Rivista mensile - Anno XI, Numero 4

giugno 2021

MEDIAPPALTI

Decreto Semplificazioni 2021: E' la volta buona (non solo per l'attuazione del PNRR)?

Novità dall'ANAC in tema di modifiche al contratto in corso di esecuzione

E' vera semplificazione? Nota a margine alla sentenza del Tar Palermo n. 14 maggio 2021, n. 1536

"Guida pratica in materia di appalti pubblici"

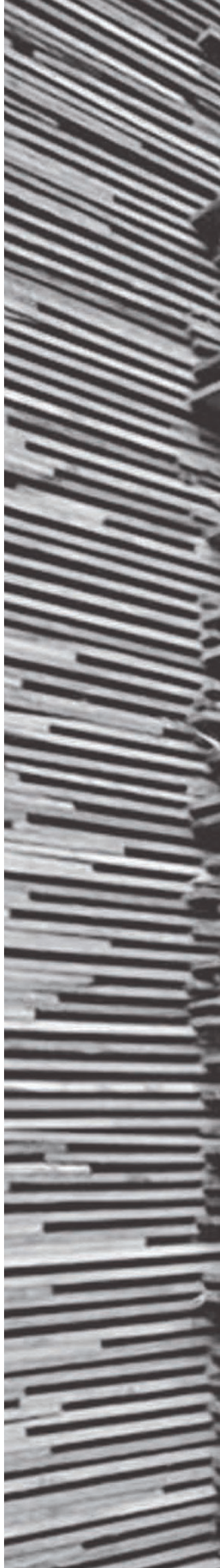
Media Graphic

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

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

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

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



approfondimento
aggiornamento
giurisprudenza
informazione
consulenza
normativa

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

giugno
2021

EDI
TO
RIALE

Devozione

Chi glielo spiegherà ad Eitan? Che parole userà? Come glielo spieghi ad un bambino di cinque anni che nella sua vita non ci sarà più una mamma, un papà, un fratellino? Queste cose non si possono spiegare. Non c'è nulla da comprendere. Ti ci puoi arrovellare fino allo sfinimento senza arrivare da alcuna parte. Si prendono per quello che sono: brutali e crudeli fatti di cronaca che ci si incollano addosso e non te ne potrai più sbarazzare.

La tragedia del Mottarone arriva in una giornata di festa: i dati della pandemia sempre più confortanti; le riaperture sempre più vicine. L'impianto che si è portato via la vita di quattordici persone era rientrato in funzione da poche ore. Sono le prime risalite verso la vetta. I primi tentativi di tornare alla normalità.
Il Mottarone, come aveva fatto il Morandi, riporta in auge il tema della sicurezza. Lo fa alla vigilia dell'attuazione del Recovery Fund facendo storcere il naso a qualcuno. Si riflette sulla manutenzione delle infrastrutture. Il palco è quello di UnoMattina. Interviene il presidente ONLIT Dario Balotta. "Vogliamo fare nuove strade, nuove ferrovie e non siamo in grado di gestire i 100mila chilometri di strade, i 25mila chilometri di ferrovie, le migliaia di impianti a fune", afferma invocando la necessità di una costante cura per mantenere in efficienza le infrastrutture. Meno nuove opere e più manutenzione per quelle già in dotazione è il suo suggerimento.
Una formula del genere dovrebbe far presumere che le 57 grandi opere previste nel Recovery non siano davvero necessarie. Ne potremmo fare a meno per concentrarci su altro. Ma è vero? E' vero come afferma qualcun altro che si tratta di opere dalla qualità incerta, che giacevano nei cassetti, "promesse in svariate campagne elettorali", come sostiene Roberta Carlini su Internazionale? Può darsi. Ma è anche vero che in meno di un anno non è realisticamente pensabile che si potessero progettare da zero opere che si devono chiudere in un quinquennio.

Tra le infrastrutture che si andranno ad appaltare ci saranno di certo progetti datati. Ma è proprio questo il punto: il Recovery offre la possibilità di realizzare opere a cui altrimenti avremmo dovuto rinunciare per sempre. Non ancora cantierizzate, non perché non necessarie, ma per la scarsità delle risorse e per i labirintici processi burocratici. Il Recovery supera entrambi gli ostacoli. Non sarà tutto facile.

C’è tensione. Ma anche ottimismo. “Ma se finora per fare grandi opere ci abbiamo messo quindici anni, perché ora dovremmo credere che riusciremmo a completarle in cinque?” chiede Marco Galluzzo al Ministro Enrico Giovannini sulla versione digitale del Il Corriere della Sera. La risposta del titolare del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili è semplice, disarmante, rassicurante: “Nel Piano abbiamo messo opere che riteniamo realizzabili in un quinquennio”.

E così, a fine 2026 erediteremo dal Recovery 57 grandi opere: strade, ferrovie, porti, impianti idrici e caserme. Un traguardo importante, ma non esattamente un punto d’arrivo. Questo traguardo coincide con una nuova linea di partenza. La manutenzione.

L’argomento è cruciale. Non basta costruire. Non basta farlo seguendo tutti i criteri e utilizzando i materiali migliori. Tutto è sottoposto al deterioramento, sin dalla posa della prima pietra. E’ un processo lento e costante che va seguito con un lavoro paziente e scrupoloso. Un’equazione che dovrebbe essere il primo dei comandamenti che ogni gestore dovrebbe onorare. Con lui ogni tecnico chiamato alle verifiche, ogni funzionario al vertice degli organi di vigilanza.

Mottarone, Morandi e tanti altri drammi non possono essere riconducibili alla responsabilità di un solo nome. Il sistema di vigilanza e controlli esiste. Tali tragedie sono la somma di molteplici atteggiamenti illegali e incoscienti. Una concentrazione di comportamenti sconsiderati e omertosi che si nascondono nell’ombra dell’errore umano. Un uomo può sbagliare e trascurare i segnali di pericolo, ma un tecnico lo deve rilevare ed un funzionario deve prenderne le conseguenti decisioni. Se in un sistema così organizzato si arriva comunque all’incidente abbiamo la somma di tre errori umani e non si dovrebbe nemmeno parlare di incidente. Un incidente, come si legge sul vocabolario Treccani, si intende un “avvenimento inatteso che interrompe il corso regolare di un’azione”. La parola chiave è “inatteso”. Ma non è inatteso un sinistro che occorre a chi si mette in auto consapevole che la stessa presenta importanti problemi strutturali. E’ un folle se ci si mette alla guida. Un criminale se permette che altri la utilizzino.

Oggi abbiamo la tecnologia per un monitoraggio accurato della salute delle infrastrutture. Dobbiamo saperla utilizzare. Un sapere che deve connettere le competenze tecniche alla coscienza. Se ci sono segnali di pericolo, bisogna saperli leggere, avere la prontezza di intervenire, il coraggio di opporsi ed imporsi ai poteri che vorrebbero il contrario. Il Morandi e il Mottarone nei giorni in cui hanno fatto irruzione sulle pagine di cronaca sarebbero dovuti essere chiusi. Lo dicono i risultati dei controlli post tragedia, ma soprattutto i referti precedenti.

Abbiamo a disposizione tecnologie sofisticate per diagnosticare tragedie come queste. Ma se alla precisione delle macchine non si affianca la responsabilità dell’uomo, non abbiamo fatto alcuna conquista sul fronte della gestione del rischio. Chi avrebbe dovuto chiudere l’impianto? È possibile, a fronte di una diagnosi tecnica che segnala anomalie, permettere ad un impianto di continuare a funzionare?

Chi glielo si spiega a tutti gli Eitan in cerca di una risposta che la loro vita è stata depredata perché qualcuno non ha fatto il proprio dovere? Se non comprendiamo che le nostre azioni, omissioni, distrazioni possono avere gravi conseguenze, avremo tanti altri Morandi e Mottarone. Li potremmo evitare se imparassimo che un lavoro, qualsiasi lavoro, dovrebbe essere eseguito con competenza, attenzione, dedizione, consapevolezza: devozione.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

Devozione **4**

In evidenza

Decreto Semplificazioni 2021: è la volta buona (non solo per l'attuazione del PNRR)? **7**

Sotto la lente

Novità dall'ANAC in tema di modifiche al contratto in corso di esecuzione **12**

Il Punto

E' vera semplificazione? Nota a margine alla sentenza del Tar Palermo n. 14 maggio 2021, n. 1536 **20**

Revoca dell'aggiudicazione e recesso dal contratto **26**

Il ruolo del broker assicurativo per la tutela degli interessi pubblici **32**

Grave illecito professionale, il processo di valutazione discrezionale a cura dell'Amministrazione. I presupposti e le finalità **40**

Imprese in crisi e gare pubbliche: l'Adunanza Plenaria fà il punto **46**

Pareri & Sentenze **55**

A Domanda Rispondiamo **61**

In pillole **65**

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

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

Hanno collaborato a questo numero:

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

Avv. Francesca Scura
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Avv. Giuseppe Totino
Esperto in infrastrutture e contratti pubblici

Avv. Alberto Pappalardo
esperto in contrattualistica pubblica.

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

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

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

Avv. Emanuela Pellicciotti
Esperta in infrastrutture e contratti pubblici

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in appalti pubblici

Decreto Semplificazioni 2021: è la volta buona (non solo per l'attuazione del PNRR)?

di Stefano de Marinis

IN EVIDENZA

Premessa

Sulla Gazzetta ufficiale dello scorso 31 maggio (s.o. n.129) è stato pubblicato il decreto legge di pari data, n.77, intitolato *Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*.

Trattasi del cosiddetto "**Semplificazioni bis**" che, nel pieno rispetto della tabella di marcia fissata dal Governo nei documenti inviati a Bruxelles a fine aprile, interviene sul quadro legislativo vigente con una serie di veri e propri bypass destinati a garantire la pronta realizzabilità, spesso visivamente evocata in termini di "messa a terra", degli investimenti; a cominciare (ma non solo) da quelli riconducibili al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

Semplificazioni bis: un intervento di ampia portata in continuità con il "semplificazioni" 2020 e lo "sbloccacantieri" 2019

Il provvedimento vuole intercettare i segnali di ripresa che anche i recenti dati diffusi dall'Istat sembrano confermare, finalizzando in tal senso le risorse senza precedenti che sorreggono l'intera manovra ispirata dall'Europa. L'attuazione del PNRR, infatti, può contare non solo sui 209 miliardi di *Next Generation EU*, ma anche sui fondi resi disponibili, a livello nazionale, dal Piano Complementare (PNC), dotato di oltre trenta miliardi, e su quelli a valere sull'ordinario bilancio UE che, oltre al periodo 2021-2027, possono attingere anche ai residui degli anni 2014-2020, rendicontabili fino a fine 2023.

Per molti aspetti il decreto semplificazioni bis si pone in continuità con il "semplificazioni" (decreto legge 76/2020) dello scorso anno - stesso periodo e quasi stesso numero - e con lo "sbloccacantieri" 2019 (decreto legge 32/2019); trattasi di un testo di ben 67 articoli, con ampio ambito applicativo che investe non solo il codice dei contratti pubblici, ma anche la disciplina ambientale, il procedimento amministrativo e la digitalizzazione della pubblica amministrazione.

Oltre alla cosiddetta *Governance*, e cioè alle strutture che dovranno garantire l'attuazione del Piano e gli obiettivi della spesa, ed agli interventi di portata generale sulle altre normative di settore di cui si è appena detto, il semplificazioni bis interviene anche su numerosi contesti specifici: dall'economia circolare, alla sistemazione idraulica e forestale delle aree a rischio idrogeologico; dagli incentivi per l'efficienza energetica e la rigenerazione urbana, alla perequazione infrastrutturale del mezzogiorno, incluse le aree interne e le Zone Economiche Speciali (ZES); dagli interventi per la costruzione, riqualificazione e la messa in sicurezza degli edifici pubblici ad uso scolastico, ai programmi di edilizia sanitaria; dall'attuazione della piattaforma nazionale per l'emissione e la validazione delle certificazioni verdi COVID-19, alla semplificazione delle procedure di valutazione dei progetti legati alla ricerca e alle regole sulla sicurezza delle infrastrutture ferroviarie, stradali ed autostradali. Ciò colloca il decreto 77 tra quelli destinati a mantenere nel tempo autonomo e significativo rilievo.

Cancellato il ripristino di un regolamento a valle del Codice voluto dallo "sbloccacantieri"

1. L'impatto sulla disciplina dei contratti pubblici

Volendo circoscrivere l'esame dei relativi contenuti al versante della contrattualistica pubblica, in particolare dalla prospettiva di ciò che ancora oggi rappresenta il d.lgs. 50/2016, rileva anzitutto la cancellazione della previsione dello "sbloccacantieri" che, a valle del Codice, intendeva ripristinare un regolamento.

In tal senso dispone, infatti, l'articolo 52, in linea con l'obiettivo di riscriverne per intero logiche e contenuti, in attuazione di una delega in tal senso da attribuire al Governo entro fine anno, come riportato a pagina 76 (di 318) del PNRR. Tale obiettivo non pare peraltro destinato a sostanziarsi prima del 2023, considerati i tempi realistici per la scrittura e l'adozione di un nuovo Codice, cosicché, nel frattempo, il decreto 77 viene a definire, nei fatti, **tre distinti ambiti** di regolazione della materia: quello imperniato sul vigente testo del Codice appalti, riguardante allo stesso modo lavori forniture e servizi; quello che innesta sul Codice appalti una serie di temporanee previsioni "in deroga", prevalentemente riferite ai lavori, da ultimo traguardate a giugno 2023 per le ragioni testé illustrate; quello diretto all'attuazione del PNRR, fondato sul semplificazioni bis, che peraltro comprende al suo interno una lista di 10 opere super prioritarie assistite da un regime ulteriormente semplificato.

Del primo fa parte la nuova disciplina del subappalto ed il ripristino in capo ad Anac di tutte le competenze inerenti la Banca Dati Nazionale sui contratti pubblici, con i relativi processi di raccolta e comunicazione dei dati rilevanti a cura delle stazioni appaltanti e riscontro delle dichiarazioni rese dagli operatori economici, inclusa l'introduzione del cosiddetto **fascicolo virtuale** delle imprese.
Del secondo la ridefinizione dell'ambito degli affidamenti diretti e la conferma degli istituti introdotti dal "semplificazioni" 2019, a cominciare dal Collegio Consultivo Tecnico, che per altro viene addirittura rafforzato, ed inclusa la disciplina della sospensione e del riaffidamento dei lavori di importo comunitario, oltre beninteso al regime di responsabilità erariale limitata al dolo nel caso di comportamenti attivi.

Tre ambiti di disciplina per i contratti pubblici

Del terzo ambito, esclusivamente riferito agli interventi riconducibili al PNRR, fanno parte la possibilità di affidare i contratti anche sulla base del solo progetto di fattibilità tecnico economica, i requisiti aggiuntivi per gli operatori economici che intendono prender parte all'affidamento di tali, progetti, che dovranno dimostrare l'effettiva osservanza delle vigenti

normative in materia di pari opportunità generazionali e di genere, punteggi premiali per l'utilizzo di tecniche di progettazione in BIM, il chiarimento delle previsioni riguardanti la validazione, da parte del RUP, di ciascuna fase progettuale e di esecuzione, attività che costituisce altro rispetto a quella già prevista dal Codice dei contratti, andando in questo caso a sostituire, oltre all'intero discusso regime ultra derogatorio ispirato al cosiddetto modello Genova di cui all'articolo 2, comma 4, del precedente semplificazioni (unica previsione a non essere prorogata a giugno 2023), quanto già previsto dal decreto 76/2020.

Nuove regole sul subappalto in due tempi: adeguamento UE dal 1° novembre (con qualche residuo dubbio?)

2. Le innovazioni apportate alla disciplina generale

Relativamente al **subappalto**, che di recente unitamente al tema del massimo ribasso ha animato in modo inatteso il dibattito anche tra quanti usualmente non coltivano interesse specifico per la materia dei contratti pubblici, posto che, come è noto, la modifica della vigente disciplina, più volte rinviata in passato, era da tempo richiesta dall'Europa, che con tre decisioni della Corte di Giustizia aveva censurato soprattutto l'esistenza dei limiti quantitativi fissati per legge, la questione viene affrontata all'articolo 49 con una manovra in due tempi: fino al prossimo 30 ottobre le preesistenti soglie sono accorpate e complessivamente portate a non più del 50% dell'importo contrattuale; ciò a fronte di una riformulazione, ancor più puntuale di quanto già previsto dal comma 14 dell'articolo 105 del Codice, in tema di garanzie applicabili alle maestranze del subappaltatore, equiparate in tutto a quelle dell'operatore principale. Sempre nell'ottica europea, che se trascurata comporta il rischio della perdita, almeno in parte, dei finanziamenti comunitari, l'intervento sul comma 14 cancella anche il limite massimo di scostamento (20%) tra prezzo d'appalto e di subappalto.

Dal 1° novembre avranno poi corso regole più vicine all'impostazione comunitaria - che considera il subappalto strumento destinato anzitutto a favorire la crescita delle PMI altrimenti escluse da determinati mercati, non già istituto tendenzialmente criminogeno - in forza delle quali sarà la stazione appaltante a determinare, volta per volta, quali lavorazioni escludere dalla possibilità di subappalto per specifici motivi; ciò fermo restando il divieto di subappalto totale, espressamente introdotto dal decreto 77, e l'aggiunta della responsabilità solidale del subappaltatore verso la stazione appaltante, previsione questa che genera non poca perplessità dato che, così facendo, si incide sulla figura civilistica del subappalto, andandola a confondere con istituti diversi, come ad esempio il mandato, a sua volta alla base di distinti istituti giuridici utilizzati nel campo degli appalti pubblici, primo tra tutti l'associazione temporanea di imprese.

Rimane peraltro in piedi, oltre il 1° novembre 2021, un assai dubbio divieto generale di affidamento a terzi della *prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera*, disposizione che genera ulteriore perplessità dato che, in questo modo, permane un'importante limitazione nel ricorso all'istituto fissata per legge.

Restando agli interventi sul codice di portata generale, peraltro qui strettamente connessi al tema della digitalizzazione delle procedure, rileva, all'articolo 53 del semplificazioni bis, il recupero in capo alla Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici dell'ANAC dell'unicità della gestione di tutti gli aspetti più rilevanti discendenti dall'attuazione delle commesse, che le stazioni appaltanti sono tenute a comunicare, a partire da quanto necessario alla verifica dei requisiti degli operatori economici che partecipano alle gare ed eseguono i contratti pubblici; ciò mediante la riformulazione degli articoli 81 e 29 del d.lgs. 50/2016, anche in attuazione della regola cosiddetta del *once only*, che l'articolo 264, comma 2, del decreto Rilancio, n. 34/20, aveva già esplicitato e reso cogente.

Torna in capo ad Anac l'unica Banca Dati dei contratti pubblici

Relativamente al tema delle verifiche, trattasi dell'evoluzione del sistema già noto come AVCPASS,

iniziativa partita nel 2013 peraltro mai completata e resa realmente efficace sia per la limitata consapevolezza e convinzione sulla necessità di puntare effettivamente sul digitale per velocizzare i processi, sia per le difficoltà riscontrate con i titolari delle banche dati, restii a rendere direttamente disponibili, anche per le sole finalità di rapido riscontro delle qualifiche degli operatori economici, quanto in esse contenuto, sia, infine, per un'impostazione giuridica che azzerava l'effetto ultrattivo che l'esito di ogni riscontro era in grado di determinare anche in ulteriori analoghi procedimenti da gestirsi nell'arco temporale di validità dell'accertamento stesso.

La novità del "fascicolo virtuale" dell'operatore economico

Con le modifiche introdotte si perviene alla piena attuazione del sistema, altresì formalizzando l'esistenza di un vero e proprio fascicolo informatico contenente tutta la documentazione di fonte pubblica riveniente in via diretta da autorità certificanti, o privata, quale quella caricata nel fascicolo dai singoli operatori interessati, in base alla quale ciascuna stazione appaltante potrà ora verificare in tempo reale la veridicità delle dichiarazioni rese, così come il permanere dei requisiti richiesti anche nel corso dell'esecuzione dei contratti.
Da notare che tramite la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici, l'ANAC curerà altresì la pubblicazione in sede europea di quanto previsto dall'articolo 73 del Codice dei contratti.
L'articolo 53 altresì modifica l'articolo 77, comma 2, del Codice, trasformando la pregressa facoltà in un "di regola" per l'operatività da remoto delle Commissioni giudicatrici.

3. Disciplina in deroga: "sbloccacantieri" 2019 e "semplificazioni" 2020 prorogati a giugno 2023

Tra le iniziative volte a traguardare al 30 giugno 2023 la normativa in deroga al codice voluta dal "semplificazioni" 2020, ancor prima dallo "sbloccacantieri" 2019, l'articolo 51 del decreto 77 amplia gli ambiti applicativi degli **affidamenti diretti** per il caso di forniture e servizi, recuperando quanto già contenuto nella prima versione del decreto 76, ulteriormente ritoccando in rialzo, fino a 139.000 euro, la soglia attualmente fissata a 75.000, a seguito del testo di conversione del predetto decreto; per i lavori, le modifiche riguardano le fasce d'importo rilevanti in rapporto al numero di operatori economici da invitare alle procedure negoziate, con l'unificazione a dieci per tutti i contratti pari o superiori al milione di euro.

Quanto al **Collegio Consultivo Tecnico**, l'innovativo strumento introdotto dal "semplificazioni" 2020 per favorire la rapida attuazione degli investimenti, scongiurandone il blocco ovvero supportando il riavvio dei lavori sospesi, risulta confermato e per di più rafforzato. A fronte, infatti, della scarsa attenzione fin qui registrata, se non, in qualche caso, addirittura del quasi ostracismo attuato da alcune stazioni appaltanti, che peraltro il MIT aveva cercato di superare, l'articolo 51 introduce sanzioni nei confronti delle parti che vedano confermate dagli organi giurisdizionali le indicazioni dei collegi da essi inutilmente contestate, rende possibile la designazione dei componenti dei collegi anche tra quanti hanno con le parti rapporti di lavoro o consulenza, altresì trasforma la linea guida adottata dal Consiglio Superiore dei LLPP nello scorso gennaio in decreto Ministeriale, prevedendo anche l'istituzione, presso lo stesso Consiglio, di un'apposita banca dati per monitorare il numero degli incarichi.

4. Attuazione PNRR e disciplina ad hoc:

Completano il quadro delle modifiche più significative in tema di contratti pubblici, qui peraltro riferite agli investimenti finanziati, in tutto o in parte, con le risorse del PNRR, del corrispondente Piano Nazionale e degli altri fondi Europei, a parte una disciplina speciale per quel che riguarda VIA, VAS e Sovrintendenze, con meccanismi appositi per il superamento dei dissensi o l'attuazione di interventi sostitutivi: la possibilità di affidare i lavori anche ponendo **a base di gara il solo progetto di fattibilità tecnica ed economica**, con acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta o, in alternativa, con offerte aventi a oggetto la realizzazione del progetto definitivo, del progetto esecutivo e il prezzo; l'utilizzo di strumenti ad hoc per il superamento di ipotesi di dissenso, ovvero l'ampio ricorso all'esercizio dei poteri sostitutivi previsti dalla legge 241/90

in caso di inerzia, ovvero di mancata osservanza delle prescritte tempistiche per tutte le fasi di approvazione dei progetti ed esecuzione dei relativi lavori; la previsione di premi di accelerazione di importo corrispondente a quello delle penali che, in deroga alla disciplina generale, potranno d'ora in poi raggiungere il 20% dell'importo contrattuale.

Resta da dire del tema **Governance** ovvero delle strutture che dovranno garantire l'attuazione del PNRR e gli obiettivi della spesa. Al riguardo rileva anzitutto la definizione delle sedi e degli strumenti di intervento che non risultano esser legati alla durata della legislatura ma all'attuazione dell'intero programma, comunque non oltre dicembre 2026. In questo quadro oltre al preminente ruolo del Presidente del Consiglio e del Ministro del l'Economia, rilevano nuove figure centrali quali: la *Cabina di regia*, incardinata a Palazzo Chigi con poteri di indirizzo, impulso e coordinamento generale sull'attuazione degli interventi; il *Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale*, dove siedono stabilmente rappresentanti delle parti sociali, del Governo territoriale, delle categorie produttive, dell'università, della ricerca e della società civile, con funzioni consultive nelle materie e per le questioni connesse sia verso la stessa Cabina che verso il *Servizio centrale per il PNRR*; quest'ultimo Ufficio, da costituirsi presso il MEF quale punto di contatto nazionale verso la Commissione per l'attuazione del PNRR, al quale sono riservati i compiti di coordinamento operativo, monitoraggio, rendicontazione e controllo del Piano, è responsabile della gestione del Fondo di Rotazione del *Next Generation EU-Italia* previsto dalla legge di Bilancio del 2021 per garantire fluidità all'utilizzo delle risorse comunitarie che, come è noto, perverranno per *step*, fatta eccezione per la prima tranche relativa all'anticipazione. Ancora da segnalare le funzioni di supporto alla Cabina di Regia e al Tavolo per il Partenariato assicurate dalla *Segreteria Tecnica* della Presidenza del Consiglio, quelle di Audit assegnate ad un apposito ufficio presso l'Ispettorato Generale per i Rapporti finanziari con l'Unione Europea della Ragioneria dello Stato, e l'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento dell'efficacia della regolazione istituita presso la Presidenza del Consiglio. Il coordinamento della gestione, del monitoraggio, della rendicontazione e del controllo dei singoli interventi spetta, infine, a ciascuna amministrazione centrale che ne sia titolare.

