di rotazione è volto ad evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio (Cons. Stato, VI, 4 giugno 2019, n. 3755), evitando che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerta e, così, posti in competizione tra loro (Cons. Stato, V, 12 giugno 2019, n. 3943; 5 marzo 2019, n. 1524; 13 dicembre 2017, n. 5854)" (Cons. Stato, Sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8030).

3

Il contratto di avvalimento che non preveda indicazione espressa del corrispettivo è illegittimo?

Il contratto di avvalimento è un contratto a titolo oneroso ciò in quanto l'onerosità del contratto è ritenuta indice della effettiva concessione delle risorse da parte dell'ausiliaria a favore della concorrente. In ogni caso, la mancanza della previsione espressa di un corrispettivo non determina l'illegittimità del contratto di avvalimento se comunque dal testo contrattuale emerge l'interesse – di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale – che ha indotto l'ausiliaria medesima ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità.

4

Quando è ammissibile la correzione d'ufficio dell'offerta economica?

Nella materia degli appalti pubblici vige il principio generale della immodificabilità dell'offerta, che è regola posta a tutela della imparzialità e della trasparenza dell'agire della stazione appaltante, nonché a ineludibile tutela del principio della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici. Le offerte economiche però, intese come atto negoziale, sono suscettibili di essere interpretate in modo tale da ricercare l'effettiva volontà del dichiarante, senza peraltro attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente.

Per tale ragione, secondo l'univoca giurisprudenza, sarebbe consentito alla stazione appaltante correggere eventuali errori materiali purché vi sia la prova certa che si tratti effettivamente di un refuso, dovendo escludersi che per tale via si possa addivenire alla modifica dell'offerta, in violazione del principio della par condicio tra i concorrenti.

5

In una procedura da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, possono essere oggetto di valutazione sia le proposte migliorative che le varianti progettuali?

"Si entrambe possono essere oggetto di valutazione. Negli atti di gara, la stazione appaltante prevede i criteri e i sub criteri di valutazione ed il relativo peso ponderale. Resta inteso che le soluzioni migliorative, possono essere inserite nell'offerta anche senza una precisa richiesta negli atti di gara, per le varianti progettuali, deve esserci uno specifico riferimento negli atti di gara".

Le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla Pubblica Amministrazione, pur tuttavia consentito (cfr ex multis Cons. di Stato, V, 24 ottobre 2013, n. 5160; Cons. di Stato, V, 20 febbraio 2014, n. 819; Cons. di Stato, VI, 19 giugno 2017, n. 2969; Cons. di Stato, III, 19 dicembre 2017, n. 5967; Cons. di Stato, V, 18 febbraio 2019, n. 1097; Cons. di Stato, V, 15 gennaio 2019, n. 374).

6

La redazione del DUVRI può rientrare nei casi di incompatibilità di cui all'art. 77 comma 4 del D.Lgs. 50/2016?

Secondo il Tar Puglia sez. II, sentenza del 12 dicembre 2020 n. 1613, "il D.U.V.R.I. non si può considerare un documento inerente all'appalto. Non è infatti un capitolato (tecnico), né un disciplinare (amministrativo), rispetto all'indetta procedura di evidenza pubblica e al contratto di appalto da sottoscrivere."

La sua predisposizione in fase di gara gli attribuisce una mera funzione illustrativa e, soltanto in fase di esecuzione del contratto, detto documento acquisirà la sua valenza specifica anche in seguito agli aggiornamenti dovuti alle valutazioni dei rischi da interferenza da parte degli esecutori dell'appalto.

7

Se i tempi di una gara si protraggono, come ad esempio è successo in questo lungo periodo di emergenza sanitaria, con la sospensione dei termini ex lege, la validità delle offerte, slitta automaticamente in avanti nel tempo?

La stazione appaltante deve chiedere conferma al concorrente, relativamente alla sua volontà di prorogare la validità dell'offerta presentata, come anche per le garanzie fideiussorie. Il concorrente dovrà quindi produrre dei documenti integrativi per manifestare la sua volontà a prorogare tali termini (Tar Toscana, Sez. II, 19/03/2021, n. 406)

8

Negli atti di una gara telematica, cosa succede se la stazione appaltante fa riferimento alle sedute pubbliche per l'apertura delle offerte, e successivamente sul portale che gestisce la gara, non attiva la funzione della seduta pubblica, (laddove prevista)?