5. Conclusioni

Conclusivamente non può peraltro essere tralasciata la considerazione secondo la quale, per dare senso all'ambizioso programma di rigenerazione della macchina amministrativa e dell'intero Paese che il Governo, tramite il semplificazioni bis, si prefigge di portare a compimento, non solo per dare attuazione al PNRR, manchi, oggi più che mai, un importantissimo tassello: quello delle risorse umane, nuove e qualificate, da immettere al più presto nel sistema, posto che senza di esse qualsiasi grande processo evolutivo è condannato a restare lettera morta.

Al riguardo il provvedimento messo a punto dal Ministero della Funzione Pubblica, approvato venerdì 4 giugno dal Consiglio dei Ministri sotto forma di decreto legge, costituisce il necessario complemento dell'intera manovra, la cui immediata attuazione, una volta ultimato l'iter di conversione, dovrà comportare il massimo e prioritario impegno da parte di tutti.

Novità dall'ANAC in tema di modifiche al contratto in corso di esecuzione

SOTTO LA LENTE

di Francesca Scura

Premesse

L'Autorità Nazionale Anticorruzione, con Comunicato del Presidente del 23 marzo 2021, pubblicato sul proprio sito istituzionale il 16 aprile 2021, ha chiarito, in risposta ad alcune segnalazioni, alcune problematiche applicative dell'articolo 106, comma 12, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 ("Codice"), nel tentativo di favorire la corretta interpretazione e l'uniforme applicazione della disposizione citata.

Sempre su questo tema si è registrato un ulteriore intervento dell'Autorità, che in data 26/03/2021 ha aggiornato le proprie FAQ relative alle varianti contrattuali.

Nell'ambito di tali attività l'Autorità ha avanzato alcune proposte di modifica dell'art. 106, disposizione dal testo evidentemente non cristallino, le quali sono attualmente al vaglio di Parlamento e Governo.

1. Quadro normativo

L'art. 106 del Codice individua, ai commi 1 e 2, le ipotesi di modifica dei contratti di lavori, servizi e forniture consentite senza necessità di ricorrere ad una nuova gara. Al comma 6 è chiarito che "*Una nuova procedura d'appalto in conformità al presente codice è richiesta per modifiche delle disposizioni di un contratto pubblico o di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia diverse da quelle previste ai commi 1 e 2*".

La disciplina dell'art. 106 - applicabile sia ai settori ordinari che a quelli speciali, come previsto dall'art. 114, comma 8 – legittima la stazione appaltante ad approvare una variante/modifica al contratto in corso di esecuzione sempreché la stessa sia in grado di accertare la sussistenza di una o più delle condizioni ivi previste.

In quanto derogatoria rispetto al principio del confronto concorrenziale e alla regola della gara, la modifica contrattuale è rigidamente perimetrata da una serie di presupposti.
In particolare, la disposizione prevede che i contratti possano essere modificati solo se ricorrono le seguenti ipotesi:

1. V. COMUNICATO DEL PRESIDENTE, 23 marzo 2021, "Indicazioni interpretative sull'articolo 106, comma 12, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i., in merito alle modifiche contrattuali fino a concorrenza di un quinto dell'importo del contratto" su https://www.self-entilocali.it/wp-content/uploads/2021/04/Comunicato-Anac_art.-106.pdf

A) *Modifiche previste negli atti di gara*
Il caso riguarda tutte quelle modifiche che, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi. Tali clausole devono però fissare la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti, e in ogni caso non devono apportare modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro.

B) *Lavori, servizi o forniture supplementari*
La nozione di lavori, servizi, forniture "supplementari", dovendo essere interpretata sia in adesione al suo significato letterale, che con il rigore imposto dalla deviazione dalle regole concorrenziali che essa, eccezionalmente, importa, ha riguardo non già a prestazioni meramente aggiuntive, bensì a prestazioni ulteriori, funzionalmente connesse a quella originaria, che la integrino in quanto necessarie (per ragioni sopravvenute) ad assicurare quest'ultima.
L'oggetto della modifica dell'originario contratto deve, inoltre, avere riguardo a lavori, servizi o forniture: "resisi necessari" (per necessità insorta successivamente all'originaria aggiudicazione) e non devono essere già ricompresi nell'appalto iniziale.
In aggiunta alle condizioni di cui sopra, l'art. 106 richiede che la messa a gara comporti, con il possibile cambio di contraente, sia il mancato rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale, ovvero altre difficoltà di tipo economico o tecnico in tal senso, sia notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi per l'ente aggiudicatore.
Come rilevato in giurisprudenza, ciò che occorre motivare non è la generica sussistenza di un vantaggio di tipo tecnico, ma piuttosto la sussistenza di un requisito logicamente simmetrico e speculare, vale a dire la documentata impossibilità di interazione rispetto agli strumenti dell'appalto iniziale. Sul punto è stato precisato che anche la stessa verifica del mancato rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale, ovvero di altre difficoltà di tipo economico o tecnico causate dal cambio di contraente, deve tener conto del fatto che la disposizione in esame è dettata in relazione ad un'estensione che presuppone l'unitarietà dell'oggetto negoziale, e non l'autonomia logistica delle prestazioni aggiunte rispetto a quelle originariamente pattuite.

C) *Varianti per fatti imprevisti e imprevedibili*
Sono sempre possibili se sussistono tutte le seguenti situazioni:
- le varianti derivino da circostanze impreviste o imprevedibili (si tratta di situazioni che originano, a titolo di esempio, da nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità);
- non sia alterata la natura del contratto;
- non si superi il 50% dell'importo originario del contratto (per i settori ordinari).

D) Nuovo contraente
Se un nuovo contraente sostituisce l'aggiudicatario iniziale per una delle seguenti ragioni:
1) una clausola di revisione inequivocabile in conformità alle disposizioni di cui alla lettera A);
2) all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice;
3) nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori.
L'ipotesi in questione, peraltro, costituisce una legittima deroga al principio della incedibilità del contratto a pena di nullità (art. 105 Codice).

E) Modifiche non sostanziali
Oltre alle ipotesi di cui sopra, sono ammesse

2. Consiglio di Stato, sez. III, 7 ottobre 2020, n. 5962.

3. In queste ipotesi il TAR Lazio ha di recente ritenuto incluse anche le modifiche rese necessarie dal contenimento dell'infezione virale da Covid19 (sentenza n. 13539/2020).

modifiche laddove non sostanziali ai sensi del comma 4, ossia ove siano tali da non alterare considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti. In ogni caso, una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte se:
a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;
b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;
c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;
d) un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti alla lett. D) sopra citata.
La modifica sostanziale, peraltro, legittima la S.A. alla risoluzione del contratto (v. art. 108 Codice).
A tali ipotesi di variazioni legittime, il comma 2 dell'art. 106 aggiunge quella correlata alle seguenti circostanze cumulative:
a) le modifiche non comportano il superamento delle soglie fissate all'art. 35 del Codice;
b) l'importo delle modifiche non è superiore al 10% del valore iniziale del contratto ovvero il 15 % del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori, sia nei settori ordinari che speciali, e non alterano la natura complessiva del contratto.

Nei casi di cui alle lettere B) e C), ai sensi del comma 7 del citato art. 106, il Codice consente *per i settori ordinari* la modifica solo se l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50% del valore del contratto iniziale (in caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica).
Per quanto riguarda i settori speciali, invece, in assenza di un espresso richiamo nel comma 12, è ragionevole ritenere che il limite massimo del 50% non trovi applicazione (tale deduzione è oggi confermata, sia pure incidentalmente, dal testo del Comunicato dell'ANAC qui in esame).

Il tetto massimo del 50% per le modifiche contrattuali, previsto dal comma 7 dell'art. 106, si applica solo ai settori ordinari (Comunicato ANAC del 23/3/2021)

2. Il cd. «quinto d'obbligo»

La disciplina codicistica delle modifiche contrattuali non si esaurisce nell'elencazione dei casi di legittimità delle modifiche.
Il comma 12 dell'art. 106 cit., infatti, prevede che, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, la stazione appaltante può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto (si tratta del cd. principio del quinto d'obbligo).
Ciò non impedisce, la possibilità di uno *ius variandi* per importi superiori al quinto, ma ciò richiede il necessario consenso dell'appaltatore oltre che della stessa stazione appaltante, mediante la redazione e approvazione di un atto aggiuntivo al contratto

4. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Sez. VIII, 7/9/2016, C. 549.14) ha chiarito che «il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne derivano ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario apportino alle disposizioni di tale appalto modifiche tali che tali disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse da quelle dell'appalto iniziale", cosa che avviene, secondo la Corte, "quando le modifiche previste hanno l'effetto: a) di estendere l'appalto, in modo considerevole, ad elementi non previsti; b) di alterare l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario; c) di rimettere in discussione l'aggiudicazione dell'appalto, nel senso che, "se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la gara procedura di aggiudicazione originaria, sarebbe stata accolta un'altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi"».

d'appalto (cfr. Corte di Cassazione civ., sez. I, 18 /5/2016, n. 10165).
Non è pertanto protetta dall'ordinamento la pretesa dell'appaltatore a vedersi approvata una variante in aumento di importo superiore al quinto d'obbligo, risultando tale *ius variandi* il risultato di un accordo contrattuale, con piena autonomia negoziale della stazione appaltante nel decidere se prestare o meno il proprio consenso al perfezionamento di un contratto che, per quanto funzionalmente collegato, rappresenta nuovo ed autonomo negozio modificativo di quello originario.

Ciò premesso, il comma 12 è stato oggetto di differenti interpretazioni giurisprudenziali, favorite indubbiamente dal tenore letterale poco chiaro dell'intero articolo 106 in esame, così da sollecitare, da ultimo, l'intervento dell'ANAC.

I punti controversi attengono alla possibilità o meno di considerare la fattispecie prevista al citato comma 12 come ipotesi autonoma e ulteriore di modifica contrattuale rispetto alle casistiche enucleate ai commi 1 e 2 dell'art. 106 e, in caso positivo, alla possibilità di accedere a tale istituto anche a prescindere dalla ricorrenza dei presupposti individuati dalla norma ai predetti commi 1 e 2.
Alcuni precedenti giurisprudenziali hanno invero riconosciuto valenza autonoma al «quinto d'obbligo» di cui al comma 12 rispetto alle fattispecie previste ai commi precedenti dell'art. 106.
Prevalente è tuttavia l'orientamento restrittivo, che esclude che il comma 12 possa rappresentare una autonoma ipotesi di modifica. Come osservato dal Consiglio di Stato, «il consenso tra l'appaltatore ed il committente opera su un piano civilistico e, benché necessario, non è di per sé sufficiente nell'appalto pubblico, esigendosi una verifica di legittimità sulla rilevanza non solo qualitativa ma anche meramente quantitativa delle prestazioni aggiuntive, non potendosi attraverso l'esercizio dello *ius variandi* surrettiziamente eludere i principi fondamentali dell'attività contrattuale codificati dallo stesso art. 2 del Codice contratti pubblici, i quali confinano ad ipotesi del tutto eccezionali le fattispecie di affidamento negoziato» (cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 10 giugno 2004, n. 3721). Si richiama al riguardo la sentenza n. 13539/2020 del TAR Lazio, secondo cui, mentre nel caso di modifiche per circostanze impreviste e imprevedibili (art. 106, comma 1, lett. c) è necessario comunque un accordo delle parti per modificare l'oggetto del contratto (fermo restando che la modifica non deve alterare la natura generale del contratto), l'applicazione del comma 12, con l'aumento o la diminuzione delle prestazioni «*fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto*», è solo la conseguenza dell'esercizio di un diritto potestativo dell'Amministrazione; quest'ultima può infatti «*imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario*»; per cui «*in tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto*», sicché il comma 12 sarebbe applicabile in caso di semplice aumento delle prestazioni di gara nel loro volume, mentre per le modifiche qualitative dovrebbe farsi ricorso al comma 1.

L'orientamento restrittivo è sostenuto nella prassi dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, che con nota del 2/7/18 ha ritenuto: «*Tale norma, se interpretata letteralmente e indipendentemente dalle altre disposizioni di cui all'art. 106, D. Lgs. 50/2016, potrebbe porsi in contrasto con le direttive comunitarie e con la legge di delega in materia di modifiche dell'oggetto del contratto. Pertanto, attesa la necessaria lettura sistematica della disposizione, si ritiene ammissibile la modifica dell'importo contrattuale di un quinto solo qualora la fattispecie sia inclusa in una delle ipotesi di modifica dell'oggetto del contratto o di variante consentita ai sensi dell'art. 106, commi 1 e 2, D. Lgs. 50/2016. Conseguentemente, si ritiene che la disposizione contenuta nel comma 12 non configura un'ipotesi di modifica "libera" ulteriore rispetto a quelle disciplinate dall'art. 106 (commi 1 e 2) ma si incentra piuttosto, sulla facoltà della stazione appaltante di imporre all'appaltatore l'esecuzione del contratto modificato alle stesse condizioni del contratto originario (sempre nel rispetto delle ipotesi tassative di cui all'art. 106 commi 1 e 2).*
Più precisamente, deve ritenersi che lo scopo del comma 12 della citata disposizione sia quello di stabilire le condizioni contrattuali nei casi in cui una delle modifiche consentite, ai sensi

5. V. Corte di Cassazione civ. sez. I, 7/7/2004, n. 12416; Consiglio di Stato sez. V, 15/12/2005, n. 7130.

dell'art. 106, commi 1 e 2, determini una variazione dell'importo contrattuale. Se tale variazione è contenuta nei limiti del quinto, la stazione appaltante può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario e in tal caso, l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto. Se, invece, si eccede il quinto e, sempre purché ricorrano le altre condizioni di cui all'art. 106, commi 1 e 2, D. Lgs. 50/2016, l'appaltatore potrà esigere una rinegoziazione delle condizioni contrattuali e, in caso di esito negativo, il diritto alla risoluzione del contratto.". Di conseguenza troverebbero applicazione, anche nel caso del "sesto quinto", gli adempimenti in tema di pubblicità previsti dall'art. 106, comma 14 D. Lgs. 50/2016.».

Il contrasto giurisprudenziale riguarda la qualificazione del "sesto quinto" come autonoma ipotesi di variante contrattuale oppure come mera modalità di affidamento delle varianti stesse

3. Il chiarimento dell'ANAC

Con il Comunicato del 23/3/21, l'ANAC, aderendo all'orientamento restrittivo sopra delineato, chiarisce che il comma 12 dell'art. 106 concerne, esclusivamente, le *modalità* di affidamento delle modifiche/varianti in corso di esecuzione, nei riguardi dell'appaltatore. In altri termini, ai sensi del citato comma 12, (solo) qualora la necessità di modificare il contratto in corso di esecuzione sia riconducibile ad una delle ipotesi contemplate ai commi 1 e 2 dell'art. 106 cit., l'appaltatore è soggetto all'obbligo di esecuzione delle forniture in variante, senza poter chiedere una rinegoziazione del corrispettivo, nell'ipotesi in cui l'importo delle stesse sia inferiore al 20% dell'importo originario del contratto.

In caso di superamento di detto limite l'appaltatore ha invece il diritto di "rinegoziare" le condizioni, patti e prezzi per l'esecuzione delle forniture variate e, in difetto di accordo, di far valere il proprio diritto alla risoluzione del contratto.

BOX: «Secondo l'ANAC, l'ipotesi del "sesto quinto" non può configurarsi come una fattispecie autonoma di modifica contrattuale, ma deve essere intesa come mera indicazione in ordine alla disciplina dei rapporti contrattuali tra le parti»

Il comma 12 cit., quindi, deve essere inteso come volto a specificare che, al ricorrere di una delle ipotesi previste dai commi 1, lettera C) e 2 dell'art. 106, qualora la modifica del contratto resti contenuta entro il quinto dell'importo originario, la stazione appaltante potrà imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario senza che lo stesso possa far valere il diritto alla risoluzione del contratto. Nel caso in cui, invece, si ecceda il quinto d'obbligo e, sempre purché ricorrano le altre condizioni di cui all'art. 106, commi 1 e 2, del Codice, l'appaltatore potrà esigere una rinegoziazione delle condizioni contrattuali e, in caso di esito negativo, la risoluzione del contratto. La posizione dell'ANAC muove dalla considerazione che l'art. 106 del Codice introduce una deroga al principio generale dell'evidenza pubblica, con conseguente divieto di applicazione al di fuori delle ipotesi specificamente e tassativamente indicate. Per tali motivi, secondo l'ANAC il comma 12 non può configurarsi come una fattispecie autonoma di modifica contrattuale, ma deve essere intesa come mera indicazione in ordine alla disciplina dei rapporti contrattuali tra le parti.

L'ANAC considera, inoltre, che l'art. 72 della direttiva 24/2014 non contempla la fattispecie in esame e chiarisce, al paragrafo 5, che "*Una nuova procedura d'appalto in conformità della presente direttiva è richiesta per modifiche delle disposizioni di un contratto pubblico e di un accordo quadro durante il periodo della sua validità diverse da quelle previste ai paragrafi 1 e 2*".

A venir in rilievo nell'analisi dell'Authority è anche la relazione illustrativa al Codice, all'art. 106, ove si legge che: "*I commi 11, 12 e 13 disciplinano le ipotesi di rinnovo, proroga tecnica e aumento del quinto d'obbligo già previsti dalla legislazione nazionale e dalla legge di contabilità del 1923*". Da questa previsione emergerebbe l'intenzione del legislatore di disciplinare la fattispecie in continuità rispetto al regime previgente: l'articolo 132, comma 4, d.lgs. n. 163/06 prevedeva che «*Ove le varianti di cui a comma 1, lettera e), eccedano il quinto dell'importo originario del contratto, il soggetto aggiudicatore procede alla*

risoluzione del contratto e indice una nuova gara alla quale è invitato l'aggiudicatario iniziale». Le varianti previste al comma 1, lettera E) erano solo quelle rese necessarie per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo idonee a pregiudicare, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione.

Inoltre, per i servizi e forniture, l'art. 311, comma 4, del DPR n. 207/2010 prevedeva che «*Nei casi previsti al comma 2, la stazione appaltante può chiedere all'esecutore una variazione in aumento o in diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza di un quinto del prezzo complessivo previsto dal contratto che l'esecutore è tenuto ad eseguire, previa sottoscrizione di un atto di sottomissione, agli stessi patti, prezzi e condizioni del contratto originario senza diritto ad alcuna indennità ad eccezione del corrispettivo relativo alle nuove prestazioni. Nel caso in cui la variazione superi tale limite, la stazione appaltante procede alla stipula di un atto aggiuntivo al contratto principale dopo aver acquisito il consenso dell'esecutore*». I casi previsti dal comma 2 erano individuati con riferimento all'art. 132 del codice. La modifica nei limiti del quinto, evidenzia l'Autorità, era quindi configurata non già come ipotesi autonoma, ma come modalità esecutiva delle modifiche previste dal codice all'articolo 132. Ancora, parte della dottrina riconosceva la possibilità dell'aumento del quinto come opzione prevista nei documenti di gara. In tali ipotesi non era ritenuta necessaria la ricorrenza dei presupposti di imprevedibilità e sopravvenienza.

Inoltre, la configurazione dell'art. 106, comma 12, del Codice come fattispecie autonoma apparirebbe - secondo l'ANAC - incompatibile con le indicazioni fornite al comma 2 del medesimo articolo, che subordina la possibilità di ricorrere a modifiche del contratto, in mancanza delle condizioni del comma 1 e senza esperire una nuova gara, al rispetto di limiti più stringenti di importo (il 10% del valore del contratto per i servizi e forniture e il 15% per i lavori). In sostanza, le previsioni del richiamato comma 2 sarebbero eluse e si rivelerebbero inutilmente date, se fosse consentita la possibilità, in generale, di modificare il contratto nel rispetto di un limite quantitativo superiore.
A ciò va aggiunta la considerazione per cui l'utilità di una previsione autonoma sarebbe peraltro dubbia, sia rispetto al comma 1, lettera c) dell'art. 106, che prevede la possibilità di modifica per fatti imprevisti e imprevedibili senza limiti di importo per i settori speciali e con limiti superiori (50%) per i settori ordinari, sia rispetto al comma 1, lettere a) ed e) del medesimo articolo. Tale disposizione consente, infatti, di prevedere, già nei documenti di gara, la possibilità di una futura modifica contrattuale senza limiti di importo, utilizzabile, ad esempio, nei casi in cui non sia possibile stimare con certezza il fabbisogno futuro.
Ma l'Autorità demolisce anche l'ulteriore possibile lettura per cui il comma 12 sarebbe ipotesi autonoma in riferimento ai soli casi di modifica meramente quantitativa del contratto. Tale interpretazione, sentenzia l'Autorità, non sembra, però, supportata dal dato normativo: l'*incipit* del comma 1 dell'art. 106 e le successive previsioni si riferiscono, infatti, in modo generico alle modifiche, senza distinguere tra modifiche qualitative e quantitative.

Da ultimo si avverte che la previsione come fattispecie autonoma potrebbe condurre al cumulo delle diverse ipotesi di modifica contrattuale, con il superamento dei limiti di importo previsti dall'art. 106 e il conseguente illegittimo ampliamento delle ipotesi derogatorie della normativa eurounitaria e nazionale in materia di affidamenti pubblici.
E' quindi chiaro che il Comunicato ANAC non si discosta dagli approdi della giurisprudenza più recente, quantomeno in relazione all'avvertita esigenza di circoscrivere nella maggior misura possibile il perimetro applicativo delle modifiche contrattuali in corso d'opera, poiché potenzialmente elusive della regola dell'affidamento mediante gara nonché per evidenti ragioni di contenimento della spesa pubblica.

4. Le nuove FAQ

Lo scorso marzo l'ANAC ha aggiornato le FAQ in tema di modifiche ai contratti in corso di esecuzione, pubblicate sul proprio sito istituzionale.
Oltre a recepire l'interpretazione del comma

6. FAQ sulle VARIANTI (art.106 D.lgs. 50/2016) https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/MenuServizio/FAQ/ContrattiPubblici/Varianti

12 nei termini sopra visti, è chiarito, in primo luogo, che non tutte le integrazioni all'oggetto del contratto assumono la connotazione di «varianti in corso d'opera». Assumono la connotazione di «varianti in corso d'opera» solo le modifiche derivanti da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore, che non alterino la natura generale del contratto originario (art. 106, comma 1, lett. c) e quelle derivanti da errori o omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione (art. 106, comma 2).

La distinzione rileva ai fini del diverso regime di pubblicità previsto: difatti, si legge nella FAQ n. 12, le modifiche ex art. 106 comma 1, lett. a), b) ed e), non devono essere trasmesse all'autorità, poiché "l'obbligo vige esclusivamente per le varianti in corso d'opera. Le modifiche ex art. 106 comma 1, lett. a), b) ed e), devono essere però indicate, se presenti, all'interno del modulo di trasmissione delle varianti in corso d'opera al punto 7–bis. Trattandosi di mera informazione, le modifiche non vanno documentate con atti da allegare al modulo: semmai le esigenze istruttorie lo richiedessero, l'ufficio competente ne farà esplicita richiesta (FAQ 11).

Nonostante tale FAQ, va ricordato che l'art. 106 comma 8 prevede un obbligo di comunicazione all'ANAC per le modificazioni al contratto di cui al comma 1, lettera b) (forniture supplementari) e al comma 2, entro 30 dal loro perfezionamento (inteso come provvedimento di approvazione della modifica da parte dell'organo decisorio deputato a ciò dalla Stazione Appaltante).

In caso di mancata o tardiva comunicazione l'Autorità irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo.

L'obbligo di trasmissione del modulo di comunicazione delle varianti in corso d'opera invece interviene (FAQ 2):

- quando l'importo a base di gara è superiore alla soglia comunitaria e la variante è superiore al 10% dell'importo originario del contratto
- se il superamento del 10% è determinato dal cumulo di più fattispecie di variante, purché almeno una sia riconducibile a quella del primo comma dell'art. 37 L. n. 114/2014 (lett. b, c o d)
- nei contratti misti con prevalenza di servizi o forniture e la variante riguarda lavori d'importo (a base di gara) superiore alla soglia comunitaria
- nei settori speciali
- negli interventi emergenziali sottoposti a deroga
- Varianti ripetute qualora, ferme restanti le altre soglie e condizioni, il loro importo complessivo supera il 10% dell'importo originario del contratto (il termine di 30gg decorre dall'approvazione della variante che determina il superamento della soglia del 10% del contratto originario).

La mancata trasmissione della variante nei tempi previsti comporta l'avvio d'ufficio del procedimento di applicazione delle sanzioni di cui all'art. 213, co. 13 D.lgs. 50/2016.

Con la scheda "Modifiche contrattuali" è possibile rendicontare tutte le modifiche contrattuali (comprese le varianti in corso d'opera) che rientrano nelle previsioni dell'art. 106. Per ogni modifica contrattuale è obbligatorio indicare i seguenti elementi informativi: la data di approvazione della modifica; la motivazione per cui la stessa si rende necessaria (scegliendo tra le opzioni disponibili); in caso di "proroga tecnica", il CIG della nuova procedura di gara avviata unitamente al numero di giorni di proroga concessi; il nuovo quadro economico risultante a seguito dell'intervenuta variazione. Più specificamente, il quadro economico deve essere riferito a tutto l'intervento, sommando all'importo originario il valore della modifica contrattuale eseguita, e non all'importo della singola modifica. Per ogni modifica contrattuale dovrà essere

Assumono la connotazione di «varianti in corso d'opera» solo le modifiche: i) derivanti da circostanze impreviste e imprevedibili ... (art.106, comma 1, lettera c, Codice); ii) derivanti da errori o omissioni del progetto esecutivo ... (art. 106, comma 2, Codice)

comunicata la relativa scheda dedicata. Per le modifiche ex art. 106, comma 1, lett. c), e comma 2, che superano i parametri economici indicati nella FAQ n. 2, si dovrà procedere anche alla trasmissione del modulo e della documentazione richiesta.

Nelle FAQ sono poi specificate le modalità di comunicazione delle varianti in corso d'opera nei settori ordinari non eccedenti il 10% dell'importo originario del contratto ovvero eccedenti tale percentuale.

Oltre a tali adempimenti va ricordato che l'art. 106, comma 5 prevede che, in caso di modifiche/varianti ai contratti riconducibili alle ipotesi di cui alle lett. b) e c), del comma 1, la pubblicazione di un avviso di avvenuta modifica del contratto sulla G.U.U.E., ovvero, per i contratti "sotto soglia", la pubblicità in ambito nazionale. L'avviso contiene le informazioni di cui all'Allegato XIV, Parte I, lett. E) ed all'art. 130 per i settori speciali.

Come chiarito dalla stessa ANAC nell' Atto di Segnalazione n. 4 del 13 febbraio 2019, approvato con delibera n. 112 del 13 febbraio 2019, la disciplina degli oneri di pubblicità non è affatto allineata e il diversificato regime sanzionatorio previsto per le modificazioni del contratto, diverse dalle varianti in corso d'opera, non appare supportato da adeguate motivazioni. Inoltre, permangono diverse lacune tra cui, ad esempio, quella del comma 8 che non determina il massimo edittale della sanzione applicabile e non indica espressamente il soggetto responsabile delle comunicazioni, diversamente da quanto previsto dall'art. 213, comma 13, applicabile alle varianti in corso d'opera.

Emerge, in definitiva, un quadro normativo estremamente disomogeneo e in parte ambiguo che rende necessario e urgente un intervento legislativo di semplificazione dell'intero testo dell'art. 106, pena l'errata o inefficace applicazione delle norme ivi contenute.

E' vera semplificazione? Nota a margine alla sentenza del Tar Palermo n. 14 maggio 2021, n. 1536

di Giuseppe Totino e Alberto Pappalardo

IL PUNTO

Premesse

Molteplici e a volte disorganici, sono stati gli interventi legislativi tesi a semplificare le procedure amministrative preordinate all'aggiudicazione degli appalti pubblici, sull'onda dell'ormai usato *furor* politico che conduce ogni nuovo governo a sentir l'esigenza di metter mani sulla disciplina degli affidamenti pubblici, sottovalutando come sia invece lo snellimento delle procedure approvative degli iter autorizzativi propedeutici all'indizione delle gare stesse a necessitare un maquillage.

Con il consolidamento delle *best practice* delle Centrali di Committenza, a ben vedere, le tempistiche di affidamento di un contratto pubblico si sono ridotte negli anni considerevolmente, soprattutto se non si verifichi l'incidente di un contenzioso che sospenda interinalmente la procedura.

In un contesto normativo già sufficientemente "snellito" da quanto stabilito da D.L. 32/2019 c.d. Sblocca Cantieri, il legislatore ha inteso, come ormai noto, intervenire nuovamente con il D.L. 76/2020, conv. in Legge 120/2020 (in seguito, D.L Semplificazioni), la cui vocazione è quella di sciogliere ulteriormente i lacci dell'*agere* amministrativo, in particolar modo in questo momento storico, caratterizzato da una pandemia globale che ha costretto molti Stati a fronteggiare circostanze senza precedenti.

In presenza di una supefetazione normativa di ordine semplificatorio, è lecito chiedersi, alla luce dei recenti citati interventi normativi di cui al DL Semplificazione, quali siano i margini d'azione e discrezionalità predicabili da una Stazione Appaltante che intende accelerare le proprie procedure interne.

Il presente contributo mira, in particolare, prendendo le mosse dall'interessante pronuncia emessa dal TAR Palermo 14 MAGGIO 2021, N. 1536, ad analizzare se la "semplificazione" di cui D.L. 76/2020, conv. in Legge 120/2020 (in seguito, D.L Semplificazioni) – propugnata dal Legislatore spesso senza una visione organica –, abbia operato una vera e propria "imposizione procedimentale" per le Amministrazioni, per l'effetto obbligandole al ricorso a tali procedure, ovvero se residui in capo alle PP. AA. margini di discrezionalità e di autonomia nella scelta delle tipologie di procedure di gara da porre in essere.

Il TAR Palermo 14 MAGGIO 2021, N. 1536: il DL Semplificazioni non ha inteso conculcare la scelta delle amministrazioni pubbliche di operare mediante la disciplina ordinaria dell'evidenza pubblica con gare aperte in luogo dell'affidamento diretto

Sul punto, come si faceva cenno, a fissare dei paletti in un quadro che ha animato il dibattito dottrinale sull'(apparente) obbligatorietà del dettato normativo emergenziale, ci ha provato il T.A.R. Palermo che, nella recentissima citata sentenza, ha espresso una posizione, per così dire, di buon senso, fornendo coordinate ermeneutiche in base alle quali la normativa emergenziale "*… non revocando o sospendendo la disciplina ordinaria, la norma in rilievo non ha inteso conculcare la scelta delle amministrazioni pubbliche di operare mediante la disciplina ordinaria dell'evidenza pubblica con gare aperte in luogo dell'affidamento diretto"*.

Sembrerebbe quindi che, a detta del Giudice amministrativo, non sussista alcun obbligo per le SS.AA., di affidare appalti sottosoglia mediante le modalità semplificate e derogatorie al Codice dei contratti previste dal DL Semplificazioni.

Se *prima facie* questa potrebbe apparire una questione di agevole risoluzione, in realtà, sin dal momento dell'introduzione del ciato DL Semplificazioni, ed in specie dell'art. 1, comma 1, si è destata una querelle dottrinale, relativamente all'aspetto interpretativo, tra i "rigoristi della norma" e chi, comprendendo a ragione la portata operativa della legislazione dell'emergenza, ha cercato di delinearne i contorni con un'interpretazione teleologica della norma derogatrice.

Del resto, la vicenda non pare di poco conto ove solo si considerino i coinvolti profili di legittimità, sul piano della correttezza dell'*agere* amministrativo, di responsabilità, anche erariale, in capo alla stessa S.A. ed inevitabilmente al RUP, sulla base delle "tempistiche massime" previste dal DL Semplificazione, per la conclusione del procedimento concorsuale.

Infatti, la normativa dell'emergenza - che col trascorrere dei mesi assomiglia sempre più ad un'occasione mancata, incapace di sfruttare appieno la possibilità di fare da volano ad una vera ristrutturazione che non si atteggi a puro e semplice maquillage dell'intricato ordito normativo del Codice dei Contratti Pubblici -, ha messo in luce le debolezze di un sistema a tratti contraddittorio e farraginoso e che, proprio per tale natura, si è scontrato in maniera decisa contro i suoi stessi limiti.

Se è vero che l'intento del Legislatore è stato quello di semplificare, tale scopo è stato tuttavia perseguito "appesantendo" proprio il quadro normativo, con un risultato potenzialmente controproducente rispetto agli stessi obiettivi prefissi.

Questo ossimoro è forse il sunto più immediato ed efficace di quanto accaduto nell'ultimo anno in cui l'emergenza pandemica, per quanto in questa sede d'interesse, ha impattato sull'economia nazionale e nel campo dei contratti pubblici, elevati, sdoganato ormai Keynes nel dibattito economico europeo, anche in virtù della nomina a Premier dell'Italia di Mario Draghi, a strumenti fondamentali per la ripresa economica del paese.

1. Il contesto normativo di riferimento

Come noto, con l'art. 1 del D.L. 16 luglio 2020, n. 76 - convertito con modificazioni dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120, meglio noto come D.L. Semplificazioni -, rubricato "Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia" e l'art. 2 rubricato "Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia", è stata introdotta una disciplina derogatoria destinata ad operare per le procedure di affidamento la cui determina a contrarre, o altro atto di avvio, siano stati adottati fra la data di entrata in vigore del citato DL e fino il 31 dicembre 2021.

In particolare, per imprimere un'accelerazione alla tempistica delle procedure di gara, è stato esteso l'utilizzo dell'affidamento diretto o delle procedure negoziate, con numeri di inviti ad operatori economici definiti in misura variabile in base alle infra-soglie rimodulate dalle soglie già previste dagli artt. 35 e 36 del Codice dei Contratti.

Ulteriormente, si è intervenuto anche sull'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente che dovrà avvenire nel termine di 2 mesi dall'avvio della procedura sotto la soglia di €. 150.000,00, o entro quello di 4 mesi per le procedure superiori a tale importo, con la conseguenza che, il mancato rispetto di detti termini o la ritardata stipula del contratto e/o avvio dell'esecuzione – possono essere valutati ai fini della responsabilità del RUP per danno erariale ex L. n.20/1994 e ss.mm.ii..

Il combinato disposto delle succitate norme, hanno ingenerato in larga parte della dottrina, il convincimento che, in capo alle PP.AA., potesse sussistere l'obbligo di deroga delle procedure ordinarie in favore delle citate procedure più snelle, giacché, in caso contrario, verrebbe meno la *ratio* stessa della norma emergenziale di favorire ed incentivare gli investimenti pubblici necessari per fronteggiare le ricadute economiche nefaste cagionate dall'emergenza pandemica globale.

L'effetto quasi perverso di questa linea interpretativa rigorista, è stato quello di vagheggiare una sorta di imposizione al ricorso delle disposizioni derogatore del DL Semplificazioni, dilatando, in termini di portata applicativa, anche al di là dei confini strettamente connessi al contesto emergenziale, l'effetto sospensivo e derogatorio delle norme del Codice dei contratti.

A suffragio di un approccio "rigorista", sembra militare il parere emesso dal Ministero delle Infrastrutture e Trasporti Sostenibili, che ha avuto modo di affermare con un proprio parere n. 735/2020 che "(c)*on riferimento a quanto richiesto si rappresenta che il decreto semplificazioni, convertito con legge n. 120/2020 prescrive l'applicazione delle procedure enucleate all'art. 1, comma 2 del richiamato decreto. Non si tratta di una disciplina facoltativa; le nuove procedure sostituiscono infatti, fino al 31 dicembre 2021, quelle contenute all'art. 36 del d.lgs. 50/2016. Si tratta di procedure di affidamento più snelle e "semplificate", introdotte nell'ottica di rilanciare gli investimenti ed accelerare gli affidamenti pubblici. Tenendo conto di tale finalità, cui è sotteso il nuovo assetto normativo in materia di contratti pubblici, si ritiene che non sia comunque precluso il ricorso alle procedure ordinarie, in conformità ai principi di cui all'art. 30 del d.lgs. 50/2016, a condizione che tale possibilità non sia utilizzata per finalità dilatorie. Gli affidamenti dovranno avvenire comunque nel rispetto dei tempi previsti dal nuovo decreto e potranno essere utilizzate le semplificazioni procedimentali introdotte. In tal caso, si consiglia di dar conto di tale scelta mediante motivazione. Con riferimento alla*

Le norme in parola hanno ingenerato il convincimento che, in capo alle PP.AA., potesse sussistere l'obbligo di deroga, vagheggiando una sorta di imposizione al ricorso delle disposizioni derogatore del DL Semplificazioni, per l'effetto dilatando, in termini di portata applicativa, anche al di là dei confini strettamente connessi al contesto emergenziale, l'effetto sospensivo e derogatorio delle norme del Codice dei contratti.

seconda domanda, si ritiene che i commi 3 e 4 dell'art. 1 si applichino laddove siano utilizzate le procedure previste al comma 2.".

Una simile impostazione ha chiaramente suscitato notevoli perplessità in capo alle Stazioni appaltanti circa i margini di discrezionalità del ricorso a tali procedure semplificate, ed in particolare se sia plausibile ancorare la scelta della procedura alla migliore tra le alternative procedurali previste, per il perseguimento l'interesse pubblico sotteso.

Su quest'ultima possibilità sembra attestarsi l'orientamento dell'ANAC che ha avuto modo di pronunciarsi sul punto osservando, nel parere del 3 agosto 2020, reso in sede di approvazione al Senato del D.L. n. 76/2020, che *"sebbene l'art. 1 del d.l. non abbia fatto salva la richiamata facoltà, la perdurante applicabilità dei principi di cui al comma 1 dell'art. 30 induce a ritenere che il regime in deroga non abbia privato, pur nella situazione eccezionale creatasi a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale, le stazioni appaltanti della possibilità di ricorrere a soluzioni aperte alla più ampia concorrenza qualora appaiano le più idonee a soddisfare il proprio fabbisogno"*.

E' proprio in questo contesto interpretativo che si colloca la posizione dei giudici amministrativi siciliani, con la sentenza in commento, chiamati a pronunciarsi a seguito di un ricorso promosso da un operatore economico che, fra le altre cose, ha contestato proprio lo svolgimento di una gara d'appalto indetta da un Comune mediante il sistema della procedura aperta per l'affidamento diretto del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità della sede stradale e delle sue pertinenze interessate da sinistri.

ANAC ha sottolineato che sebbene l'art. 1 del d.l. non abbia fatto salva la richiamata facoltà, la perdurante applicabilità dei principi di cui al comma 1 dell'art. 30 induce a ritenere che il regime in deroga non abbia privato, pur nella situazione eccezionale creatasi a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale, le stazioni appaltanti della possibilità di ricorrere a soluzioni aperte alla più ampia concorrenza qualora appaiano le più idonee a soddisfare il proprio fabbisogno

2. Il caso al vaglio della magistratura siciliana

Nella vicenda sottoposta al vaglio del T.A.R. Sicilia, l'operatore economico ricorrente, ha lamentato l'illegittimità della scelta operata dal Comune di Carini (PA) di utilizzare la procedura aperta prevista dall'art. 60 del Codice dei Contratti, in luogo dell'affidamento diretto per gli appalti sotto soglia, secondo quanto previsto all'art. 1, comma 1, del D.L. Semplificazioni, vieppiù in asserita carenza motivazionale che consentisse di comprendere l'iter logico/giuridico seguito dall'Ente comunale per discostarsi dalle previsioni del Legislatore.

Con la sentenza in parola, il Collegio ha ritenuto infondato il gravame per due ordini di valutazioni, che di seguito si riassumono.

Il Tar ha dato atto, in primo luogo, dell'oggetto della procedura che riguardava l'affidamento dei lavori di ripristino del manto stradale, di certo non sussumibile nell'alveo di attività di carattere straordinario.

Sul punto, a confutazione delle argomentazioni del ricorrente, il Giudice siciliano ha sottolineato come *"la normativa invocata dalla parte (che poi ha materialmente partecipato alla procedura aperta indetta dal Comune) sulle deroghe previste dall'art. 1, comma 1, del D.L. n. 76/2020, non possa trovare applicazione in specie. Ed invero, la norma in questione, apertis verbis, prevede la possibilità di un affidamento diretto al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute negative dell'emergenza COVID. Sotto tale profilo, ha buon gioco l'Amministrazione comunale nel rilevare che il "servizio di ripristino stradale", oggetto del presente contenzioso, non comporti "investimenti pubblici", tanto che la gara non prevede costi per*

l'Amministrazione; non afferisce al settore delle "infrastrutture e dei servizi pubblici" e non ha alcun impatto sulle ricadute dell'emergenza COVID".

La posizione assunta, innanzitutto, evidenzia che l'utilizzo di procedure di affidamento in deroga alle previsioni codicistiche, devono essere ricondotte nell'alveo degli interventi relativi agli investimenti pubblici di natura non ordinaria, fra i quali possono certamente essere annoverate le realizzazioni di opere infrastrutturali che hanno un immediato impatto sull'emergenza economica.

Ne discende che, al contrario di quanto affermato dalla prevalente dottrina, è l'utilizzo della normativa in deroga a dover essere motivato dalle Amministrazioni, di modo che risulti evidente il nesso fra l'oggetto dell'appalto e l'utilizzo della peculiare previsione derogatoria. Al contrario si verserebbe in ipotesi di applicazione automatica ed acritica della norma.

Il TAR Palermo ha rammentato come l'affidamento diretto non costituisce il modulo procedimentale sottosoglia al quale le stazioni appaltanti debbano obbligatoriamente fare ricorso.

In secondo luogo, è stato chiaramente enunciato che, in ogni caso, il D.L. semplificazioni, non osta all'utilizzo delle procedure ordinarie previste dal Codice dei Contratti, nella parte in cui viene affermato che *"…per altro, non revocando o sospendendo la disciplina ordinaria, la norma in rilievo non ha inteso conculcare la scelta delle amministrazioni pubbliche, in questo caso il Comune di Carini, di operare mediante la disciplina ordinaria dell'evidenza pubblica con gare aperte in luogo dell'affidamento diretto"*.

A sostegno di tale argomentazione, il T.A.R. Sicilia, ricorda che militano in tal senso anche le osservazioni rese dall'ANAC in sede di parere reso in commissione al Senato prima della approvazione del D.L. ricordando che sul punto l'ANAC ha sostenuto: *"sebbene l'art. 1 del d.l. non abbia fatto salva la richiamata facoltà, la perdurante applicabilità dei principi di cui al comma 1 dell'art. 30 induce a ritenere che il regime in deroga non abbia privato, pur nella situazione eccezionale creatasi a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale, le stazioni appaltanti della possibilità di ricorrere a soluzioni aperte alla più ampia concorrenza qualora appaiano le più idonee a soddisfare il proprio fabbisogno"*.

Pertanto, conclude il Collegio, *"l'affidamento diretto non costituisce il modulo procedimentale sottosoglia al quale le stazioni appaltanti debbano obbligatoriamente fare ricorso"*.

Rammenta infine il TAR per la Sicilia, che non può indurre a conclusioni diverse rispetto a quelle sin qui esposte il parere n. 735/2020 reso dal Ministero Infrastrutture e Trasporti (ora Ministero delle Infrastrutture e Trasporti delle Mobilità sostenibili) in relazione all'obbligo da parte delle stazioni appaltanti di motivare il ricorso all'evidenza pubblica, *"sia perché il predetto parere non può ritenersi vincolante nei confronti del Comune di Carini, come dedotto dalla parte resistente, sia perché si limita, in ogni caso, solamente a "suggerire" di dare un riscontro nella motivazione per la scelta della procedura di evidenza pubblica ordinaria rispetto a quella emergenziale in deroga dell'affidamento diretto"*.

3. Conclusioni

Le argomentazioni spese dal T.A.R. Sicilia non possono che essere considerate condivisibili, in disparte l'applicazione logica e ragionata di un dettame normativo, giacché è principio immanente della teoria dell'interpretazione delle fonti di diritto, che le norme portatrici di deroghe (a maggior ragione se circoscritte in un determinato lasso temporale) ad una disciplina dettata da altre norme, giammai possono considerarsi abrogatici di quest'ultime, poiché perfettamente vigenti e pur sempre applicabili.

Una disciplina speciale non può certo sacrificare la tutela dei principi, anche di matrice sovranazionale, posti a garanzia della concorrenza, competizione e del massimo *favor partecipationis* degli operatori economici.

E' quindi corretto preferire l'opzione interpretativa secondo la quale la normativa dell'emergenza, che ha connotato gran parte del 2020 e che continua a riverberarsi anche nell'anno in corso - e che

nell'ipotesi al vaglio del Legislatore potrebbe essere estesa per un periodo successivo al 31 dicembre 2021, al fine di dare rapida esecuzione al Piano di Ripresa e Resilienza - "suggerisce" alle SS.AA. di verificare, caso per caso, quale possa essere il modulo procedimentale da seguire maggiormente idoneo al perseguimento dell'interesse pubblico sotteso al singolo affidamento, senza, che le procedure semplificate debba gioco-forza farla da padrone.

Revoca dell'aggiudicazione e recesso dal contratto

IL PUNTO

di Stefano Usai

Premesse

Nell'ambito dell'attività contrattuale del RUP risulta di particolare interesse distinguere la fattispecie della revoca dalla fattispecie del recesso dal contratto.

Le due fattispecie, che consentono di non giungere a contratto nel primo caso, o sciogliere il vincolo contrattuale nel secondo caso, devono essere tenute nettamente distinte considerato che operano in ambiti totalmente differenti. Una non perfetta distinzione determina l'adozione di eventuali provvedimenti, adottati dal RUP, (o più in generale dalla stazione appaltante) scorretti aprendo anche la strada ad eventuali risarcimenti per l'appaltatore.

1. La revoca

La revoca dell'aggiudicazione si situa nel momento (ancora) pubblicistico del procedimento amministrativo che può portare alla stipula del contratto d'appalto. Un momento, e, conseguentemente, un provvedimento pubblicistico limitato temporalmente fino a quando non viene stipulato il contratto.

Ciò è quanto risulta chiaramente statuito dalla giurisprudenza. In questo senso, in tempi recenti, il **TAR Campania Napoli sez. IV 3/8/2020 n. 3495**, che, confrontando l'istituto del recesso con quello della revoca, ha rammentato che nella fase contrattuale non trova applicazione l'istituto della revoca, ma quello del recesso (art. 109 d.lgs. 50/2016) che prevede, peraltro, l'obbligo di indennizzare il contraente che patisce lo scioglimento del vincolo contrattuale (in merito, v. C.d.S. Ad. Plen. n. 14/2014 e, più di recente, T.A.R. Firenze, sez. I, 02/02/2018, n.187). Così come previsto, e si dirà più avanti, dall'articolo 21-quinques della legge 241/90.

In pratica, con il contratto d'appalto (una volta stipulato) non si può più parlare di revoca dell'aggiudicazione.

La revoca dell'aggiudicazione, rappresenta uno strumento improprio se usato nella fase civilistica (che prende avvio dalla stipula del contratto o nella fase di esecuzione qualora consentita immediatamente, senza la stipula del contratto (art. 8, comma 1, lett. a) della legge 120/2020).

Nel caso trattato nella sentenza sopra richiamata, inoltre, è apparso assolutamente sproporzionato in rapporto a irregolarità dei documenti contabili finalizzati a consentire il pagamento della prestazione. Simili irregolarità, evidentemente, non incidendo sulla prestazione offerta, avrebbero, casomai, potuto determinare il RUP all'applicazione di penali (dedotte/disciplinate nel contratto) o sospensione dei pagamenti delle prestazioni fatta salva la possibilità, estrema, della risoluzione del contratto e non il recesso che implica, al netto di alcune fattispecie vincolanti previste nell'articolo 109 (come si dirà più avanti), una rivalutazione dell'interesse pubblico sotteso all'appalto che porta la P.A. a sottrarsi, in modo motivato, dai vincoli discendenti dal contratto.
Una volta stipulato il contratto, in sostanza, le problematiche vanno affrontate e risolte considerando un diverso ambito di azione che è quella privatistico, in cui la PA non può più incidere sul rapporto con atti autoritativi che invece possono essere utilizzati nella fase dell'evidenza pubblica.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato.