In estrema sintesi si ricorda che la pubblicità delle sedute di gara ha una valenza generale in quanto non esaurisce la sua funzione nella constatazione che i plichi e/o le offerte non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è anche destinata a garantire che la documentazione di offerta trovi correttamente ingresso nella procedura in un'ottica di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa (cfr., tra le altre, Consiglio di Stato, Sez. V, 20 luglio 2016 n. 3266) ma, l'utilizzo delle procedure telematiche ha semplificato tutto l'iter garantendo l'adeguata conservazione dei documenti, il rispetto di un procedimento con una cronologia prestabilita nelle sue fasi ed azioni. Considerando che tutte le operazioni di gara sono tracciate, sia nella fase di esame della documentazione amministrativa, che nella fase di valutazione delle offerte, non è più necessario che le sedute di gara siano pubbliche.

L'esclusione automatica nel decreto semplificazioni

IN
PIL
LOLE

Il Decreto Semplificazioni (convertito in L. 11/09/2020, n. 120) ha introdotto una disciplina sostitutiva (e speciale) a tempo – fino al 31.12.2021 – in relazione agli appalti pubblici sotto soglia da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso:

"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 individuata ai sensi dell'articolo 97, commi 2, 2-bis e 2-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque" (Art. 1, comma 3, Decreto Semplificazioni).

La ratio di tale disciplina emergenziale non è da individuarsi nel testo di legge nella tutela delle gare rientranti nell'ambito dell'emergenza sanitaria, ma più genericamente ai fenomeni emergenziali indotti da quest'ultima, quindi senza distinzione di settori. I caratteri distintivi di tale disposizione sono:

si tratta di una disciplina a tempo (fino al 31 dicembre 2021); si applica agli appalti pubblici sotto soglia da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso; si applica in caso di offerte ammesse in numero pari o superiore a 5, nei confronti di quelle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata a norma del d.lgs. 50/2016; infine si applica a prescindere dalla indicazione di una clausola ad hoc nella lex specialis di gara.

Sul punto non sono mancate pronunce giurisprudenziali, divergenti tra loro.

Il TAR Puglia, con sentenza 22 gennaio 2021, n. 113 ha rigettato il ricorso di un'impresa che aveva lamentato la violazione dell'art. 1, comma 3 del D.L. n. 76/2020 nella parte che prevede l'esclusione automatica dalla gara delle offerte anomale, ritenendo il ricorso infondato perché il citato articolo 1, che deroga alcune norme del Codice dei contratti, non era espressamente previsto nella lex specialis di gara.

Tale orientamento ha trovato il suo fondamento anche nella sentenza della Corte europea 2 giugno 2016, C-27/15 con cui quest'ultima ha enunciato il seguente principio di diritto: *"Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice"*.

L'intervento del TAR Lazio con sentenza 19 febbraio 2021, n. 2104, sull'esclusione automatica prevista

dal Decreto Semplificazioni, si pone invece in chiaro contrasto con il TAR Puglia.

Nel caso di specie, l'impresa ricorrente era risultata aggiudicataria della procedura di gara e, successivamente un'altra concorrente della procedura, faceva notare alla stazione appaltante che non era stata applicata l'esclusione automatica come prevista dall'art. 1, comma 3 del Decreto Semplificazioni.

Di conseguenza, la stazione appaltante ha riconvocato tutti gli operatori partecipanti, comunicando loro l'errore materiale e la necessità di ricalcolare la soglia di anomalia delle offerte.

Risultato di questa procedura è stata l'esclusione della precedente aggiudicataria.

Per il ricorrente la previsione in atti del riferimento all'art. 97 comma 8, non lascerebbe spazio ad applicazione di norme diverse da quelle previste nei documenti di gara, per cui essendo pervenute cinque offerte, la stazione appaltante, correttamente, non avrebbe applicato l'esclusione automatica.