In questo senso lo stesso giudice di Palazzo Spada **(Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 1174/2016)** secondo un indirizzo consolidato con cui si è ribadita l'illegittimità di un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione di una gara, adottato ogni volta in cui risulti già stipulato il contratto di appalto "atteso che in tal caso la revoca verrebbe adottata in assenza del suo essenziale presupposto, e cioè di un oggetto costituito da un provvedimento che continua ancora a spiegare effetti, non essendo tale l'aggiudicazione della gara in seguito alla stipulazione del contratto; in tal caso, per sciogliersi dal vincolo discendente da quest'ultimo, l'Amministrazione deve ricorrere all'istituto del recesso" che ora trova disciplina nell'articolo 109 del Codice dei contratti. Con il contratto (Cfr., Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 3909/2017) si costituisce tra le parti, pubblica e privata, un rapporto giuridico **paritetico** intercorrente tra situazioni soggettive da qualificare in termini di diritti soggettivi e di obblighi giuridici. Questa situazione paritetica, come si è detto sopra, ha per conseguenza l'impossibilità di adottare atti "autoritativi" (come può essere il provvedimento di revoca). Eventuali riscontri circa sopravvenuti motivi di inopportunità alla realizzazione del programma negoziale (e di conseguenza una rinnovata valutazione nel merito

La revoca dell'aggiudicazione si situa nel momento (ancora) pubblicistico del procedimento amministrativo che può portare alla stipula del contratto d'appalto. Un momento, e, conseguentemente, un provvedimento pubblicistico limitato temporalmente fino a quando non viene stipulato il contratto.

che compete alla PA) si riconduce all'esercizio del potere contrattuale di recesso previsto dalla normativa sugli appalti pubblici. Ed il recesso, ovviamente a differenza della revoca, non può che riverberarsi sul contratto.

2. L'ambito di applicazione della revoca

L'ambito di applicazione della revoca, quindi, è quello pubblicistico ed incide su atti amministrativi adottati dalla stazione appaltante.
In particolare, per ciò che in questa sede interessa, la revoca riguarda l'aggiudicazione che non viene disposta o, appunto, viene revocata in quanto ottenuta senza il rispetto del quadro di regole (es. il possesso dei requisiti) stabilita con la legge di gara. In quanto tale ha, ovviamente, una possibilità potenziale di esplicarsi limitata temporalmente ovvero fino al momento in cui non sia stato stipulato il contratto d'appalto. Successivamente a questo momento la possibilità di sciogliersi anticipatamente rispetto alla naturale conclusione del contratto è data solo dal recesso (art. 109 del Codice dei contratti) o dalla risoluzione ex art. 108.
A differenza di questi ultimi che sono atti privatistici, la revoca è un provvedimento pubblicistico di revisione della decisione adottata dalla PA.

La revoca riguarda l'aggiudicazione che non viene disposta o, appunto, viene revocata in quanto ottenuta senza il rispetto del quadro di regole (es. il possesso dei requisiti) stabilita con la legge di gara. In quanto tale ha, ovviamente, una possibilità potenziale di esplicarsi limitata temporalmente ovvero fino al momento in cui non sia stato stipulato il contratto d'appalto.

Incidendo, quindi, su un momento pubblicistico incardina la competenza del giudice amministrativo a differenza dell'atto privatistico del recesso/risoluzione (pur a presupposti differenti) che, incidendo quindi in una fase civilistica che prende avvio con la stipula o con l'esecuzione del contratto, incardina la competenza del diverso giudice ordinario.

3. Il fondamento della revoca

Un importante chiarimento in tema di revoca (anche negli appalti pubblici) si deve, tra gli altri, al Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 5026/2016 e prima ancora all'A.P. 14/2014.

In via generale, ricorda il giudice, la revoca dei provvedimenti amministrativi è disciplinata dall'art.21- *quinquies* della legge n.241 del 1990 (e introdotta dall'art.14 della legge n.15 del 2005), configurandosi come strumento di autotutela decisoria "*preordinato alla rimozione, con efficacia ex nunc (e, quindi, non retroattiva), di un atto ad efficacia durevole, in esito a una nuova (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico alla conservazione della sua efficacia*". Ovviamente nel caso dell'aggiudicazione si è in presenza di un atto non ad effetti durevoli ma istantanei.

I presupposti per il valido esercizio della revoca, quindi, sono definiti dall'art.21-*quinquies* (come modificato dall'art.25, comma 1, lett. b-ter, d.l. n.133 del 2014) e consistono – al netto delle situazioni patologiche in cui insiste l'obbligo di ritarare il provvedimento favorevole all'appaltatore - **nella sopravvenienza di motivi di interesse pubblico, nel mutamento della situazione di fatto (imprevedibile al momento dell'adozione del provvedimento) e in una rinnovata (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico originario (tranne che per i provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici).**

Ovviamente non si tratta di un potere utilizzabile in modo arbitrario anche se "*il valido esercizio dello stesso resta, comunque, rimesso a un apprezzamento ampiamente discrezionale dell'Amministrazione procedente*".

La configurazione normativa del potere di autotutela in esame si presta, quindi, ad essere censurata, nella misura in cui ometta "*un'adeguata considerazione e un'appropriata protezione delle esigenze, sempre più avvertite come ineludibili, connesse alla tutela del legittimo affidamento (qualificato come "principio fondamentale" dell'Unione Europea dalla stessa Corte di Giustizia*

UE) ingenerato nel privato danneggiato dalla revoca e all'interesse pubblico alla certezza dei rapporti giuridici costituiti dall'atto originario, nonché, più in generale, alla stabilità dei provvedimenti amministrativi".

La revoca, pertanto, esige una interpretazione ed una applicazione coerente i principi generali dell'ordinamento della tutela della buona fede, della lealtà nei rapporti tra privati e pubblica amministrazione e del buon andamento dell'azione amministrativa (che ne implica, a sua volta, l'imparzialità e la proporzionalità) imponendo pertanto una lettura e attuazione secondo i canoni stringenti che il Consiglio di Stato, nella pronuncia citata ha ravvisato:

a) nella revisione dell'assetto di interessi recato dall'atto originario che dev'essere preceduta da un confronto procedimentale con il destinatario dell'atto che si intende revocare;
b) non è sufficiente, ricorda il giudice, per legittimare la revoca, un ripensamento tardivo e generico circa la convenienza dell'emanazione dell'atto originario;
c) le ragioni addotte a sostegno della revoca, che devono essere chiaramente esplicitate, devono rivelare la consistenza e l'intensità dell'interesse pubblico che si intende perseguire con il ritiro dell'atto originario;
d) la motivazione della revoca, sottolinea il giudice, "*dev'essere profonda e convincente, nell'esplicitare, non solo i contenuti della nuova valutazione dell'interesse pubblico, ma anche la sua prevalenza su quello del privato che aveva ricevuto vantaggi dal provvedimento originario a lui favorevole*".

4. La revoca negli appalti pubblici

Un primo punto chiarito dal giudice è che la revoca **resta impraticabile dopo la stipula del contratto d'appalto**, "*dovendo utilizzarsi, in quella fase, il diverso strumento del recesso (come chiarito dall'Adunanza Plenaria con la decisione in data 29 giugno 2014, n.14), prima del perfezionamento del documento contrattuale, al contrario, l'aggiudicazione è pacificamente revocabile (cfr. ex multis Cons. St., sez. III, 13 aprile 2011, n.2291)*".

La questione, poi, affrontata e risolta dal giudice nella sentenza in commento è quella della definizione della cornice legittimante l'esercizio del potere di revoca da parte della stazione appaltante. Non v'è dubbio che, al netto della presenza di diritti veri e propri, la definizione del procedimento di aggiudicazione, con l'assegnazione dell'appalto "*consolida in capo all'impresa aggiudicataria una posizione particolarmente qualificata ed impone, quindi, all'Amministrazione, nell'esercizio del potere di revoca, l'onere di una ponderazione particolarmente rigorosa di tutti gli interessi coinvolti*".

Non può sfuggire, e ciò è una ovvietà, che un conto è il ritiro/revoca di una aggiudicazione legittima altro è la revoca di una aggiudicazione oggettivamente illegittima ed in quanto tale "non dovuta".

Il ritiro di un'aggiudicazione legittima, si legge nella sentenza richiamata, "*postula, in particolare, 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, ed esige,* ***quindi, una motivazione particolarmente convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione comparativa dei predetti interessi*** *(cfr. Cons. St., sez. V, 19 maggio 2016, n.2095)*".

Anche per le procedure di aggiudicazione soggette alla disciplina del d.lgs. n.50 del 2016, il paradigma legale di riferimento resta, "*l'art.21-quinquies l. n.241 del 1990, e non anche la disciplina speciale dei contratti, che si occupa, infatti, di regolare il recesso e la risoluzione del contratto, e non anche la revoca dell'aggiudicazione degli appalti (ma solo delle concessioni)*".

5. La revoca per inidoneità della prestazione

Un caso di particolare rilievo che legittima la revoca è rappresentata dalla certificata inidoneità della prestazione a soddisfare le esigenze sottese all'appalto. Nel caso ultimo richiamato, la legittimazione del provvedimento di ritiro dell'aggiudicazione, nel caso in cui l'aggiudicazione risulti legittima (non viziata) deve fondarsi "*sulla*

sicura verifica dell'inidoneità della prestazione descritta nella lex specialis a soddisfare le esigenze contrattuali che hanno determinato l'avvio della procedura".

Appare chiaro, infatti, che l'aggiudicazione della gara a un'impresa che ha "*diligentemente confezionato la sua offerta in conformità alle prescrizioni della lex specialis può essere validamente rimossa, con lo strumento della revoca,* ***solo nell'ipotesi eccezionale in cui una rinnovata (e, comunque, tardiva) istruttoria ha rivelato l'assoluta inidoneità della prestazione inizialmente richiesta dalla stessa Amministrazione (e, quindi, dovuta dall'aggiudicatario) a soddisfare i bisogni per i quali si era determinata a contrarre"***.

Al contrario, ovviamente, non può in alcun modo giudicarsi idoneo a giustificare la revoca un ripensamento **circa il grado** di satisfattività della prestazione messa a gara.

Se si ammettesse, infatti, la revocabilità delle aggiudicazioni sulla sola base di un differente e sopravvenuto apprezzamento della misura dell'efficacia dell'obbligazione dedotta a base della procedura, si finirebbe, inammissibilmente, per consentire una "*indebita alterazione delle regole di imparzialità e di trasparenza che devono presidiare la corretta amministrazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, con inaccettabile sacrificio dell'affidamento ingenerato nelle imprese concorrenti circa la serietà e la stabilità della gara, ma anche con un rischio concreto di inquinamento e di sviamento dell'operato delle stazioni appaltanti*".

La revoca, adeguatamente motivata, dell'aggiudicazione legittima apre quindi (solo) alla possibilità del riconoscimento del c.d. danno emergente. Ovvero alla possibilità di essere ristorati per le spese sostenute per competere.

Prerogativa che riguarda quindi non solo gli atti durevoli ma "istantanei" come l'aggiudicazione visto l'espresso riconoscimento intervenuto con l'articolo 21-quinques, comma 1-bis della legge 241/90.

La revoca, adeguatamente motivata, dell'aggiudicazione legittima apre quindi (solo) alla possibilità del riconoscimento del c.d. danno emergente. Ovvero alla possibilità di essere ristorati per le spese sostenute per competere.

6. Il recesso

Il recesso trova una specifica disciplina già nella pregressa legge di contabilità n. 2248/1865, art. 345 (poi abrogato dall'articolo 256 del decreto legislativo 163/2006) in cui si chiariva come risultasse "*facoltativo all'Amministrazione di risolvere in qualunque tempo il contratto, mediante il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importare delle opere non eseguite*".

La norma trova(va) il suo omologo nel codice civile nell'articolo **1671** (Recesso unilaterale dal contratto) per l'appalto privato in cui si puntualizza che "*il committente può recedere dal contratto, anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno*". E la dottrina ha evidenziato come non esistano differenze tra la prerogativa della stazione appaltante di recedere dal contratto e tra il recesso "civilistico" del committente privato.

Il potere di recesso trova oggi una compiuta disciplina nell'articolo 109 del codice dei contratti. Articolo che, accanto a delle ipotesi vincolate ovvero ai sensi dell'articolo 88 ("*termini per il rilascio della comunicazione antimafia*"), comma 4 – ter "*quando la sussistenza delle cause di decadenza, di sospensione*" o di divieto di partecipazione in caso di collegamento tra imprese "*è accertata successivamente alla stipula del contratto, alla concessione di lavori o all'autorizzazione al subcontratto*" nonché nel caso in cui "*gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa siano accertati successivamente alla stipula del contratto, alla concessione dei lavori o all'autorizzazione del subcontratto*" (art. 92, comma 4 del Codice dei contratti).

Negli altri casi, prosegue il comma 1 dell'articolo 109 del Codice, "*la stazione appaltante può recedere dal contratto* ***in qualunque momento*** *previo il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni*

relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite".

L'esercizio del potere di recesso si pone in termini simili a quanto previsto per il procedimento amministrativo in generale (ex art. 6 e art. 10-*bis* della legge 241/90) esigendo una previa comunicazione (di competenza del RUP) dei motivi con un preavviso di non meno di 20 giorni "*decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettua il collaudo definitivo e verifica la regolarità dei servizi e delle forniture*".

I commi 2 e 4 dell'articolo 109 si occupano deli aspetti economici relativi al pagamento delle prestazioni svolte e dei materiali di cantiere che devono essere accettati dal direttore dei lavori o, nel contratto di beni/servizi, dal direttore dell'esecuzione se nominato o, in difetto, dal RUP.
Il comma di chiusura dell'articolo 109 prevede lo sgombero obbligatorio dei materiali non accettati dal direttore dei lavori/direttore dell'esecuzione che viene imposto d'ufficio a pena di intervento sostitutivo della stazione appaltante con spese a carico dell'appaltatore.

Il recesso incontra una ipotesi simmetrica che riguarda l'esecutore come previsto nell'articolo 5, comma 5 del DM 49/2018 (dedicato alla disciplina dei poteri/prerogative del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione) in cui si puntualizza che nel caso in cui "*la consegna avvenga in ritardo per causa imputabile alla stazione appaltante, l'esecutore può chiedere di recedere dal contratto. Nel caso di accoglimento dell'istanza di recesso l'esecutore ha diritto al rimborso delle spese contrattuali effettivamente sostenute e documentate*" (sempre entro precisi limiti quantitativi fissati dai successivi commi 12 e 13). Un riscontro negativo apre le porte alla possibilità di ottenere il risarcimento danni (sempre art. 5, comma 14 del DM citato).

Il DM 49/2018 chiarisce che l'istanza di recesso dell'appaltatore deve avere adeguata disciplina, quanto a casi in cui può essere ammesso, nel capitolato d'appalto. In questo senso l'articolo 5, comma 5 del DM citato precisa che "La stazione appaltante indica nel capitolato di appalto gli eventuali casi in cui è facoltà della stessa non accogliere l'istanza di recesso dell'esecutore"

Non a caso, il DM 49/2018 chiarisce che l'istanza di recesso dell'appaltatore deve avere adeguata disciplina, quanto a casi in cui può essere ammesso, nel capitolato d'appalto. In questo senso l'articolo 5, comma 5 del DM citato precisa che "La stazione appaltante indica nel capitolato di appalto gli eventuali casi in cui è facoltà della stessa non accogliere l'istanza di recesso dell'esecutore".

Il ruolo del broker assicurativo per la tutela degli interessi pubblici (parte II)

di Sonia Lazzini

IL PUNTO

3. Obbligo di procedura ad evidenza pubblica, si consiglia l'offerta economicamente più vantaggiosa a prezzo fisso

Lo svolgimento del servizio di brokeraggio assicurativo non comporta per le Pubbliche Amministrazioni oneri presenti o futuri per compensi, rimborsi o altro, in quanto il compenso per il broker, in ragione degli usi negoziali diffusi nel mercato assicurativo nazionale ed internazionale, resta a carico delle Compagnie di Assicurazione; ai sensi dell'art. 35 comma 4 del Codice, il valore stimato dell'appalto può essere calcolato sui premi assicurativi al netto di imposte e tasse.

L'importo è stato stimato calcolando l'ammontare presunto ed indicativo delle commissioni o di altre forme di remunerazione del broker.

Il servizio di brokeraggio assicurativo si configura come un appalto di servizi che deve essere affidato secondo le procedure previste dal Codice dei Contratti pubblici, escludendo quindi un affidamento a titolo oneroso *intuitu personae*, che costituirebbe danno erariale.

Ricordiamo la norma del codice dei contratti: **"Art. 95. (Criteri di aggiudicazione dell'appalto) … (…) 7. L'elemento relativo al costo, anche nei casi di cui alle disposizioni richiamate al comma 2, può assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi".**

Dal momento che alcun esborso risulta a carico della Stazione appaltante, si consiglia di impostare la valutazione delle offerte solo sulla componente tecnica in considerazione di:

a) il costo del servizio per l'amministrazione è indiretto;
b) l'interesse preponderante per l'ente non è per il prezzo, ma per la qualità del servizio stesso;
c) storicamente nelle gare con offerta economica che prevedono provvigioni entro un *range* minimo ed uno massimo si è assistito ad offerte tutte uguali allineate al valore minimo al fine di ottenere il punteggio massimo, di fatto svilendo la componente "prezzo" dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
d) la percentuale provvisionale predeterminata consente di quantificare a priori la retribuzione del broker ed assestarla su valori congrui e remunerati. Altrimenti la remunerazione del broker si ridurrebbe all'aumentare dell'impegno profuso, realizzando un meccanismo di premialità inversa e rischiando di trasformarsi in un aumento del costo dei prodotti assicurativi.

Questo è un suggerimento per determinare l'importo dell'appalto:

La gara viene aggiudicata attribuendo all'elemento economico la forma del prezzo fisso, quantificato nella misura della **provvigione del 5% per la polizza RC Auto e da quella del 10% per le altre polizze**, che costituiranno le provvigioni da porre a carico delle compagnie assicurative per il servizio prestato dal broker, immutabili per tutta la durata dell'appalto.

Tutto ciò anche per superare le criticità già segnalate dall'ANAC (Determinazione n. 2 del 13 marzo 2013) "4.3. Criteri di aggiudicazione e requisiti di partecipazione.

"Si è osservato che in numerose gare le stazioni appaltanti, in caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tendono a valutare l'offerta economica sulla base di formule a punteggio assoluto, ponendo soglie inferiori e superiori per la percentuale della commissione richiesta.
Ad esempio, si assegna il punteggio massimo se la commissione richiesta è pari o inferiore alla soglia prefissata, un punteggio pari a zero se la commissione è pari o superiore alla soglia massima prevista.

Di regola, in gare siffatte, si osserva la tendenza di tutti gli operatori economici concorrenti ad offrire un prezzo allineato sul valore sufficiente ad ottenere il punteggio massimo. Criteri di valutazione dell'offerta economica basati sul punteggio assoluto con una soglia prefissata finiscono, dunque, con l'allineare le offerte economiche e, quindi, con lo svilire completamente la componente di prezzo nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Peraltro, poiché tutti gli operatori economici appaiono in grado di offrire il prezzo minimo indicato dalla stazione appaltante, si può dedurre che la stessa avrebbe potuto ottenere sconti maggiori rispetto a quelli prefissati.

Come per i servizi assicurativi, anche nelle procedure per l'affidamento dei servizi di brokeraggio sono stati osservati bandi nei quali è richiesta, quale requisito di partecipazione, una capacità economica finanziaria sproporzionata rispetto al valore dell'affidamento ovvero è richiesta la dimostrazione di aver svolto un numero elevato di prestazioni a favore di determinate stazioni appaltanti o per l'intermediazione di determinati rischi.

In alcune circostanze, è prescritta la disponibilità di una sede nel comune in cui è localizzata la stazione appaltante come requisito di partecipazione.

In altri casi, ciò è considerato come criterio di valutazione, insieme ad altri, legati alle dimensioni del concorrente, quali il numero di dipendenti o il fatturato realizzato. L'Autorità ha più volte avuto occasione di ricordare come tali elementi introducono distorsioni nella concorrenza, restringendo in modo ingiustificato il numero di potenziali concorrenti alla gara e favorendo gli operatori economici di dimensioni maggiori, senza che ciò risulti in alcun modo correlato con la qualità dell'offerta.".

Per quanto concerne gli elementi di valutazione delle offerte, si consigliano, giusto a titolo di esempio, i seguenti parametri:

1. MODALITÀ OPERATIVE

Individuazione ed analisi dei rischi, soluzioni assicurative per le protezioni e le tutele richieste, tecniche e modalità individuate al fine di ridurre la sinistrosità.

Attività ordinaria e straordinaria per la gestione del programma assicurativo, ivi compresa l'assistenza in fase di trasferimento dei rischi al mercato assicurativo

Gestione e modalità di trattazione dei sinistri e modalità utilizzate per il normale flusso informativo sullo stato dei sinistri

2. MODALITÀ ORGANIZZATIVE

Modalità organizzative concrete finalizzate alla corretta erogazione del servizio in favore della Stazione Appaltante e tempi di resa delle prestazioni oggetto dell'incarico

Qualità e completezza del gruppo di lavoro dedicato con indicazione dell'adeguata esperienza nelle diverse tipologie di copertura oggetto del presente procedimento, con particolare riferimento alle seguenti figure:
- Responsabile del servizio/Referente
- Specialisti nelle diverse coperture assicurative richieste

3. PIANO DI FORMAZIONE PER IL PERSONALE

Organizzazione, nel periodo di vigenza contrattuale, di sessioni di formazione in aula o modalità on line rispondenti alle tematiche indicate dalla Stazione Appaltante e relative alla fruizione dei pacchetti assicurativi sottoscritti dalla stessa

Predisposizione e invio di newsletter avente ad oggetto il quadro normativo, tecnico e giurisprudenziale inerente al settore assicurativo nonché il contenuto dei principali contratti assicurativi della Stazione Appaltante.

4. Rischio di danno erariale in caso di pagamento diretto

Mettiamo ora in evidenza alcuni passaggi tratti prima dalla sentenza di primo grado e dopo confermati dalla Corte di appello della Corte dei Conti, per una fattispecie di danno erariale da doppio pagamento al broker.

Vediamo i fatti.

Con una si delibera di affidare alla "Alfa Broker s.r.l." "l'incarico di consulenza, studio, ricerca, indagini e rilevazioni nonché di assistenza per la conclusione dei contratti assicurativi della Provincia", precisando che la ditta avrebbe dovuto curare l'espletamento delle "procedure inerenti lo studio e la valutazione delle formule assicurative più idonee per soddisfare le esigenze dell'Amministrazione Provinciale anche in relazione ai costi da sostenere, previa analisi dei contratti esistenti e con esclusione di attività gestorie", prevedendo l'erogazione alla medesima ditta di un compenso di € 100.000,00, più I.V.A.

Tale determinazione dirigenziale era stata preceduta dal parere di un Collegio di Valutazione (presieduto dallo stesso B), che in data 7.11.2006, dopo aver esaminato i "*curricula*" inviati da alcuni brokers, aveva ritenuto preferibile l'offerta a titolo oneroso proveniente dalla "Alfa Broker s.r.l." di Catania e ciò nonostante che altre ditte concorrenti avessero espressamente dichiarato che avrebbero fornito a titolo gratuito il medesimo servizio di consulenza assicurativa, **ha stabilito di volersi avvalere del supporto di un broker assicurativo, iscritto all'Albo dei mediatori in assicurazione e riassicurazione, al fine di garantire un valido supporto alla Provincia di Catania per tutte le procedure afferenti questioni assicurative, non essendo rinvenibile all'interno della pianta organica dell'Amministrazione interessata, una figura professionale adeguatamente specializzata e competente in materia di assicurazioni.**

La Provincia dichiarava di avvalersi dell'attività di consulenza ed assistenza di Alfa Broker s.r.l. affidando alla stessa non già un servizio di brokeraggio assicurativo, bensì "l'espletamento delle procedure inerenti lo studio e la valutazione delle formule assicurative più idonee per questa Amministrazione anche in relazione ai costi da sostenere con esclusione dell'attività gestoria. Al

riguardo il professionista provvederà ad una analisi dei contratti esistenti".

L'Amministrazione affidataria del servizio, quindi, anche alla luce di quanto affermato dal Ministero del Tesoro, Bilancio e Programmazione Economica, Dipartimento Ragioneria Generale dello Stato, con le Circolari n. 2/1999 e n. 26/2001, ha ritenuto di non dover inquadrare il servizio di che trattasi tra i servizi assicurativi in senso stretto, con conseguente applicazione della normativa di cui al d.lgs. 157/1995, bensì ha ritenuto che il servizio in parola fosse riconducibile ad una generica attività di studio, consulenza e ricerca e come tale rientrante nel più ampio *genus* di contratto di opera intellettuale ex art. 2299 e ss c.c. e, come tale, affidabile *intuitu personae*, quindi senza indizione di gara, anche qualora l'attività in parola fosse stata esercitata in forma di impresa.

Nei fatti di che trattasi la Procura contabile ha ravvisato l'esistenza di un presunto danno alle pubbliche risorse per avere, l'odierno convenuto, nella sua qualità di Dirigente del Dipartimento Servizio Appalti e Contratti della Provincia Regionale di Catania, affidato un contratto di brokeraggio senza l'osservanza delle prescritte procedure di gara, con ciò minando palesemente il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione.

La Procura contabile, poi, ha ritenuto contrarie ad una sana amministrazione della cosa pubblica anche l'indizione e la successiva revoca della gara per l'affidamento del servizio di brokeraggio che hanno di poco preceduto l'affidamento del servizio per cui è causa, in quanto le scelte in parola non sono state supportate da una valida motivazione e, come tali, sarebbero da considerarsi chiaramente preordinate alla causazione del danno contestato all'odierno convenuto.

Non sufficientemente motivata, poi, sarebbe stata la scelta di affidare, a titolo oneroso, proprio alla Alfa Broker s.r.l. il servizio di che trattasi, quando altri soggetti avrebbero offerto il medesimo servizio senza ricevere in cambio dall'Amministrazione alcun compenso.

I pareri dei giudici contabili.

Il Collegio reputa necessario, in via preliminare, inquadrare la figura del broker alla luce della normativa di settore al fine di, eventualmente, poter contrapporre lo stesso alla figura del mero consulente in materia di assicurazioni, quale sarebbe stata, a detta della difesa, la Alfa Broker s.r.l. La L. 792/1984 (norma istitutrice dell'Albo dei Broker), all'art. 1 dispone che "Agli effetti della presente legge è mediatore di assicurazione e riassicurazione, denominato anche broker, chi esercita professionalmente attività rivolta a mettere in diretta relazione con imprese di assicurazione o riassicurazione, alle quali non sia vincolato da impegni di sorta, soggetti che intendano provvedere con la sua collaborazione alla copertura dei rischi, assistendoli nella determinazione del contenuto dei relativi contratti e collaborando eventualmente alla loro gestione ed esecuzione". Più di recente, il c.d. Codice delle Assicurazioni (d.lgs. 209/2005), trasponendo nel diritto italiano quanto rinvenibile nella direttiva 2002/92/CE del Parlamento Alfao e del Consiglio del 9 dicembre 2002 sulla "intermediazione assicurativa", pubblicata sulla G.U.C.E. L n. 3 del 15 gennaio 2003, all'art. 106, rubricato "Attività di intermediazione assicurativa e riassicurativa", ha disposto che "L'attività di intermediazione assicurativa e riassicurativa consiste nel presentare o proporre prodotti assicurativi e riassicurativi o nel prestare assistenza e consulenza finalizzate a tale attività e, se previsto dall'incarico intermediativo, nella conclusione dei contratti ovvero nella collaborazione alla gestione o all'esecuzione, segnatamente in caso di sinistri, dei contratti stipulati". Inoltre, secondo il Regolamento Isvap n. 5/2006, "si intendono per mediatori o broker gli intermediari che agiscono su incarico del cliente e che non hanno poteri di rappresentanza di imprese di assicurazione o di riassicurazione".

Le attività svolte dal broker assicurativo, poi, anche secondo l'AIBA – Associazione Italiana Brokers di Assicurazioni e Riassicurazioni, consistono in: analisi dei rischi, definizione delle specifiche contrattuali, individuazione delle compagnie d'assicurazione idonee, gestione dei contratti, assistenza nella liquidazione dei danni, aggiornamento costante sulle dinamiche dei rischi e sull'andamento del mercato assicurativo.

La Suprema Corte di Cassazione (sent. 12973/2010), poi, ha avuto modo di affermare che "In tema di mediatori di assicurazione, alla luce della complessiva disciplina di cui alla legge 28 novembre 1984, n. 792 (artt. 1, 4 lett. f) e g),

5 lett. e) ed f), 8), il "broker" assicurativo svolge - accanto all'attività imprenditoriale di mediatore di assicurazione e riassicurazione - un'attività di collaborazione intellettuale con l'assicurando nella fase che precede la messa in contatto con l'assicuratore, durante la quale non è equidistante dalle parti, ma agisce per iniziativa dell'assicurando e come consulente dello stesso, analizzando i modelli contrattuali sul mercato, rapportandoli alle esigenze del cliente, allo scopo di riuscire a ottenere una copertura assicurativa il più possibile aderente a tali esigenze e, in generale, mirando a collocarne i rischi nella maniera e alle condizioni più convenienti per lui".

Il contenuto dell'attività di brokeraggio così come tipizzata dal legislatore e, quindi, interpretata dalla giurisprudenza, si articola, pertanto, in due distinte componenti che non debbono necessariamente coesistere:
Attività di prestazione professionale avente ad oggetto assistenza e consulenza in ordine alla predisposizione di un piano di gestione dei rischi dell'assicurato e alla selezione dei prodotti assicurativi presenti nel mercato maggiormente idonei al soddisfacimento degli interessi dell'assicurato, attività di rappresentanza dell'assicurato sia nella stipulazione della polizza assicurativa, sia nella successiva gestione dell'esecuzione del contratto di assicurazione (la cd. Clausola Broker).

Già da una prima lettura, alla luce delle norme che disciplinano la materia in esame nonché della più recente giurisprudenza, dei contratti stipulati dalla Provincia si comprende chiaramente come anche lo svolgimento della sola attività di consulenza faccia assumere al 'consulente assicurativo' il ruolo di broker, essendo anche le sole attività di consulenza propedeutiche alla stipula del contratto di assicurazione, pacificamente riconducibili alla figura del broker;
"nell'ambito delle attività proprie del broker si distingue quella della collaborazione intellettuale con l'assicurando per la copertura dei rischi e la assistenza alla determinazione del contenuto dei futuri contratti, seguita logicamente e cronologicamente dall'eventuale intermediazione nella conclusione e gestione dei contratti assicurativi" – (Cass. 1991/2005).
Anche la mera attività propedeutica alla stipula del contratto di assicurazione in senso stretto, non seguita dalla assistenza successiva alla stipula del contratto medesimo, quindi, fa assumere al "consulente" il ruolo di broker, con tutte le conseguenze che ne derivano, ovviamente, in termini di affidamento del contratto medesimo e di modalità remunerazione del servizio reso.

Ma vi è di più. Nel caso di specie, lo stesso contratto di affidamento del servizio di consulenza assicurativa, più di una volta definisce la controparte dell'Ente pubblico, Alfa Broker s.r.l., come "broker". E non solo. Al successivo articolo 4 del contratto si legge che tra le condizioni di revoca dello stesso vi sia, tra l'altro, la cancellazione del consulente dall'Albo dei mediatori di assicurazione e riassicurazione di cui alla L. 792/1984.

Se l'attività della Alfa Broker s.r.l. fosse stata di mera consulenza a nulla avrebbe rilevato, in sede di stipula del contratto, prevedere tra le cause di una eventuale revoca dello stesso, la cancellazione della Alfa Broker s.r.l. dall'Albo dei mediatori assicurativi.

In ogni caso, il contratto stipulato tra la Provincia e la Alfa Broker s.r.l. all'art. 2, prevede tra le prestazioni poste a carico di quest'ultima non già una mera consulenza propedeutica alla stipula dei contratti medesimi, bensì anche l'aggiornamento dei contratti nonché l'assistenza nella gestione dei sinistri attivi e passivi.

Il Consiglio di Stato, infatti, con sentenza del 24 febbraio 2000 n. 1019 ha fatto un pò di chiarezza nell'incertezza della materia, affermando che tutti i servizi di consulenza in materia assicurativa (sia che essi siano riconducibili ad attività di mera consulenza propedeutica alla stipula di contratti di assicurazione, sia che essi, invece, ricomprendano tutta l'attività successiva alla stipula dei contratti di assicurazione, garantendo, quindi, anche assistenza per eventuali sinistri) rientrino comunque nel contratto di brokeraggio che, in quanto contratto di appalto di servizio, deve essere preceduto da procedura selettiva ad evidenza pubblica ritenendo, quindi, applicabile la disciplina del d.lgs. 195/95

Illegittima appare, invece, la previsione di un compenso per la Alfa Broker s.r.l., alla luce delle osservazioni qui di seguito esposte.

Il contratto di brokeraggio, come poc'anzi

accennato è, per una generica prassi di mercato, un contratto c.d. "a costo zero".
Chi ricorre all'ausilio del broker, infatti, non deve corrispondere alcun compenso al broker per l'attività dallo stesso svolta, essendo il compenso di quest'ultimo ricompreso nel premio che il beneficiario del servizio di brokeraggio dovrà corrispondere alla compagnia assicurativa una volta stipulato il contratto di assicurazione.

Successivamente alla stipula dei contratti di assicurazione conclusi con l'ausilio del broker, quindi, quest'ultimo potrà trattenere una percentuale di premio che l'assicurato dovrà corrispondere alla compagnia di assicurazioni.
Nel caso in esame, però, il broker, Alfa Broker s.r.l., ha ricevuto per i servizi prestati, secondo le modalità meglio indicate in narrativa, un compenso di Euro 100.000 oltre IVA, direttamente dalla Provincia di Catania assicurata.

Alla luce di quanto sin qui esposto, il Collegio ritiene chiaramente illegittimo il contenuto della Determina Dirigenziale a firma dell'odierno convenuto, per avere lo stesso, nonostante i consolidati usi di mercato, ritenuto di poter affidare il servizio di brokeraggio all'unico offerente che richiedeva un compenso per lo svolgimento del servizio medesimo.

Palesemente illogica ed immotivata appare, pertanto, la scelta di affidare il servizio di brokeraggio all'unico offerente che chiedeva in cambio alti compensi nè, tantomeno, l'odierno convenuto ha dimostrato che, le scelte alternative e contrarie agli usi di mercato dallo stesso prese avrebbero portato guadagni o, quanto meno, non avrebbero aggiunto costi, per l'amministrazione.

La condotta del B_ Alfio, quindi, deve considerarsi caratterizzata da colpa grave per avere lo stesso tenuto una condotta macroscopicamente lontana da quella astrattamente esigibile.

Il B_ Alfio, infatti, nella qualità di Dirigente della Provincia doveva essere a conoscenza dei noti e consolidati usi praticati nel mercato delle assicurazioni e, pertanto, previo corretto inquadramento del contratto affidato alla Alfa Broker s.r.l., doveva non prevedere alcun compenso a favore di quest'ultima per l'attività dalla stessa svolta.

Il B_, invece, ha posto in essere un comportamento in totale violazione di norme di facile interpretazione; pertanto sussistono tutti gli elementi che la costante giurisprudenza di questa Corte (v. per tutte Appelli Sicilia 101/2010) "ha da tempo chiarito costituire condotte "affette da colpa grave", e cioè "quelle evidenti e marcate trasgressioni degli obblighi di servizio o di regole di condotta che siano ex ante ravvisabili e riconoscibili per dovere professionale d'ufficio, e che, in assenza di oggettive ed eccezionali difficoltà, si materializzano nell'inosservanza del minimo di diligenza richiesto nel caso concreto ovvero in una marchiana imperizia o in una irrazionale imprudenza" (SS.RR. n. 56/A del 1997)". (sentenza numero 439 del 30 gennaio 2013 pronunciata dalla CORTE DEI CONTI _ SEZIONE PER LA SICILIA).

La decisione viene confermata in appello.

"Passando alla disamina delle questioni di merito, il Collegio Giudicante rileva che (come esattamente evidenziato dalla Sezione di primo grado) è ben noto che, in conformità a consolidatissimi usi di mercato (da lungo tempo costantemente applicati sia in ambito nazionale che internazionale), le ditte assicuratrici provvedono, in maniera sistematica, a calcolare preventivamente sui premi da proporre ai soggetti che intendano stipulare polizze assicurative anche la cosiddetta "commissione per l'intermediazione", ossia una quota di premio che dovrà servire a remunerare (principalmente) il proprio "agente di zona" (incaricato di contattare i clienti e/o di gestire i rapporti con essi instaurati) nonché (eventualmente) il broker, della cui opera il cliente ritenga opportuno avvalersi.

Conseguentemente, il soggetto assicurato viene invariabilmente a pagare il medesimo ammontare di premio (comprensivo della percentuale corrispondente alla "commissione per l'intermediazione"), a prescindere dalla circostanza che si sia avvalso o meno dell'ausilio di un broker (nel caso in cui non lo abbia fatto, la "commissione per l'intermediazione" resta ad esclusivo vantaggio dell'agente di zona della ditta assicuratrice).

Tenuto conto di tali circostanze, il Collegio Giudicante reputa, quindi (condividendo le tesi esposte nella sentenza di primo grado), che sia stata priva di qualsiasi razionale giustificazione nonchè palesemente antieconomica per l'Amministrazione Provinciale la scelta che venne

compiuta dal B_, il quale, nell'affidare alla "Alfa Broker s.r.l." l'incarico di brokeraggio, pattuì con tale ditta il pagamento di un elevato corrispettivo, pur essendo egli perfettamente a conoscenza che: **Secondo i consolidati usi di mercato, il compenso spettante al broker risulta, in maniera sistematica, già preventivamente ricompreso nel premio che il cliente deve versare alla ditta assicuratrice, la quale, a sua volta, provvede direttamente a remunerare il broker per l'attività svolta nella fase propedeutica alla stipula del contratto di assicurazione.**

Risulta, quindi, del tutto evidente che, a causa della scelta scriteriata e superficiale compiuta dal B_, l'Amministrazione Provinciale ha sostenuto una spesa superflua, in quanto:

- da un lato, ha corrisposto direttamente un ingente compenso alla "Alfa Broker s.r.l.", pur potendo fruire di attività di consulenza a titolo gratuito (che, va ribadito, le era stata formalmente offerta dagli altri brokers sopra menzionati);
- da un altro lato, ha pagato alle ditte con le quali ha stipulato i contratti di assicurazione premi nei quali, in base ai consolidati usi di mercato, da lungo tempo costantemente applicati in ambito nazionale ed internazionale, era già ricompresa una quota appositamente destinata a remunerare, oltre che l'agente di zona della ditta assicuratrice, anche il broker.

Il Collegio Giudicante reputa, pertanto, che sia palesemente infondata la tesi sostenuta dal B_, secondo cui, nel concordare con la "Alfa Broker s.r.l." che il pagamento del corrispettivo ad essa spettante doveva essere effettuato direttamente dall'Amministrazione Provinciale, egli non avrebbe cagionato alcun danno erariale, anzi, avrebbe arrecato un vantaggio all'Ente Pubblico, evitando che il medesimo corrispondesse premi più elevati alle ditte assicuratrici.

A tal proposito, deve sottolinearsi che il B_ non ha fornito alcuna prova che la Provincia, nello stipulare i contratti di assicurazione con le società **avesse versato premi che (in difformità dai consolidati usi di mercato) fossero stati appositamente calcolati al netto della "commissione per l'intermediazione", notoriamente destinata a remunerare sia l'agente di zona della ditta assicuratrice sia il broker di fiducia del cliente.

Il Collegio Giudicante reputa, conclusivamente, che:
il comportamento tenuto dal B_ sia stato caratterizzato da grave negligenza, inescusabile scriteriatezza e notevole superficialità nella cura degli interessi dell'Amministrazione d'appartenenza;
sia stata priva di qualsiasi utilità giuridicamente apprezzabile la spesa di € 112.666,67 (comprensiva di I.V.A.), che l'Amministrazione Provinciale di Catania ha sostenuto per pagare il compenso preteso dalla "Alfa Broker s.r.l.";
non sia meritevole d'alcuna censura la sentenza n.439/2013, con la quale la Sezione di primo grado ha condannato il B_ a risarcire, in misura equivalente alla spesa inutilmente effettuata, il danno finanziario patito dalla Provincia di Catania, non essendo ravvisabili validi elementi per l'applicazione in suo favore del "potere riduttivo dell'addebito", di cui all'art. 52 del R.D. n.1214/1934 (Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale d'Appello per la Regione Siciliana n. 234 del 22 maggio 2014).

5. Una recentissima sentenza sul sistema di remunerazione del broker

Merita riportare il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 5904 del 20 maggio 2021 pronunciata dal Tar Lazio, Roma.

"il Collegio ritiene di evidenziare come non solo non sia ravvisabile nella *lex specialis* la carenza di chiarezza lamentata, ma neppure possa pretendersi di interpretare la *lex specialis*, anziché tenendo conto dell'interesse pubblico, sulla base dei guadagni che l'aggiudicatario avrebbe inteso conseguire.

Ed invero, tutto l'impianto del ricorso si basa sulla (personale) prospettiva di parte ricorrente secondo cui la Regione Lazio nell'indicare nel disciplinare di gara e nel capitolato tecnico un sistema remunerativo del servizio di brokeraggio - e cioè dell'attività di consulenza assicurativa e di gestione sinistri in relazione ai rapporti assicurativi in essere e che la Regione Lazio sottoscriverà nel periodo di affidamento del presente appalto - basato sia sulle provvigioni che il broker trattiene a seguito del pagamento dei premi nelle misure percentuali vigenti sino al 31 marzo 2023 e specificate negli atti di gara

che restano invariate, sia sulle provvigioni derivanti dall'intermediazione dei contratti assicurativi da stipulare dopo la scadenza del 31 marzo 2023, avrebbe indotto parte ricorrente a ritenere che "il broker uscente, ove non sia l'aggiudicatario della gara, mantiene la remunerazione per l'attività già svolta sino alla scadenza del suo contratto di affidamento".

L'amministrazione, tuttavia - diversamente da quanto "interpretato" da parte ricorrente - aveva chiaramente indicato tanto nel punto 16 quanto nel punto 17.3 della *lex specialis* che il parametro della percentuale del ribasso unico offerto dai concorrenti avrebbe dovuto essere **la base d'asta di euro 186,086,07 (calcolata sui premi corrisposti dall'amministrazione per i contratti in essere), e non solo la provvigione del broker "ribassabile" (e dunque quella del terzo anno, decorrente dal 31 marzo 2023)**.

Nessun elemento di novità, al riguardo, è stato peraltro fornito dai chiarimenti dell'amministrazione, se si considera in particolare, la risposta al Quesito 1 lett.a), secondo cui "**Il ribasso unico percentuale deve essere offerto rispetto all'importo complessivo a base d'asta. Il medesimo ribasso verrà valutato applicato al valore percentuale delle provvigioni"), che sta chiaramente a significare come il medesimo ribasso unico offerto con riferimento all'importo complessivo a base d'asta sarebbe stato applicato al valore percentuale delle provvigioni (evidentemente, con riferimento all'ultimo anno).**

In ogni caso, dal rigetto del ricorso principale deriva la conseguente improcedibilità per carenza di interesse del ricorrente ai motivi aggiunti nella parte in cui contesta, per violazione della par condicio, l'aggiudicazione ad alfa. Giova comunque evidenziare che la censura dedotta al riguardo è inammissibile per carenza di interesse, in quanto - **posto che i medesimi ricavi del primo biennio calcolati per alfa sono stati calcolati per beta- non è stato l'utile "modificato" da alfa a pregiudicare beta consentendole di aggiudicarsi la gara, ma sono stati gli elevatissimi costi indicati da beta nell'offerta economica, ben più alti di quelli di alfa a non consentire, in qualsiasi modo, alla prima di superare positivamente il giudizio di anomalia**.".

Grave illecito professionale, il processo di valutazione discrezionale a cura dell'Amministrazione. I presupposti e le finalità

IL PUNTO

di Beatrice Corradi

1. Gravi violazioni professionali: la direttiva 2014/24 e l'art. 80, comma 5, lettera c del D.lgs. 50/2016

Il concetto di grave illecito professionale ricomprende ogni condotta collegata all'esercizio dell'attività professionale contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa.

La direttiva 2014/24 afferma che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero 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.

Una grave violazione dei doveri professionali può infatti mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto.

Una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto.

L'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe, quindi, poter escludere candidati o offerenti che in occasione dell'esecuzione di precedenti appalti pubblici abbiano 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. 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 giustificarne l'esclusione.

L'articolo 57 della direttiva, intitolato «Motivi di esclusione», dispone: «(…) *Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: (…) c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare*

con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità; (…) g) se l'operatore economico ha evidenziato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili>>.

A fronte di quanto sopra, 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. L'operatore economico deve dimostrare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti in modo globale e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti, tutto ciò al fine di dimostrare la propria idoneità professionale.

L'articolo 80, comma 5, lettera c), del decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 – Codice dei contratti pubblici (supplemento ordinario alla GURI n. 91, del 19 aprile 2016), stabilisce che un operatore economico può essere escluso da una procedura di gara d'appalto quando: «*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*>>. Rappresentano mezzi adeguati, ad esempio, significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, oppure confermata all'esito di un giudizio, o che ha dato luogo ad una condanna al risarcimento.

Quindi il quadro di riferimento prevede che le stazioni appaltanti escludano dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico, qualora si possa dimostrare, a cura dell'Amministrazione, con adeguati mezzi, l'illeceità professionale da cui consegua la non garanzia di integrità ed affidabilità dell'operatore e nel caso in cui l'operatore abbia, nell'esecuzione di un appalto precedente o di una concessione, aver causato significative o persistenti carenze nell'esecuzione, con l'effetto della risoluzione per inadempimento, o della condanna per risarcimento del danno o di altre sanzioni comparabili con le precedenti misure. Ciò esprime le condizioni che devono essere presenti alternativamente per adottare un provvedimento di esclusione.

Quindi secondo l'art. 80 del Codice Appalti, comma 5, lett. c), le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora possano dimostrare, con adeguati mezzi, l'illeceità professionale da cui consegua la non garanzia di integrità ed affidabilità dell'operatore. La lett. c-*ter*) stabilisce inoltre l'esclusione qualora: "*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*".

A fronte di quest'ultima disposizione, al fine dell'esclusione, l'operatore deve, nell'esecuzione di un appalto precedente o di una concessione, aver causato significative o persistenti carenze nell'esecuzione causandone la risoluzione per

inadempimento, o la condanna per risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili con le precedenti misure. Quanto riportato esprime le condizioni che devono essere presenti alternativamente per adottare un provvedimento di esclusione (rilevanza, persistenza delle carenze e l'applicazione di rimedi sanzionatori) a fronte di un giudizio complessivo con riferimento all'oggetto del contratto che si andrà a stipulare.

La valutazione dell'idoneità del comportamento a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente attiene all'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante e deve essere effettuata con riferimento alle circostanze dei fatti, alla tipologia di violazione, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, il tutto in relazione, quindi, all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto.

Il requisito della gravità del fatto illecito deve essere valutato con riferimento all'idoneità dell'azione a incidere sul corretto svolgimento della prestazione contrattuale e, quindi, sull'interesse della stazione appaltante a contrattare con l'operatore economico.

Per le Linee Guida n 6 assumono, ad esempio, rilevanza le carenze del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto; l'adozione di comportamenti scorretti; il ritardo nell'adempimento; l'errore professionale nell'esecuzione della prestazione; 6. l'aver indotto in errore l'amministrazione circa la fortuità dell'evento che dà luogo al ripristino dell'opera danneggiata per caso fortuito interamente a spese dell'amministrazione stessa.

La giurisprudenza, formatasi riguardo alle lett. c) e c-ter) dell'art. 80 del vigente codice dei contratti pubblici, ha sottolineato in primo luogo che il concorrente è tenuto ad una dichiarazione veritiera e completa, la quale sola può permettere di esprimere un giudizio sull'affidabilità professionale di una partecipante, giudizio che non può che essere di ampia portata discrezionale e quindi sindacabile dal giudice amministrativo nei soli limiti della evidente illogicità o irrazionalità o del determinante errore fattuale.

2. L'irrogazione di penali nel corso dell'esecuzione del rapporto contrattuale quale causa di esclusione

Le penali sotto il valore dell'un per cento sono irrilevanti, come risultante dalla Linee guida dell'Anac n.6 secondo cui le stazioni appaltanti devono comunicare all'Autorità ai fini dell'iscrizione nel Casellario informatico, di cui all'art. 213 comma 10 dello stesso codice, i provvedimenti di applicazione delle penali di importo superiore, singolarmente o cumulativamente con riferimento al medesimo contratto, all'1% dell'importo del contratto stesso.
Secondo giurisprudenza consolidata la applicazione delle penali contrattuali non offre alcun elemento per considerare che l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento, cui esse si ricollegano, costituisca errore grave nell'esercizio dell'attività professionale.