Il TAR Lazio, con una decisione opposta a quella del TAR Puglia, afferma *"nelle procedure prese in considerazione da quest'ultima previsione il meccanismo di esclusione automatica ivi configurato opera obbligatoriamente, senza necessità di inserimento negli atti di indizione delle procedure stesse; in altri termini, esso non è oggetto di una facoltà liberamente esercitabile dalla stazione appaltante, come si desume dal chiaro tenore letterale della norma e, in via sistematica, dal favor per la procedura negoziata ricavabile dall'art. 1, co. 2, d.l. cit. (come rilevato dalla parte controinteressata, ipotizzare l'introduzione di una mera facoltà vanificherebbe lo scopo di semplificazione sotteso alla normativa in esame, posto che alla riduzione del numero di operatori invitati non conseguirebbe la possibilità di ricorrere a un automatismo per escludere le offerte anomale: la norma sarebbe, infatti, posta a tutela del duplice interesse a garantire l'affidabilità dei contraenti con la pubblica amministrazione e ad assicurare che tale affidabilità sia accertata "in tempi compatibili con un sollecito svolgimento della procedura di gara"; in questa ottica, non giova alla ricorrente invocare la circolare Mit del 18.11.2020, n. 45113, nella parte in cui afferma che per gli appalti sotto soglia "è stata ampliata la possibilità di esclusione automatica", trattandosi di una*

precisazione che, se intesa nel senso voluto dalla ricorrente medesima, sarebbe da disapplicare)".

Questo indirizzo trova supporto in una condivisibile recente pronuncia del T.A.R. Piemonte 17 novembre 2020, n. 736, alla stregua della quale, in caso di procedura negoziata "in deroga" (ex art. 1 d.l. n. 76/2020), il tenore dell'art. 1, co. 3, d.l. cit. non lascia "margine di scelta alla stazione appaltante", obbligata a procedere all'esclusione automatica (anche perché "se l'intero obiettivo della disciplina è quello di semplificare l'andamento delle gare [...], l'esclusione automatica sottosoglia risulta certamente coerente con tale obiettivo") pure in mancanza di enunciazione negli atti gara, trattandosi di una soluzione che "oltre a non trovare riscontro nel dato letterale di legge, che pare piuttosto idonea, ove necessario, ad eterointegrare la disciplina di gara, non risulterebbe nuovamente funzionale all'obiettivo di celerità delle procedure poiché inserirebbe una, ennesima, previsione di carattere facoltativo con onere di motivazione circa la scelta effettuata (esclusione automatica o meno) in un contesto di atti generali quali le leggi di gara, che fisiologicamente si presterebbe poi a contestazioni circa l'opportunità e/o la sufficiente giustificazione della scelta, con effetti nuovamente potenzialmente opposti al dichiarato fine di rendere celere ed automatico l'esito della procedura".

Il Tar Piemonte, con la sentenza n. 736 del 2020, ha chiarito che – nel momento in cui le stazioni appaltanti optino per l'aggiudicazione al prezzo più basso sulla base del D.L. Semplificazioni – le stesse PA debbano procedere all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 97, commi 2, 2 bis e 2 ter, d.lgs. n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque.

Di sicuro la norma in esame, coglie il nobile intento del legislatore di semplificare le procedure di negoziazione in un momento storico caratterizzato da stasi, emergenza sanitaria e rallentamenti indotti da quest'ultima, ma ciò che ingenera incertezza purtroppo, e lo si desume dai casi giurisprudenziali esaminati, è il contesto normativo in cui si inserisce, prevedendo durate temporali a scadenza e riferimenti a soglie e procedure determinate che lasciano gli operatori del settore (concorrenti e stazioni appaltanti) sempre più disorientati.



MEDIAAPPALTI

Guida pratica in materia di appalti pubblici

Mediappalti ora è disponibile on line

Abbonati su www.mediappalti.it

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

MEDIAAPPALTI

Pubblicità: pubblicita@mediappalti.it

Servizio Abbonamenti: abbonamenti@mediappalti.it

**Medi
Graphic**

Redazione: Mediagraphics s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)

Tel. 0883.527171 - Mail: redazione@mediappalti.it

i seminari in programma 2021

SEMI
NA
RI

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

Per conoscere le date aggiornate visitate il sito www.mediaconsult.it

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



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!