Le attuali previsioni normative sono sostanzialmente sovrapponibili a quelle dell'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. 163 del 2006, il quale prevedeva la non ammissione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi ovvero inibiva l'affidamento di subappalti o ancora la stipulazione dei relativi contratti per coloro che "secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo da parte della stazione appaltante".

La giurisprudenza, formatasi su tale ultima disposizione e che può trovare tuttora seguito anche con riguardo alle lett. c) e c-ter) dell'art.

80 del vigente codice dei contratti pubblici, ha sottolineato in primo luogo che il concorrente è tenuto ad una dichiarazione veritiera e completa, la quale sola può permettere di esprimere un giudizio sull'affidabilità professionale di una partecipante, giudizio che non può che essere di ampia portata discrezionale e quindi sindacabile dal giudice amministrativo nei soli limiti della evidente illogicità o irrazionalità o del determinante errore fattuale; è stato aggiunto che l'omissione di tale dichiarazione non consente infatti all'amministrazione di poter svolgere correttamente e completamente la valutazione di affidabilità professionale dell'impresa e fa assumere alla domanda di partecipazione resa in sede di gara la natura di dichiarazione non già incompleta, ma non veritiera e pertanto non sanabile con il soccorso istruttorio di cui all'art. 46 d.lgs. n. 163 del 2006 (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2017, n. 4527).

Ricorrono sicuramente significative carenze quando le medesime comportano, tra l'altro, la condanna al risarcimento del danno oltre che la comminatoria di altre sanzioni, come quella penale a carico della stessa società per reati di notevole spessore criminoso, quali l'associazione a delinquere, la frode in pubbliche forniture, la truffa a danno delle aziende sanitarie.

Pertanto, ai fini dell'esclusione dalla gara pubblica prevista dall'art. 80, comma 5 del d.lgs. 50/2016 rilevano anche i provvedimenti giurisdizionali non definitivi qualora contengano una condanna al risarcimento del danno e uno degli altri effetti tipizzati dallo stesso art. 80.

La commissione di tali reati può anche essere risalente nel tempo, posto che il limite temporale di tre anni (Direttiva UE 24/2014 e Linee guida ANAC) decorre non dal momento storico in cui è stato posto in essere il fatto che costituisce reato bensì dalla data del provvedimento giurisdizionale che ne ha accertato la sussistenza.

E' stato anche precisato che la stazione appaltante può ritenere la sussistenza dei gravi errori professionali anche in assenza di un accertamento giurisdizionale di tali errori e di una dichiarazione della P.A. che abbia pronunciato la risoluzione per inadempimento di quel rapporto, purché le pregresse violazioni contestate siano numerose e puntuali, come, per esempio, l'abbandono del servizio, la mancata effettuazione della raccolta indifferenziata e dell'organico, l'incasso di somme per servizi non resi, il mancato versamento degli oneri di discarica.

In definitiva, indipendentemente dalla contestazione giudiziale dell'applicazione delle penali contrattuali, queste ultime da sole non offrono alcun elemento per considerare che l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento, cui esse si ricollegano, costituisca errore grave nell'esercizio dell'attività professionale.
Ciò tra l'altro in considerazione del fatto che la stessa pattuizione della clausola penale non sottrae il rapporto alla disciplina generale delle obbligazioni, per cui deve escludersi la responsabilità del debitore quando costui prova che l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione, sia determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, essendo connotato essenziale di tale clausola la sua connessione con l'inadempimento colpevole di una delle parti e non potendo, pertanto, essa configurarsi allorché sia collegata all'avverarsi di un fatto fortuito o, comunque, non imputabile alla parte obbligata, in termini Cass. Civ., sez. II, 10 maggio 2012, n. 7180.

In definitiva, indipendentemente dalla contestazione giudiziale dell'applicazione delle penali contrattuali, queste ultime da sole non offrono alcun elemento per considerare che l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento, cui esse si ricollegano, costituisca errore grave nell'esercizio dell'attività professionale.

Il pregresso inadempimento, anche se non abbia prodotto gli effetti risolutivi, risarcitori o sanzionatori tipizzati dal legislatore, può rilevare comunque a fini escludenti qualora assurga al rango di "grave illecito professionale", tale da rendere dubbia l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico, e deve pertanto ritenersi rimessa alla discrezionalità della Stazione appaltante la valutazione della portata di "pregressi inadempimenti che non abbiano (o non abbiano ancora) prodotto simili effetti

specifici, fermo restando che in tale eventualità i correlativi oneri di prova e motivazione incombenti sull'Amministrazione sono ben più rigorosi e impegnativi rispetto a quelli operanti in presenza delle particolari ipotesi esemplificate dal testo di legge. Rimane obbligo dell'Amministrazione di dare contezza, pur nel perimetro dell'ampia discrezionalità che connota l'esercizio del potere de quo - del carattere di "gravità" dell'inadempimento - e, con esso, della diretta incidenza dei fatti sulla integrità ed affidabilità dell'operatore economico.

L'art. 80, co.5, lett. c) d.lgs. n.50/2016 costituisce norma di chiusura del sistema degli appalti in merito ai requisiti generali per l'ammissione alle gare, rientrando nella nozione di "grave illecito professionale" qualsivoglia illecito (civile, penale o amministrativo) in grado di influenzare il processo valutativo e decisionale della stazione appaltante (cfr., Tar Palermo, 2.11.2020, n.2298; Tar Firenze, 28.9.2020, n.1117). Si tratta di una fattispecie che deroga al principio di tassatività delle cause di esclusione, in ragione della necessità di assicurare alla stazione appaltante la possibilità di valutare autonomamente, senza le rigidità proprie di tale principio (ad esempio, perché il precedente penale di regola richiede la definitività dell'accertamento, ex art.80, co.1 D.Lgs.n.50/2016), l'eventuale compromissione del rapporto fiduciario a fronte di situazioni comunque implicanti la potenziale commissione di illeciti influenti sulla capacità dell'operatore economico selezionato di eseguire l'appalto in modo corretto, leale e trasparente.

Le stesse Linee guida specificano quanto segue "rileva, altresì, quale illecito professionale grave, che la stazione appaltante deve valutare ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice, la condanna non definitiva per taluno dei reati di cui agli artt. 353, 353 bis, 354, 355 e 356 c.p., fermo restando che le condanne definitive per tali delitti costituiscono motivo di automatica esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 1, lett. b) del codice. L'approccio quindi si basa sulla peculiarità della causa di esclusione dei gravi illeciti, caratterizzata dalla presenza di intrinseca discrezionalità valutativa ad opera della stazione appaltante, rispetto alle fattispecie automaticamente espulsive, fra cui quelle legate alle condanne definitive per i reati ostativi di cui all'art. 80, co.1 d.lgs. n. 50/2016.

3. Valutazione dell'Amministrazione della rilevanza di quanto autodichiarato in ordine all'affidabilità dell'operatore

L'amministrazione una volta presa conoscenza dei precedenti in questione, deve valutarne l'effettiva rilevanza in ordine all'affidabilità dell'operatore economico e comunque motivare puntualmente al riguardo: ciò anche in ossequio ai principi evincibili dalle linee-guida ANAC n. 6, adottate con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016.

Secondo giurisprudenza consolidata, la previsione dell'art. 80, comma 5 lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 non ha carattere tassativo: non contempla cioè un numero chiuso di illeciti professionali, bensì un'elencazione di natura esemplificativa, comprendente ogni vicenda oggettivamente riconducibile alla fattispecie astratta del grave illecito professionale.

In particolare, nell'ambito di applicazione della lett. c) rientrano sicuramente le condanne per reati diversi da quelli che comportano l'automatica esclusione ai sensi del comma 1, dell'*art. 80* (cfr. Cons. Stato, V, 5 marzo 2019, n. 6443; V, 12 marzo 2019, n. 1649).

L'esclusione dalla gara trova la propria causa non nella ritenuta rilevanza,

L'esclusione dalla gara trova la propria causa non nella ritenuta rilevanza, ai fini dell'art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50/2016, della condanna penale irrogata, bensì nella mancata indicazione di detta condanna, costituente di per sé autonoma causa di esclusione, comportando l'impossibilità della stazione appaltante di valutare consapevolmente l'affidabilità del concorrente. Va, quindi, confermato il principio per cui qualsiasi condotta contra legem, ove collegata all'esercizio dell'attività professionale, è di per sé potenzialmente idonea ad incidere sull'accreditamento dei concorrenti come operatori complessivamente affidabili.

ai fini dell'art. 80, comma 5, lettera c) del d. lgs. n. 50/2016, della condanna penale irrogata, bensì nella mancata indicazione di detta condanna, costituente di per sé autonoma causa di esclusione, comportando l'impossibilità della stazione appaltante di valutare consapevolmente l'affidabilità del concorrente.

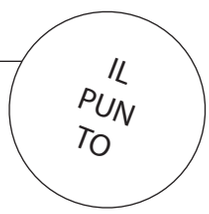
Va, quindi, confermato il principio per cui qualsiasi condotta *contra legem*, ove collegata all'esercizio dell'attività professionale, è di per sé potenzialmente idonea ad incidere con il processo decisionale rimesso alle stazioni appaltanti sull'accreditamento dei concorrenti come operatori complessivamente affidabili.

Deve infatti riconoscersi, in capo alla stazione appaltante, un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di "integrità o affidabilità" dei concorrenti: proprio al fine di rendere possibile il corretto esercizio di tale potere, questi ultimi sono tenuti a dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'amministrazione.

In termini, il Consiglio di Stato (cfr. *Cons. St. n. 6443 del 2019*) ha precisato che una dichiarazione inaffidabile, in virtù del fatto che - al di là dell'elemento soggettivo sottostante - è falsa o incompleta, deve ritenersi di per se stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare. Invero, "*l'omessa dichiarazione da parte del concorrente […] ne comporta senz'altro l'esclusione dalla gara, essendo impedito alla stazione appaltante di valutarne la gravità. La valutazione circa la sussistenza dei gravi illeciti professionali rilevanti ai fini dell'esclusione dalla gara è infatti interamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, chiamata ad analizzare in concreto l'incidenza dei singoli fatti indicati dall'operatore economico: a tal fine, la stessa deve essere posta nella condizione di conoscere tutti i comportamenti astrattamente idonei ad integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016, che devono essere pertanto indicati in sede di dichiarazione*".

Imprese in crisi e gare pubbliche: l'Adunanza Plenaria fà il punto

Con tre decisioni coeve - nn. 9, 10 e 11 del 27 maggio 2021 -, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata sul tema della partecipazione alle gare pubbliche di Imprese coinvolte in una procedura concorsuale. L'Adunanza Plenaria sceglie la linea di stretta interpretazione, dettando severi limiti.



di Emanuela Pellicciotti

Introduzione

Il 27 maggio 2021 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata con tre decisioni – le nn. 9, 10 e 11 – di ispirazione assai simile, sul complesso tema dell'accesso al mondo dei contratti pubblici per le imprese sottoposte a procedura concorsuale.

Il tema è quanto mai attuale in un contesto che, provenendo da una generalizzata situazione di crisi economica e finanziaria, si affaccia al mercato del recovery plan, che si preannuncia come un rilevante volano di ripresa, soprattutto per i lavori pubblici e le infrastrutture.

Ebbene, in questo panorama di attesa e preparazione, il Consiglio di Stato delinea alcuni importanti principi in tema di apertura al mercato per le imprese che si trovano in situazione di crisi. Le riflessioni dell'Adunanza Plenaria ruotano intorno alla corretta interpretazione dell'art. 48 (commi 17 e ss.) e 110 del Codice dei contratti pubblici, nella versione precedente alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 14/2019 (il "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza") in materia di agevolazione alla partecipazione alle gare pubbliche per le per le imprese in stato di crisi - detta riforma, come noto, salvo ulteriori rinvii da parte del legislatore, entrerà in vigore dal 1° settembre 2021 -.

Dunque, non essendosi ancora data applicazione alle norme che - prudenzialmente ed ispirandosi al principio del *favor partecipationis* - avevano disegnato un ventaglio di opportunità per le imprese che si trovano in stato di crisi, ma non sono ancora coinvolte in una procedura liquidatoria, l'Adunanza Plenaria adotta una interpretazione restrittiva.

Nel bilanciamento fra il citato principio del *favor partecipationis* ed i principi di affidabilità e libera concorrenza, privilegia questi ultimi e stabilisce che le imprese che versano in stato di crisi non possono partecipare alle gare pubbliche.

Se l'impresa in crisi partecipa ad un'Associazione Temporanea di Imprese, essa non può essere sostituita da soggetti terzi, estranei alla compagine originaria.

Nel caso in cui, invece, l'impresa in crisi sia assoggettata alla procedura di concordato cd. "in bianco", può partecipare alle gare pubbliche, ma solo previo assenso del giudice e degli organi della procedura concorsuale.

Le decisioni in esame non possono non lasciare il segno in un panorama generalizzato di crisi economica come quello attuale. In particolare, laddove si pensi che alla crisi post pandemica sta per seguire un ampio panorama di nuove gare pubbliche, agevolate dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

Leggendo le decisioni dell'Adunanza Plenaria in tale prospettiva, quindi, è opportuno analizzarne le motivazioni, anche per valutarne la portata in un prossimo futuro - cioè quando entrerà in vigore la riforma della legge fallimentare, di cui al richiamato d.lgs. n. 14/2019 -.

Vale premettere che l'attuale riflessione sarà limitata alla decisione n. 9 del 2021, in cui si tratta il tema della partecipazione alle gare pubbliche, di imprese in crisi in forma di Raggruppamento Temporaneo di Imprese – in particolare di una impresa che, dopo aver formalizzato la propria partecipazione presenta domanda di ammissione al cd. "concordato in bianco" e , solo dopo essersi aggiudicata la gara, ne informa la stazione appaltante.

La decisione in esame, come si vedrà immediatamente a seguire, affronta tematiche comuni alle altre due coeve decisioni.

Va detto, infatti, che il tema della partecipazione di imprese in concordato cd. "in bianco", è esaminato *funditus* dalla decisione n. 11/2021 – che meriterebbe, perciò solo, un'analisi dedicata, che si sviluppi anche attraverso l'esame della giurisprudenza comunitaria in tema -.

La decisione n. 10/2021, invece, ha anch'essa ad oggetto la partecipazione di un RTI ad una procedura di gara, ma in questo caso una delle Imprese – la mandataria – era fallita e si chiedeva l'autorizzazione, alla stazione appaltante, a sostituirla con un'impresa del tutto estranea al RTI.

1. La decisione dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 27 maggio 2021: struttura generale

Il Consiglio di Stato si trova ad esaminare una serie di questioni deferite dalla V Sezione, che si innestano su una peculiare fattispecie.

Nell'ambito di una gara pubblica per la costruzione di un penitenziario in Romagna, l'aggiudicazione veniva effettuata a favore di un RTI, composto da due società; la seconda classificata impugnava tale atto, riuscendo vittoriosa innanzi al giudice di merito.

In particolare, la sentenza di primo grado accertava la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. b) del Codice dei contratti pubblici, poiché la mandante del RTI aggiudicatario aveva presentato, in corso di gara, domanda di concordato con riserva, ai sensi dell'art. 161, comma 6, L.Fall. e sul presupposto che, in presenza di tale fattispecie, è preclusa la partecipazione a gare pubbliche.

A tale vizio, comunque insanabile, si aggiungeva poi la violazione dell'art. 80, comma 5 bis, del medesimo d.lgs. n. 50/2016, poiché la mandante aveva comunicato tale suo status, alla stazione appaltante, con colpevole ritardo.

A questo punto, l'impresa mandante impugnava la sentenza innanzi al Consiglio di Stato, precisando che la prima comunicazione alla stazione appaltante, in ordine al deposito del ricorso ex art. 161, comma 6, L. Fall., risaliva al febbraio 2019 mentre il piano e la proposta di concordato con riserva erano stati depositati presso il tribunale

fallimentare solo nel successivo mese di settembre 2019 e che, soprattutto, il tribunale aveva autorizzato la stipula del contratto di appalto nel successivo mese di dicembre.

Per la mandante, quindi, l'aggiudicazione era valida ed efficace giacché – a suo parere – non occorreva richiedere alcuna autorizzazione per la partecipazione alla gara, in quanto l'impresa era già "partecipante" al momento del deposito della domanda di concordato con riserva; inoltre, la sola presentazione della domanda di tale forma di concordato non determinerebbe ex se la perdita dei requisiti.

Il Consiglio di Stato, in accoglimento dell'istanza cautelare, sospende la sentenza di primo grado e, rilevata la necessità di una pronuncia dell'Adunanza Plenaria su alcune questioni, rimette la supremo Organo di giustizia amministrativa i seguenti quesiti: "*a) Se la presentazione di un'istanza di concordato in bianco ex art. 161, comma 6, legge fallimentare (r.d. n. 267/1942) debba ritenersi causa di automatica esclusione dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, ovvero se la presentazione di detta istanza non inibisca la partecipazione alle procedure per l'affidamento di commesse pubbliche, quanto meno nell'ipotesi in cui essa contenga una domanda prenotativa per la continuità aziendale; b) se la partecipazione alle gare pubbliche debba ritenersi atto di straordinaria amministrazione e, dunque, possa consentirsi alle imprese che abbiano presentato domanda di concordato preventivo c.d. in bianco la partecipazione alle stesse gare, soltanto previa autorizzazione giudiziale nei casi urgenti, ovvero se detta autorizzazione debba ritenersi mera condizione integrativa dell'efficacia dell'aggiudicazione; c) in quale fase della procedura di affidamento l'autorizzazione giudiziale di ammissione alla continuità aziendale debba intervenire onde ritenersi tempestiva ai fini della legittimità della partecipazione alla procedura e dell'aggiudicazione della gara; d) se le disposizioni normative di cui all'art. 48, commi 17, 18, 19 ter del d.lgs. n. 50/2016 debbano essere interpretate nel senso di consentire la sostituzione della mandante che abbia presentato ricorso di concordato preventivo c.d. in bianco ex art. 161, comma 6, cit. con altro operatore economico subentrante anche in fase di gara, ovvero se sia possibile soltanto la mera estromissione della mandante e, in questo caso, se l'esclusione del r.t.i. dalla gara possa essere evitata unicamente qualora la mandataria e le restanti imprese partecipanti al raggruppamento soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione*".

Sostanzialmente, quindi, si chiede all'Adunanza Plenaria di determinare il perimetro di rilevanza – per così dire "ostativa" – della procedura di concordato "in bianco" nell'ambito della partecipazione ed esecuzione di un appalto pubblico e, in caso di ostativa, se sia possibile per il RTI concorrente sostituire l'impresa partecipante che versi in stato di crisi.

Si sottolinea la circostanza che l'Ordinanza di rimessione si soffermi anche sulla fase esecutiva, giacché ci si chiede come il tema del concordato in bianco possa impattare sull'affidabilità dell'impresa durante la fase di esecuzione dell'appalto.

Infatti – sembra opinare la Sezione rimettente -, se il concordato in bianco è una procedura che vede coinvolti sia il giudice che gli Organi fallimentari in una valutazione sull'affidabilità complessiva dell'impresa, tale da consentirne il prosieguo dell'attività, come è possibile che la stazione appaltante possa obiettare che, invece, l'impresa non è affidabile?

E, più in generale, se il concordato in bianco è uno strumento reso disponibile dal legislatore per cercare di sollevare un'impresa che versi in uno stato temporaneo di crisi – ma che comunque dia prova di una "solidità" tale da consentirle di proseguire l'esercizio – non apparirebbe dissonante, rispetto a tale *ratio*, una sua esclusione dalle gare pubbliche?

Forse per tali motivi, che sembrano trapelare anche dalla motivazione del provvedimento di sospensione cautelare, l'Ordinanza di rimessione sembra propendere per una soluzione "pro-partecipativa" e, in una parola, "sostanzialistica".

Tale orientamento, peraltro, sembra promanare armonicamente dal "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza" – ancorché quest'ultimo non abbia ancora acquistato efficacia in relazione alle disposizioni in materia di contratti pubblici.

2. Analisi dell'istituto del concordato in bianco: la centralità della normativa fallimentare

L'Adunanza Plenaria – che si è pronunciata in tempi assai ridotti (l'Ordinanza di rimessione è la n. 309 dell'8 gennaio 2021) - ammette, effettivamente, che il legislatore nel corso del tempo ha mutato gradualmente la sua iniziale posizione di antinomia tra partecipazione alle gare pubbliche e procedure concorsuali.

Osserva, infatti, l'Adunanza Plenaria che "*se tradizionalmente … la sottoposizione dell'impresa al fallimento o a procedure similari è sempre stata una causa ostativa o di impedimento a partecipare alle gare, a partire dal d.l. 83/2012 che modificava l'art. 38 del Codice dei contratti del 2006 si è aperta per così dire una breccia, che ha riguardato proprio il concordato preventivo con continuità aziendale. Si tratta, questa, di una variante del concordato preventivo, procedura concorsuale che, a differenza in particolare del fallimento, ha sempre avuto una finalità "recuperatoria" … L'evoluzione del diritto concorsuale italiano, quale registratasi soprattutto a partire dalle riforme del 2005-2006 attraverso una profonda revisione dell'impianto della legge fallimentare, nel quadro di una riscoperta e di un forte potenziamento delle procedure finalizzate al recupero del valore dell'impresa e alla continuazione dell'azienda, privilegiando soluzioni della crisi concordate con i creditori, ha visto, con il ricordato d.l. 83/2012 che ha aggiunto l'art. 186 bis alla legge del 1942, l'ingresso nel nostro sistema del concordato con continuità aziendale, finalizzato ad assicurare il ritorno in bonis dell'imprenditore e la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dello stesso. Sin dal suo primo apparire, il nesso tra concordato con continuità e contratti pubblici è stato molto forte, sul presupposto che, nella generalità dei casi e in un mercato dove gli appalti aggiudicati dalle pubbliche amministrazioni occupano uno spazio considerevole, fossero funzionali, per non dire del tutto necessari, al perseguimento dell'obiettivo del recupero di valore dell'impresa sia la continuazione dei contratti pubblici già in corso, sia la partecipazione a procedure di assegnazione di nuovi contratti pubblici con la possibilità, quindi, di aggiudicarsi nuove commesse … Di questo nesso così stretto il legislatore del 2012 si era mostrato subito consapevole …* ".

Con peculiare riferimento al concordato in bianco, poi, si ricorda che "*allo stesso anno, il 2012, risale anche, mutuato dall'esperienza nordamericana, la prima previsione del concordato in bianco o con riserva, introdotto all'art. 161, comma 6, con il quale l'imprenditore può depositare un ricorso contenente una domanda di concordato, avente comunque un contenuto minimo, riservandosi di procrastinare di sessanta o centoventi giorni la presentazione del piano e della proposta di concordato, così da anticipare i tempi dell'emersione della crisi, ma avendo uno spazio maggiore per elaborare una via d'uscita dalla stessa, e nel frattempo beneficiare degli effetti "protettivi" … il concordato in bianco o con riserva … ha conosciuto sin dai primi mesi di applicazione un significativo successo ricevendo, anche per questo improvviso e largo utilizzo … Il legislatore è quindi presto tornato sull'art. 161, comma 6, con alcuni correttivi significativi, il principale dei quali è consistito nel prevedere la possibilità che il tribunale … nomini subito un commissario giudiziale affinché vigili sull'impresa nel tempo …*".

A questo punto, corre obbligo osservare che il percorso del Codice dei contratti pubblici e quello della Legge Fallimentare sembrano non avanzare più in sincronia e coordinamento, infatti: "*anticipando quel che si osserverà a breve, mentre le disposizioni della legge fallimentare, rilevanti ai fini della presente decisione (artt. 161 e 186 bis), dal 2013 in poi si sono stabilizzate e da ultimo sono state trasfuse nel codice della crisi d'impresa del 2019 (non ancora in vigore, per queste parti), sono cambiate invece, più volte come si vedrà, quelle del codice dei contratti del 2016 racchiuse negli articoli 80, comma 5, lett. b) e 110, il che ha reso il coordinamento tra le prime e le seconde sicuramente meno agevole*.".

Il Consiglio di Stato, poi, a fronte della tesi propugnata dall'Ordinanza di rimessione, rammenta che, all'opposto, "*l'indirizzo restrittivo, che conduce all'esclusione in via automatica dalla procedura di gara (Cons. St., VI n. 3984/2019, sez. III n. 5966/2018), muove dalla duplice premessa che con la domanda di concordato in bianco il debitore riconosca il venir meno dei propri requisiti di affidabilità e che la partecipazione alla gara sia un atto di straordinaria amministrazione, autorizzabile a mente dell'art. 161, comma 6, solo se urgente, per poi sottolineare l'incertezza e la fluidità della fase che si apre a seguito della domanda in bianco o con riserva, il che renderebbe*

tale fattispecie non comparabile con quella del concordato con continuità aziendale in senso proprio, il solo caso peraltro contemplato dall'art. 80, comma 5, lett. b) quale ragione di eccezione alla veduta regola che, in omaggio alla tradizione della contrattualistica pubblica nazionale, dispone altrimenti l'esclusione dell'operatore che si trovi in stato di insolvenza o di crisi, giudicandolo inaffidabile.".

La soluzione dei quesiti, quindi, si può trarre solo dopo aver osservato e conciliato l'andamento, ormai parallelo e non sempre coordinato, delle norme in materia di contratti pubblici e di quelle relative alle procedure fallimentari.

Sul fronte degli appalti pubblici – ricorda il Collegio – si è sempre privilegiata l'ottica della stazione appaltante che, in presenza di uno stato di crisi delle imprese, si preoccupava dell'affidabilità dell'appaltatore e, soprattutto, della continuità delle prestazioni. In ragione di ciò, "*l'ordinamento risponde con delle norme di ordine pubblico poste a tutela della stazione appaltante e improntate non da oggi (si è già citato, tra gli altri, l'art. 15 della l. 57/1962) ad una regola di esclusione obbligatoria ed automatica*.".

Tale "modello" appare non pienamente coerente sul piano del diritto comunitario, poiché le "Direttive appalti" che si sono succedute nel tempo *- a partire dalla prima, la n. 305 del 1971, sino all'ultima, la n. 24 del 2014 -, pur contemplando (quest'ultima all'art. 57.4, lett. b) il fallimento e le altre procedure concorsuali tra i possibili motivi di esclusione, e quindi riconoscendone certamente la rilevanza nell'ambito dei requisiti di partecipazione a garanzia dell'integrità degli operatori economici, hanno tuttavia sempre rimesso agli stati membri e alle loro amministrazioni aggiudicatrici la scelta se e come (verrebbe da dire, quanto) escludere i concorrenti che si trovano in tali situazioni, al pari di quanto previsto per le ipotesi di grave illecito o errore professionale.*

Dunque, il giudice comunitario "*non contempla un'uniformità di applicazione delle cause di esclusione che esso prevede a livello dell'Unione, in quanto gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare affatto tali cause di esclusione o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale. In tale ambito, gli Stati membri hanno il potere di attenuare o di rendere più flessibili i criteri stabiliti da tale disposizione*" (Corte di giustizia 28 marzo 2019, causa C-101/18).

In altre parole, le norme comunitarie in materia di appalti pubblici, lasciano al legislatore nazionale la facoltà/necessità di graduare gli effetti della crisi di impresa, in relazione alla partecipazione alle gare pubbliche, ben consapevoli che elidere totalmente tale partecipazione potrebbe comportare – da un lato – un sostanziale "appiattimento" del *favor partecipationis* e, dall'altro, una forte (e forse, non pienamente giustificabile) limitazione dell'accesso al mercato, in contrasto con gli obiettivi euro-unitari.

Siccome il legislatore nazionale ha, nel tempo, graduato le misure per il contenimento e la risoluzione della crisi di impresa, a maggior ragione a tale graduazione dovrebbe seguire un attento – e solidale – adeguamento delle norme in materia di accesso delle imprese in crisi al mercato degli appalti pubblici, in modo da consentire la partecipazione a quelle che possono effettivamente fare fronte alle obbligazioni, e così valorizzare il principio dello sviluppo dei mercati europei e delle imprese, proprio tramite la leva dei contratti pubblici.

L'Adunanza Plenaria ricorda, ancora, che "*nel fare uso del proprio margine di scelta il legislatore italiano, ancora nel 2016, ha optato per un criterio binario: per cui la regola è e rimane l'esclusione obbligatoria e automatica per l'operatore in stato di fallimento, liquidazione coatta, concordato preventivo, mentre l'eccezione è ammessa per l'ipotesi di concordato con continuità aziendale.*

Poiché il legislatore del codice dei contratti ha riferito testualmente il motivo di esclusione anche agli operatori nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di fallimento, o per le altre situazioni, si è fatta strada negli interpreti l'idea che l'eccezione andasse declinata unicamente in favore degli operatori che fossero già stati ammessi al concordato con continuità aziendale. Un'idea rafforzata dalla lettura dell'art. 110, comma 3 … e dove per l'impresa che ha presentato domanda di concordato in bianco o con riserva si dice(va) solo che "può eseguire i contratti già stipulati".".

Si conviene, tuttavia, che portare alle estreme conseguenze tale considerazione, non solo condurrebbe al sicuro insuccesso dell'istituto ma contrasterebbe frontalmente con quanto si è sempre letto, in questi anni, all'art. 186 bis, comma 4, dove – come già sottolineato – si dice chiaramente che tra il deposito della domanda e il decreto di apertura della procedura la partecipazione alle gare pubbliche è possibile purché sia autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato (un ulteriore indice, in favore della possibilità di partecipare alle gare anche prima dell'ammissione al concordato, si ricava inoltre dall'art. 5 del DM 31.1.2015 in tema di regolarità contributiva).

Non solo, ma l'Adunanza Plenaria conviene anche sulla constatazione del progressivo riavvicinamento – soprattutto per effetto del d.lgs. n. 14/2019 – della ratio ispiratrice della Legge Fallimentare e del Codice dei Contratti Pubblici, il che porterebbe a valorizzare la tesi pro-partecipazione.

Ma su questo punto, a parere del Collegio, sembra dirimente la giurisprudenza in materia di concordato in bianco – in particolare la sentenza della Cassazione, sez. I, n. 14713/2019, ove in merito a tale istituto e nello specifico alla domanda con riserva di ammissione al concordato, si afferma: "*con il ricorso di cui all'art. 161, comma 6, della legge fallimentare l'imprenditore presenta la domanda di concordato preventivo, "e non già un ricorso di portata diversa e più circoscritta", e come "il procedimento innescato dalla domanda con riserva non è un primo procedimento distinto (e antecedente) rispetto a quello, ordinario, che si apre solo con la presentazione della proposta, del piano e della documentazione, ma costituisce un segmento dell'unico procedimento che rileva, articolato in due fasi per così dire interne" (Cass. sez. I n. 14713/2019, nel senso che il cosiddetto preconcordato costituisce una mera opzione di sviluppo del concordato, in cui l'imprenditore ha già assunto la qualità di debitore concordatario ed è già sottoposto ad un regime di controllo giudiziale, v., altresì,.Cass., sez. I, n. 7117/2020).*".

Dunque, in virtù di tali rilievi l'Adunanza Plenaria perviene alla conclusione che la presentazione della domanda di concordato in bianco non possa considerarsi ex se come causa automatica di perdita dei requisiti – e quindi di esclusione -, tale da inibire la partecipazione alle gare pubbliche. Seguendo l'opposta interpretazione, infatti, ne verrebbe frustrata sia la lettera dell'art. 186 bis, sia la stessa funzione prenotativa e protettiva dell'istituto del concordato con riserva.

La risposta al primo quesito, quindi, aderisce alla interpretazione sostanzialistica e collega strettamente la funzione dell'istituto alla concreta possibilità dell'impresa di adempiere alle obbligazioni – in pratica demandando tale apprezzamento al giudice fallimentare ed agli organi della procedura concorsuale -.

Prendendo le mosse da tale inquadramento, il Consiglio di Stato prosegue con l'analisi degli altri quesiti che, a questo punto, trovano una risposta facilmente intuibile.

"*Questa conclusione, che subordina la partecipazione alle procedure di gara al prudente apprezzamento del tribunale, vale sia per l'ipotesi che l'impresa abbia già assunto la qualità di debitore concordatario nel momento in cui è indetta la (nuova) procedura ad evidenza pubblica, che per il caso in cui, all'inverso, la domanda di concordato segua temporalmente quella già presentata di partecipazione alla gara. In questo senso la formula "partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici", contenuta nell'art. 186 bis, comma 4 (e da ultimo all'art. 110, comma 4, del codice dei contratti), deve essere letta nel suo significato più pieno e più coerente con quella esigenza di controllo giudiziale ab initio che, realizzandosi sin dal momento in cui si costituisce il rapporto processuale con il giudice fallimentare, rappresenta il punto di equilibrio tra la tutela del debitore e quella dei terzi*."

E, con riguardo al momento in cui l'autorizzazione del giudice fallimentare per partecipare alla gara, ex art. 186 bis L. Fall., debba intervenire nell'ambito della procedura concorsuale l'Adunanza Plenaria non ha dubbi: "*la centralità e l'importanza che riveste l'autorizzazione del giudice fallimentare, ai fini della partecipazione alla gara, conducono a ritenere che il rilascio e il deposito di tale autorizzazione debbano intervenire prima che il procedimento dell'evidenza pubblica abbia termine e, dunque, prima che sia formalizzata da parte della stazione appaltante la scelta del miglior offerente attraverso l'atto di aggiudicazione. Si tratta di una posizione … che già è stata fatta propria dalla giurisprudenza più recente di questo Consiglio*

(Cons. St, sez. V n. 1328/2020), alla quale si è richiamata anche l'ANAC (delibera n. 362/2020), e che ha il pregio di individuare un limite temporale definito, (più) idoneo ad assicurare l'ordinato svolgimento della procedura di gara.".

Ai fini della stipula del contratto, deve essere presente necessariamente l'autorizzazione, per consentire la stabilità del negozio giuridico.

Valorizzando l'aspetto "prenotativo e anticipatorio" dell'istituto, si precisa, poi, che Per il provvedimento di effettiva ammissione alla procedura – che senz'altro richiede una più complessa elaborazione – si può attendere …

Dalle considerazioni che precedono si ricava l'orientamento del Collegio anche con riguardo alle tempistiche delle comunicazioni da effettuare alla stazione appaltante: se l'impresa presenti una istanza di accesso al concordato durante la gara, essa dovrà chiedere al tribunale di essere autorizzata a proseguire nella procedura e, "*sebbene la legge non indichi un termine ad hoc per la presentazione di una tale istanza di autorizzazione, è del tutto ragionevole ritenere che, secondo un elementare canone di buona fede in senso oggettivo, l'istanza debba essere presentata senza indugio, anche per acquisire quanto prima l'autorizzazione ed essere ... nella condizione utile di poterla trasmettere alla stazione appaltante con la procedura ad evidenza pubblica ancora in corso.*".

Ciò, per tutelare il principio di buona fede nell'ambito dei rapporti con la stazione appaltante; quest'ultima, infatti, *trattandosi di un'informazione rilevante, ancorché la domanda di concordato sia pubblicata nel registro delle imprese e sia quindi in linea di principio conoscibile … qualora fosse omessa tale informazione valuterà la stazione appaltante l'incidenza di una condotta reticente.*

Tale giudizio, però, dovrà essere reso sempre con idoneo apprezzamento e di adeguata motivazione, senza automatismi espulsivi, in ossequio all'art. 80, comma 5, lett. c-bis, anziché lett. f-bis e – come già affermato dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 16/2020.

3. La risposta al quarto quesito

Infine, per rispondere al quarto quesito, il Collegio esamina l'art. 48, commi 17 e 18 d.lgs. n. 50/2016 che, in deroga alla regola generale dell'immodificabilità della composizione del raggruppamento temporaneo (di cui all'art. 48, comma 9 d.lgs. n. 50/2016), consente al RTI di modificare la propria composizione, ove alcune delle imprese coinvolte siano sottoposte ad una procedura concorsuale.

La regola dell'immodificabilità del RTI risponde alla duplice esigenza di i) evitare, da un lato, che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto, del quale non abbia potuto verificare i requisiti, generali o speciali, di partecipazione, in conseguenza di modifiche della composizione del raggruppamento e ii) dall'altro di tutelare la *par condicio* dei partecipanti alla gara.

Inoltre – sempre in forza dei medesimi principi -, il comma 19 prevede la possibilità di effettuare ulteriori modifiche soggettive alla duplice condizione che i) le imprese rimanenti abbiano i requisiti sufficienti e ii) che la modifica non sia finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara.

Su queste previsioni, dettate per la fase dell'esecuzione e che privilegiano l'interesse alla conservazione del rapporto in funzione della più celere esecuzione dell'opera o del servizio o della consegna della fornitura, si innesta il comma 19-ter dell'art. 48 … che ha esteso espressamente la possibilità di modifica soggettiva per le ragioni indicate dai commi 17, 18 e 19 anche in corso di gara.

Per rispondere compiutamente al quesito, l'Adunanza Plenaria cita e conferma il proprio precedente n. 8/2012, che andava nel senso di non precludere in assoluto la modifica soggettiva, ma di ammetterla solo laddove questa operi "in riduzione" – non "in aggiunta", né "in sostituzione" -, cioè quando riguardi una rimodulazione interna alle imprese del Raggruppamento e non comporti alcuna "addizione" di "nuove" imprese dall'esterno "*e comunque sempre che non sia finalizzata ad eludere i controlli in ordine al possesso dei requisiti (AP n, di recente Cons. St., V, n. 1379/2020 e n. 1031/2018).*".

Tale ricostruzione, secondo l'Adunanza Plenaria, si ispira direttamente alle Direttive euro-unitarie in materia di appalti – che trattano della sostituzione solo in fase di esecuzione e non contemplano tale opportunità per la fase di partecipazione alla gara -.

"*La Direttiva n. 24/2014/UE contempla talune ipotesi di sostituzione all'art. 72 in tale fase e nel Considerando n. 110, già ricordato dallo stesso Collegio rimettente, precisa che «in linea con i principi di parità di trattamento e di trasparenza, l'aggiudicatario non dovrebbe essere sostituito da un altro operatore economico, ad esempio in caso di cessazione dell'appalto a motivo di carenze nell'esecuzione, senza riaprire l'appalto alla concorrenza» e «tuttavia, in corso d'esecuzione del contratto, in particolare qualora sia stato aggiudicato a più di un'impresa, l'aggiudicatario dell'appalto dovrebbe poter subire talune modifiche strutturali dovute, ad esempio, a riorganizzazioni puramente interne, incorporazioni, fusioni e acquisizioni oppure insolvenza», sicché «tali modifiche strutturali non dovrebbero automaticamente richiedere nuove procedure di appalto per tutti gli appalti pubblici eseguiti da tale offerente*».".

Per colmare il vuoto normativo per quanto concerne la fase di gara, il Collegio valorizza il collegamento fra la fase esecutiva e quella di partecipazione, tratteggiando la seconda quale anticipatoria – in senso giuridico, oltre che logico – della prima.

"*Questa Adunanza plenaria, di recente, ha chiarito che anche la fase esecutiva del contratto pubblico non è una "terra di nessuno", indifferente all'interesse pubblico e a quello privato degli altri operatori che hanno preso parte al confronto concorrenziale, e che «l'attuazione in concreto dell'offerta risultata migliore, all'esito della gara, e l'adempimento delle connesse prestazioni dell'appaltatore o del concessionario devono […] essere lo specchio fedele di quanto risultato all'esito di un corretto confronto in sede di gara, perché altrimenti sarebbe facile aggirare in sede di esecuzione proprio le regole del buon andamento, della trasparenza e, non da ultimo, della concorrenza, formalmente seguite nella fase pubblicistica anteriore e prodromica all'aggiudicazione» (Ad. plen. n. 10/2020). Si può quindi fondatamente ritenere che la deroga all'immodificabilità soggettiva dell'appaltatore costituito in raggruppamento, tale da evitare in fase esecutiva la riapertura dell'appalto alla concorrenza e, dunque, l'indizione di una nuova gara, sia solo quella dovuta, in detta fase, a modifiche strutturali interne allo stesso raggruppamento, senza l'addizione di nuovi soggetti … tuttavia senza incidere sulla capacità complessiva dello stesso raggruppamento di riorganizzarsi internamente, con una diversa distribuzione di diversi compiti e ruoli (tra mandante e mandataria o tra i soli mandanti), in modo da garantire l'esecuzione dell'appalto anche prescindendo dall'apporto del componente del raggruppamento ormai impossibilitato ad eseguire le prestazioni o, addirittura, non più esistente nel mondo giuridico (perché, ad esempio, incorporato od estinto)*".

In conclusione, quindi, "*a maggior ragione si impone che nella fase della procedura di gara il soggetto che ha preso parte ad essa, presentando l'offerta, non sia diverso da quello che viene valutato dalla stazione appaltante e che, infine, si aggiudica la gara, non essendo ammissibile, sul piano del diritto UE, che proprio la fase pubblicistica, deputata alla scelta del miglior offerente, sia quella in cui attraverso la modifica soggettiva e l'addizione di un soggetto esterno alla gara si aggiri il principio della concorrenza e si ammetta in corso di gara un soggetto diverso da quello che ha presentato l'offerta*.".

Nel decidere, quindi, per l'immodificabilità "per addizione" del RTI, l'Adunanza Plenaria richiama la sentenza della Corte di Giustizia del 24 maggio 2016, nella causa C-396/14, in cui la modifica "per riduzione" della composizione di un RTI è stata interpretata come una violazione dei principio generali ed immanenti di trasparenza e di parità di trattamento, giacché "*la procedura di gara assume il carattere di strumento di scelta non solo dell'offerta migliore, ma anche del contraente più affidabile, come è stato acutamente notato in dottrina, e il principio di immodificabilità soggettiva risponde ad esigenze di sicurezza giuridica per la stazione appaltante*".

In conclusione, quindi, la risposta al quarto quesito legge come endiadi la fase di partecipazione ed esecuzione – poiché animate dagli stessi principi generali – e, traendo spunto dai limi imposti alla sostituzione in fase di esecuzione afferma – anche per la fase di partecipazione alla gara – che è consentita "*la sostituzione del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese, che abbia*

presentato domanda di concordato in bianco o con riserva a norma dell'art. 161, comma 6, l. fall, e non sia stata utilmente autorizzato dal tribunale fallimentare a partecipare a tale gara, solo se tale sostituzione possa realizzarsi attraverso la mera estromissione del mandante, senza quindi che sia consentita l'aggiunta di un soggetto esterno al raggruppamento; l'evento che conduce alla sostituzione interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità procedimentalizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara.".

Pareri & Sentenze

PARERI E SEN TENZE

Corte di Giustizia Europea, Sez. IX, 3/6/2021, n. C-210/20

"*L'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 … deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto*"

"Il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:
«Se l'articolo 63 della direttiva [2014/24], relativo all'istituto dell'avvalimento, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 [TFUE], osti all'applicazione della normativa nazionale italiana in materia di avvalimento e di esclusione dalle procedure di affidamento, contenuta nell'articolo 89, comma 1, quarto periodo, del Codice dei contratti pubblici, (...) secondo la quale nel caso di dichiarazioni non veritiere rese dall'impresa ausiliaria riguardanti la sussistenza di condanne penali passate in giudicato, potenzialmente idonee a dimostrare la commissione di un grave illecito professionale, la stazione appaltante deve sempre escludere l'operatore economico concorrente in gara, senza imporgli o consentirgli di indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, in sostituzione della prima, come stabilito, invece, nelle altre ipotesi in cui i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione»....la Corte (Nona Sezione) dichiara:
L'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), di tale direttiva e alla luce del principio di proporzionalità, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto."

Consiglio di Stato, Sez. III, 01/06/2021, n. 4201

Articolo 80 del Codice degli appalti e decorrenza del limite triennale della risoluzione contrattuale

"Non è suscettibile di positiva valutazione neanche il secondo motivo, con il quale si deduce l'erroneità del capo di sentenza che ha interpretato l'art. 1, comma 20, lett. o), n. 5), d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, (applicabile ratione temporis), che ha sostituito il comma 10 dell'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 con gli attuali commi 10 e 10-bis, nel senso che il limite temporale triennale decorrente dalla data della risoluzione non opera nel caso in cui il provvedimento sia contestato in giudizio....Così, riprendendo il caso del provvedimento di risoluzione, il triennio decorrerà dal momento dell'adozione del provvedimento di risoluzione, ovvero, se contestato in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza che ha definito la causa. … Rileva il Collegio che la portata della norma non sembra lasciare spazio a diversa interpretazione, non solo facendo riferimento alla data di passaggio in giudicato della sentenza che ha deciso il contenzioso sulla impugnazione del provvedimento (nella specie la risoluzione contrattuale) ma anche stabilendo che nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso."

Consiglio di Stato, Sez. V, 1/6/2021, n. 4203

In una procedura di gara il RUP svolge tutte le attività, anche non definite dal Codice, che non implicano l'esercizio di poteri valutativi

"Ricordato infatti "... n.d.r." il ruolo centrale di vigilanza e controllo di cui è titolare il R.U.P. nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, resta da aggiungere che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale dal quale non vi è ragione di discostarsi, "*in caso di procedura di gara che preveda l'affidamento…con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, competenza esclusiva della commissione giudicatrice è l'attività valutativa, mentre il R.U.P. può svolgere tutte le attività, anche non definite dal Codice, che non implicano l'esercizio di poteri valutativi*" (ex multis, Cons. Stato, V, 13 settembre 2018, n. 537; 6 maggio 2015, n. 2274; 21 novembre 2014, n. 5760; III, 19 giugno 2017, n. 2983)".

Consiglio di Stato, Sez. V, 31/5/2021, n. 4150

"la norma del Codice dei contratti pubblici che pone limiti al subappalto deve essere disapplicata in quanto incompatibile con l'ordinamento euro-unitario"

"… Precisato inoltre che alla fattispecie per cui è controversia è applicabile, ratione temporis (il bando di gara risulta spedito per la pubblicazione in data 24 ottobre 2017), esclusivamente l'art. 105, comma 2, del Codice dei contratti pubblici (e non la norma di cui all'art. 1, comma 18, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, ai sensi della quale, «nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici […], fino al 30 giugno 2021, in deroga all'articolo 105, comma 2, del medesimo codice […] il subappalto è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del 40 per cento dell'importo complessivo del contratto […]»), va data continuità all'indirizzo giurisprudenziale secondo cui la norma del Codice dei contratti pubblici che pone limiti al subappalto deve essere disapplicata in quanto incompatibile con l'ordinamento euro-unitario, come affermato dalla Corte di Giustizia nelle pronunce Sezione Quinta, 26 settembre 2019, C-63/18, e 27 novembre 2019, C-402/18

(in termini cfr. Cons. St., Sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389, che ha puntualmente rilevato come «i limiti ad esso relativi (30% per cento "dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture", secondo la formulazione del comma 2 della disposizione richiamata applicabile ratione temporis, […] deve ritenersi superato per effetto delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea»; da ultimo, nello stesso senso, Sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8101)…"

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 27/5/2021, n. 9

Sui limiti alla sostituzione meramente interna del mandatario o mandante in caso di raggruppamento temporaneo di impresa

"... l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione, nella fase di gara, del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese, che abbia presentato domanda di concordato in bianco o con riserva a norma dell'art. 161, comma 6, l. fall, e non sia stata utilmente autorizzato dal tribunale fallimentare a partecipare a tale gara, solo se tale sostituzione possa realizzarsi attraverso la mera estromissione del mandante, senza quindi che sia consentita l'aggiunta di un soggetto esterno al raggruppamento; l'evento che conduce alla sostituzione interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità procedimentalizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara ..."

Consiglio di Stato, Sez. V, 17/5/2021, n. 3833

In una gara telematica un documento illeggibile già nella creazione del file comporta l'esclusione dell'offerta

"... in una procedura informatizzata un documento illeggibile già nella creazione del file comporta l'esclusione dell'offerta, tanto più ove non sia contestato che il problema discenda dal mancato funzionamento del sistema; si tratta infatti di un documento tecnicamente irregolare (Cass., I, 16 dicembre 2020, n. 28721), ma sostanzialmente invalido (Cons. Stato, V, 21 giugno 2017, n. 3042) ..."

Consiglio di Stato, Sez. III, 18/05/2021, n. 3847

"La sostituzione del componente della commissione non impone la integrale rinnovazione delle operazioni di gara già svolte"

"… La censura è tuttavia destituita di fondamento perché, se è vero che la commissione giudicatrice di gare d'appalto è un collegio perfetto, che deve operare, in quanto tale, in pienezza della sua composizione e non con la maggioranza dei suoi componenti, con la conseguenza che le operazioni di gara propriamente valutative, come la fissazione dei criteri di massima e la valutazione delle offerte, non possono essere delegate a singoli membri o a sottocommissioni (Cons. St., sez. V, 6 luglio 2018, n. 4143), è anche vero che **la sostituzione di un suo componente** – come è avvenuto nel caso di specie – **non impone la integrale rinnovazione delle operazioni di gara già svolte, che rimangono valide**, ben potendo il nuovo componente, come si è verificato in questa vicenda (--- n.d.r.), fare proprie le valutazioni delle offerte già esaminate dalla Commissione nella precedente composizione e procedere nella disamina delle

offerte non ancora valutate e nell'assegnazione dei punteggi finali …"

Consiglio di Stato, Sez. V, 24/5/2021, n. 3999

"quando l'amministrazione procede attraverso un avviso pubblico aperto a tutti gli operatori economici, non deve applicarsi il principio di rotazione"

"E' ormai consolidato l'orientamento che limita l'applicazione del principio di rotazione degli inviti o degli affidamenti alle procedure negoziate (di recente in tal senso Sez. V, 13 ottobre 2020, n. 6168). L'art. 36, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, prevede, infatti, che le stazioni appaltanti hanno sempre la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie. Ciò indica che la norma che impone l'applicazione del principio di rotazione prefigura una chiara contrapposizione tra procedure ordinarie aperte e procedure negoziate (disciplinate dall'art. 36 cit.); in queste ultime, il principio di rotazione funge da contrappeso rispetto alla facoltà attribuita all'amministrazione appaltante di individuare gli operatori economici con i quali contrattare. Pertanto, come emerge anche dalle linee-guida dell'ANAC (n. 4 del 26 ottobre 2016, aggiornate con delibera 1 marzo 2018, n. 206), **quando l'amministrazione procede attraverso un avviso pubblico aperto a tutti gli operatori economici, non deve applicarsi il principio di rotazione, perché si è fuori dalle procedure negoziate**".

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 24 del 13 gennaio 2021
PREC 263/2020/S

"La verifica circa la non conformità dell'offerta tecnica ai requisiti minimi fissati dalla documentazione di gara costituisce causa tipica e necessaria di esclusione dalla gara"

" … ai sensi dell'art. 94, comma 1, lett. a) del d.lgs. 50/2016 "Gli appalti sono aggiudicati sulla base di criteri stabiliti conformemente agli articoli da 95 a 97 previa verifica, in applicazione degli articoli 85, 86 e 88, della sussistenza dei seguenti presupposti: a) l'offerta è conforme ai requisiti, alle condizioni e ai criteri indicati nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse nonché nei documenti di gara, tenuto conto, se del caso, dell'articolo 95, comma 14"; la verifica circa la non conformità dell'offerta ai criteri indicati nella documentazione di gara costituisce causa tipica e necessaria di esclusione dalla gara (cfr. in tal senso Cons. Stato, 17 aprile 2020, n. 2443); **per giurisprudenza ormai costante, la formulazione di un'offerta tecnica difforme dai documenti posti a base di gara comporta l'esclusione dalla procedura selettiva. Attraverso l'esclusione dalla gara del concorrente che ha presentato un'offerta tecnica priva dei requisiti ritenuti essenziali, la stazione appaltante esprime il proprio dissenso rispetto ad un prodotto o servizio giudicato non rispondente alle caratteristiche tecniche minime previste nel progetto o nel capitolato posto a base della selezione** (Consiglio di Stato, sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4804; 1 luglio 2015, n. 3275; sez. V, 17 febbraio 2016, n. 633, 23 settembre 2015, n. 4460; 5 maggio 2016, n. 1809; sez. III, 26 febbraio 2019 n. 1333; TAR Liguria, 10 luglio 2017 n. 597; TAR Umbria, Sez. I, 1 settembre 2017, n. 563; TAR Veneto, 11 settembre 2018 n. 885). Nello stesso senso anche l'Autorità con i pareri di precontenzioso n. 427 del 13 aprile 2016 e n. 250 del 7 marzo 2018;"

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 25 del 13 gennaio 2021
PREC 252/2020/S

Sull'ammissibilità della soglia di sbarramento

"… con riferimento alla soglia di sbarramento, la giurisprudenza e l'Autorità hanno avuto modo di chiarire come la stessa sia finalizzata a garantire una qualità elevata delle offerte presentate, ritenendo, per effetto di una valutazione ex ante, che l'offerta tecnica che si colloca sotto tale soglia sia inidonea a condurre all'aggiudicazione, anche a prescindere dalla valutazione dell'offerta economica, in quanto "qualitativamente inadeguata". Una clausola in tal senso che è censurabile solo in presenza di macroscopiche irrazionalità, di incongruenze o di palesi abnormità la cui ratio è quella di garantire per quella gara e in considerazione delle specifiche caratteristiche contrattuali un livello qualitativo delle offerte particolarmente elevato (cfr. da ultimo, TAR Veneto, 17 settembre 2020 n. 828, Consiglio di Stato, 12 giugno 2017 n. 2856; ANAC delibera n. 824 del 18 settembre 2019); …"

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 82 del 27 gennaio 2021
PREC 261/2020/S

L'offerta condizionata "si configura quando l'operatore economico subordina l'impegno assunto nei confronti della stazione appaltante ad un evento futuro e incerto, senza rendere una dichiarazione di volontà attendibile, univoca e certa di partecipare alla gara e di accettarne le relative prescrizioni"

" …. diversamente da quanto sostenuto dall'istante, nel caso di specie non si può parlare di **"offerta condizionata"**. Tale ipotesi (vietata dai principi generali che regolano gli appalti pubblici) si configura quando l'operatore economico subordina l'impegno assunto nei confronti della stazione appaltante ad un evento futuro e incerto, senza rendere una dichiarazione di volontà attendibile, univoca e certa di partecipare alla gara e di accettarne le relative prescrizioni (cfr. su tale concetto TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 6 maggio 2019, n.1017; cfr. Cons. Stato, VI, 25 gennaio 2010, n. 248; sez. V, 23 agosto 2004, n. 5583). Nel caso di specie, invece, l'offerta presentata dai concorrenti non può essere considerata "condizionata": l'art. 17 del disciplinare prevede chiaramente che il ribasso unico offerto in sede di gara "sarà applicato sia all'importo posto a base di gara, sia all'elenco prezzi unitari e/o ai prezziari di cui alla relazione tecnica ed illustrativa, sia a qualsiasi altro prezzario o listino, anche per l'eventuale formulazione di nuovi prezzi. Ad ogni buon conto, si ribadisce, saranno pagate solo le prestazioni effettivamente prestate". Inoltre, la stazione appaltante non ha subordinato l'erogazione del servizio né la sua remunerazione ad un evento futuro e incerto, ma ha solo stabilito che l'aggiudicatario verrà remunerato mensilmente sulla base dei pasti effettivamente erogati nel mese di riferimento, nel rispetto dell'importo stimato per ciascun lotto di gara. D'altra parte, per i servizi di ristorazione, è fisiologico che la capacità ricettiva delle strutture ospedaliere possa subire variazioni in base al numero dei degenti, per cui risponde ai principi di buon andamento, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa (di cui all'art. 97 Cost.) la previsione secondo cui saranno remunerati solo i pasti e i servizi accessori effettivamente erogati dall'appaltatore;"

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 98 del 3 febbraio 2021
PREC 11/2021/L

"La carenza di un elaborato dell'offerta tecnica - esclusione – carenza della sottoscrizione di un componente del raggruppamento – sanabile qualora vi sia certezza della provenienza"

"Le carenze di elementi dell'offerta tecnica non sono sanabili tramite soccorso istruttorio, in ossequio al disposto dell'art. 83, co. 9 d.lgs. 50/2016, e pertanto l'esclusione è legittimamente disposta qualora fondata sulla carenza di un elaborato consistente in un elemento costitutivo essenziale dell'offerta stessa. La carenza della sottoscrizione di un componente del raggruppamento è sanabile qualora, in concreto, tutti gli elementi a disposizione della S.A. possano far ritenere che l'offerta tecnica sia nel suo complesso certamente riconducibile al costituendo raggruppamento ... nel caso di specie, emerge dal verbale di gara, richiamato anche dalla S.A. nelle proprie memorie, che uno dei files dell'offerta tecnica risultava "impossibile da aprire". Si osserva in proposito che le carenze di elementi essenziali dell'offerta tecnica non sono sanabili tramite soccorso istruttorio, in ossequio al disposto dell'art. 83, co. 9 d.lgs. 50/2016"

A Domanda Rispondiamo

A. D. R.

1 Cosa comporta aggiungere nuove categorie alla attestazione di qualificazione SOA, mentre è in corso la verifica triennale di quelle originarie?

Aggiungere nuove categorie alla attestazione di qualificazione SOA, mentre è in corso la verifica triennale di quelle originarie, può comportare la revoca dell'aggiudicazione quando si perde la continuità.

Nell'ordinanza cautelare n. 505/2019 del TAR Puglia si legge che "l'attestazione per la già posseduta categoria e per quelle ulteriori da acquisire, sebbene richiesta nei termini di scadenza del procedimento di verifica triennale dell'originaria, si presenta formalmente come "nuova" e dunque scollegata rispetto a quella precedente, benché l'appaltatore in sostanza abbia mantenuto il requisito richiesto ab origine dalla lex specialis senza soluzione di continuità."

In altri termini, l'appaltatore ben avrebbe potuto emettere due distinti certificati di attestazione di qualificazione SOA: uno riguardante la verifica triennale "collegato" a quello originario, l'altro inerente le nuove categorie. In tal modo quello "collegato" avrebbe consentito di assolvere al requisito della continuità e l'altro avrebbe potuto essere utilizzato per la partecipazione ad altre procedure di aggiudicazione.

2 Per l'affidamento delle attività di supporto propedeutiche all'accertamento e alla riscossione delle entrate locali la stazione appaltante deve richiedere, quale requisito di partecipazione, l'iscrizione alla sezione separata dell'Albo ex art. 53, del Dlgs. n. 446/1997 prevista dall'art. 1, comma 805, della Legge n. 160/2019?

Il complessivo sistema di gestione delle entrate locali è oggetto di una profonda rivisitazione operata dal legislatore. L'albo attualmente vigente disciplina le sole attività affidate in "concessione" e non anche quelle di supporto oggetto della novella legislativa. Ad oggi non è ancora stata istituita questa sezione separata dell'Albo ex art. 53, del Dlgs. n. 446/1997 prevista dall'art. 1, comma 805, della Legge n. 160/2019 e, limitare lo svolgimento di tali attività di supporto ai soli attuali iscritti all'Albo, oltre a non essere prevista per legge andrebbe gravemente a incidere l'ambito delle scelte gestionali e le potestà attribuite agli enti locali in ordine alla gestione dell'accertamento e della riscossione delle proprie entrate, con tutte le conseguenze immaginabili anche in ordine alle ricadute sul gettito necessario alla sopravvivenza finanziaria degli stessi.

Allo stato attuale le società, per partecipare alle gare aventi ad oggetto l'attività di supporto, devono essere solo in possesso dell'iscrizione provvisoria nell'Albo.

3 Quali sono le corrette modalità di comunicazione della richiesta di soccorso istruttorio?

La comunicazione di richiesta di soccorso istruttorio (come il provvedimento di esclusione) ha natura di atto unilaterale recettizio a destinatario determinato.

Ai sensi dell'art. 1334 c.c. gli atti unilaterali (sia favorevoli che sfavorevoli) producono effetto "dal momento in cui pervengono a conoscenza della persona alla quale sono destinati" e ai sensi dell'art. 1335 c.c. tali atti si "reputano conosciuti nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario". Il legislatore ha quindi previsto che gli atti unilaterali a destinatario specifico o individuale producono effetto soltanto se e quando vengono portati a conoscenza del destinatario.

La richiesta di soccorso istruttorio deve essere comunicata con forme telematiche tali da garantire con ragionevole certezza che la comunicazione sia giunta presso il domicilio elettronico del destinatario in modo da poter desumere che questi possa averne avuto contezza, salvo fornire idonea prova contraria.

Il Tar Lazio, Roma, Sez. II con sentenza n. 10550 del 16/10/2020 ha ritenuto illegittima l'esclusione di una impresa dalla procedura di gara per non aver risposto alla richiesta di soccorso istruttorio nei dieci giorni previsti dall'articolo 83 comma 9, in quanto la richiesta di soccorso non era stata trasmessa all'indirizzo p.e.c. del concorrente, ma "caricata" nella c.d. "Area Comunicazioni" della piattaforma telematica della gara e della presenza della predetta richiesta nella c.d. "Area Comunicazioni" la stazione appaltante aveva informato l'operatore economico inviando informativa all'indirizzo di posta elettronica ordinaria del concorrente mail ordinaria poi finita nelle spam.

4 In caso di avvalimento infragruppo in luogo di un idoneo contratto è sufficiente la produzione di una mera dichiarazione unilaterale di impegno alla messa a disposizione delle "risorse necessarie" all'esecuzione dell'appalto?

Secondo un condiviso orientamento giurisprudenziale formatosi a seguito dell'entrata in vigore del cd. Codici appalti, l'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016 non riproduce più, per il c.d. avvalimento infragruppo, le facilitazioni probatorie previste nell'art. 49, comma 2, lettera g), dell'abrogato d.lgs. n. 163 del 2006 (per cui, in luogo del contratto di avvalimento, vi era la possibilità di presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo), pertanto, anche in caso di appartenenza ad un medesimo gruppo societario, il concorrente, pena l'esclusione dalla gara, è, comunque, tenuto a produrre un contratto di avvalimento nel quale siano cristallizzati gli impegni assunti nei suoi confronti dall'ausiliaria cd. infragruppo. La dichiarazione unilaterale, in assenza della sottoscrizione di un accordo vincolante tra le parti, non sarebbe stata idonea a dimostrare l'esistenza del requisito in capo all'ausiliata **(Cfr. ex multis Tar Lazio, Roma, Sezione Seconda Quater, 21/ 04/ 2021, n. 4686).**

5 Quale valenza ha il progetto di riassorbimento presentato in sede di gara dall'operatore economico?

La clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e dell'Unione europea in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti lesiva dei richiamati principi nel senso di scoraggiare la partecipazione alla gara e di limitare eccessivamente la platea dei partecipanti. Pertanto, tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, **evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente**.

Il "progetto di assorbimento" deve "illustrare in qual modo concretamente l'offerente, ove aggiudicatario, intenda rispettare la clausola sociale, ovvero, detto altrimenti, spiegare come e in che limiti la clausola stessa sia compatibile con l'organizzazione aziendale da lui prescelta. Tale piano di compatibilità dovrebbe anche rendere esplicito quale concreta condotta l'aggiudicatario intenda adottare per rispettare l'obbligo nei confronti dei lavoratori interessati, condotta che dovrebbe coincidere con la formulazione di una vera e propria proposta contrattuale. Infatti, se la clausola comporta un obbligo, sia pure limitato, di riassunzione, l'impresa secondo logica è tenuta formulare una proposta che contenga gli elementi essenziali del nuovo rapporto in termini di trattamento economico e inquadramento, unitamente all'indicazione di un termine per l'accettazione. Quest'obbligo di inserimento nell'offerta è in grado, da un lato, di consentire alla stazione appaltante di valutare l'effettiva volontà di rispettare la clausola, dall'altro offre maggiori garanzie al lavoratore, attraverso la previa individuazione degli elementi essenziali del contratto di lavoro" (Tar Umbria, 19 febbraio 2021, n. 62). Ciò che determina l'esclusione dalla procedura di gara è la mancata presentazione del progetto, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio in quanto ciò equivale a mancata accettazione della clausola sociale. Non si ha esclusione, invece, se il concorrente manifesta il proposito di applicare la clausola sociale ma nei limiti di compatibilità con la propria organizzazione d'impresa, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza consolidatasi in materia e dalla stessa ANAC nelle Linee Guida n. 13 sulla Clausola Sociale. Non si ha esclusione nemmeno se il concorrente, in sede di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83 comma 9 del Codice appalti, provveda ex post alla allegazione del progetto.

Il Tar dell'Umbria con sentenza n. 62 del 19 febbraio 2021 ha riconosciuto valore vincolante al progetto di assorbimento depositato dall'offerente, non solo nei confronti dei lavoratori e nella prospettiva possano, poi, anche adire il giudice ordinario per il suo preciso rispetto, ma, ancor prima, già in sede di gara, al fine di valutare la congruità dell'offerta economica.

6 Quando è necessaria la SOA per le categorie di lavori di importo inferiore ai 150.000 euro?

In base a quanto previsto dalla Delibera ANAC n. 919 del 3 novembre 2020, l'attestazione di qualificazione nelle procedure di gara per l'affidamento di appalti di lavori pubblici è obbligatoria se i lavori oggetto di affidamento sono di importo superiore ai 150.000 euro, ma se l'importo delle singole lavorazioni di cui si compone l'appalto, è inferiore a 150.000 euro, l'esecutore delle stesse non deve necessariamente essere in possesso dell'attestazione SOA, potendo partecipare all'appalto ai sensi dell'art. 90, D.P.R. n. 207/2010, dimostrando la qualificazione nelle categorie per i relativi importi.

7 A quali obblighi adempie la predisposizione della relazione di cui all'art. 34 comma 20 D.L. 179/2012?

Trattasi di adempimento di competenza dell'ente Locale Comunale nella scelta del modello di gestione del servizio pubblico locale (partenariato pubblico-privato, società mista, affidamento diretto in house etc....).

Sono tenuti alla predisposizione della relazione tutti gli enti affidanti servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. Sono, pertanto, esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 34 del D.L. 179/2012:

- i servizi privi di rilevanza economica; - i servizi strumentali.

Le ragioni di tale scelta vanno illustrate nella relazione ex art. 34 c. 20 d.l. 179/12 sulla base del contesto territoriale di riferimento e dei principi indicati dalla legge: in definitiva, l'amministrazione è chiamata all'esercizio di poteri discrezionali al fine di tutelare l'interesse generale al perseguimento degli "obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e qualità del servizio", e tali poteri discrezionali devono essere accompagnati da idonea motivazione.

La relazione deve essere redatta anche per gli affidamenti in essere non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea, dimostrando il loro adeguamento alla stessa (art. 34 comma 21 del D.L. 179/2012). In caso di piena conformità delle gestioni in essere a tali requisiti non è necessaria la predisposizione della relazione.

Requisito tecnico professionale, decorrenza del periodo di riferimento. Non diamo nulla per scontato!

IN PIL LOLE

di Giuseppe Croce

Sovente si ritrova, nella costruzione dei bandi di gara, alla voce "*Requisito tecnico professionale*" una previsione di tal genere: "*Aver eseguito servizi similari a quello oggetto del presente appalto, prestati in favore di committenti pubblici o privati, negli ultimi 3 anni antecedenti alla data di pubblicazione del bando …*".

Apparentemente tutto semplice nel compunto temporale, muovendo dall'assunto (ormai consolidato e sedimentato), che mentre per i requisiti economico finanziari gli "*esercizi*" equivalgono a tempistiche commerciali relative al periodo amministrativo di durata ordinariamente annuale, coincidente con l'anno solare, per il requisito tecnico professionale, non sempre c'è univocità di vedute nonostante un orientamento diuturno derivante addirittura dal periodo di vigenza del vecchio d.lgs. 163/2006.

Il triennio precedente riferito ai requisiti di capacità tecnica deve essere inteso come i tre anni solari antecedenti quelli in cui è pubblicato il bando, ovvero il triennio si conteggia a ritroso a partire dalla data di pubblicazione del bando?

Volendo preliminarmente sgombrare il campo dalle situazioni palesemente errate e fissare un punto fermo, si richiama in tal senso, una pronuncia del Tar Lombardia, nella quale si controverteva in merito ad un bando in cui effettivamente vi era stata una manifesta, errata, commistione, tra requisito economico e requisito tecnico, tanto da non rendere ben chiaro il requisito desiderato.

Il Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 23 marzo 2018, n. 794, invero in un caso in cui il bando era ambiguo sulla previsione, afferma: "*Il collegio ritiene, in proposito, che dalla lettura della lex specialis di gara versata in atti (punto III.1.3 del bando di gara e pag. 16 del disciplinare di gara, le cui prescrizioni si richiamano integralmente), non risulti chiaramente il periodo di riferimento del possesso del succitato requisito di capacità tecnico-professionale, atteso che, nelle succitate prescrizioni, la stazione appaltante opera una commistione tra i concetti di esercizio sociale ed anno solare, riferendosi espressamente anche a tre determinate annate (2014, 2015, 2016) nella loro interezza, e non a partire da un determinato giorno, rendendo così quanto meno incerta l'interpretazione delle medesime previsioni della lex specialis, da cui può tanto ricavarsi una soluzione favorevole al ricorrente – gli ultimi tre anni solari, evidentemente precedenti al 2017 – quanto un'altra ad esso contraria, se si privilegi il richiamo alla data di pubblicazione.*

Nell'accertata ambiguità, consegue l'illegittimità dell'esclusione impugnata, alla luce del granitico orientamento giurisprudenziale per il quale, in presenza di clausole di un bando o di un disciplinare ambigue o contraddittorie, deve essere privilegiata l'interpretazione favorevole all'ammissione alla gara invece che quella che tenda all'esclusione di un concorrente, in ossequio al canone del favor partecipationis, che sottende anche l'interesse pubblico al massimo dispiegarsi del confronto concorrenziale, inteso all'individuazione dell'offerta maggiormente vantaggiosa e conveniente per l'amministrazione appaltante, dovendo in difetto affermarsi l'illegittimità dell'esclusione dalla gara pronunciata in applicazione di disposizioni di lex specialis che, sebbene corredate dell'espressa comminatoria di esclusione, evidenziano tratti di ambiguità, incertezza o contraddittorietà (ex multis, T.A.R. Lombardia Milano, I, 24 gennaio 2017, n. 169)".

Quindi la problematica non attiene ai casi di commistione tra requisiti!

Proviamo pertanto ad allargare l'indagine, partendo dal periodo di vigenza del vecchio Codice (d.lgs. 163/2006); ci si rende conto che si è costruito nel tempo un orientamento pacifico e consolidato.

Il Parere dell'Autorità n. 161 del 23/09/2010 prevede:
"*Nella fattispecie, come correttamente rilevato dalla stazione appaltante, al fine di individuare il "triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando" (cfr. art. 8 del disciplinare di gara) l'istante GLM S.r.l. avrebbe dovuto considerare che il bando è stato pubblicato sulla GU n. 248 del 24.12.2009, sicché, il periodo da considerare è quello intercorrente tra il 24 dicembre 2009 ed il 24 dicembre 2006.*
Non appare, pertanto, censurabile l'operato della stazione appaltante la quale, avendo rilevato che la GLM S.r.l. non aveva preso in considerazione l'anno 2009, nella seduta del 30.3.2010 – previa lettura a cura del Presidente della Commissione di gara della citata determinazione n. 5/2009 e dei chiarimenti pubblicati sul sito dell'Ente Foreste della Sardegna sotto la voce risposte alle domande più frequenti (circostanza non contestata dalla società istante) – ha escluso la società medesima, odierna istante, dalla procedura selettiva.

Né la Commissione avrebbe potuto agire diversamente consentendo alla GLM S.r.l. di integrare (ex art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006) la documentazione prodotta a dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnica senza violare il principio di par condicio, atteso che l'istante, in presenza della chiara clausola contenuta nel disciplinare di gara e conoscendo quanto stabilito dall'Autorità con la citata determinazione n. 5/2009, avrebbe potuto orientarsi e determinarsi conseguentemente."

In linea col precedente parere dell'Autorità, a dimostrare il consolidato orientamento nel tempo a prescindere dal cambiamento di Codice intervenuto nel 2016, si richiama anche il Parere di precontenzioso ANAC n. 3 dell'11 gennaio 2017. Quest'ultimo prevede che: "*per la capacità tecnica e professionale il triennio di riferimento è quello effettivamente antecedente la data di pubblicazione del bando e, quindi, non coincidente necessariamente con il triennio relativo al*

requisito di capacità economico-finanziaria da intendersi come periodo amministrativo di durata ordinariamente annuale, coincidente con l'anno solare. Si richiama in tal senso sul punto, quanto affermato anche dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Con. Stato, Sez. 3, sentenza 2 luglio 2015, n. 3285) che ha stabilito che: "solo per la dimostrazione della capacità economico finanziaria di cui all'art. 41 del d.lgs. n.163/2006 il triennio da prendere in considerazione per verificare la sussistenza del requisito è quello solare decorrente dal 1° gennaio e ricomprende i tre anni solari antecedenti la data del bando, in quanto la norma fa riferimento alla nozione di esercizio inteso come anno solare, mentre per la capacità tecnica e professionale di cui all'art. 42 "il triennio di riferimento è quello effettivamente antecendente la data di pubblicazione del bando e, quindi, non coincide necessariamente con il triennio relativo al requisito di capacità economico finanziaria" (Cons. Stato, VI, 6.5.2014 n.2306)".

Proseguendo nel tempo, si ritrovano altri interventi giurisprudenziali a conferma del percorso consolidato.

Il T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, sentenza n. 1036 pubblicata il 9 luglio 2018, conferma la consolidata giurisprudenza del precedente codice, univoca nel ritenere l'interpretazione del periodo a decorrere dalla data di pubblicazione ex multis, Cons. St., Sez. III, 2.7.2015 n. 3285 e Cons. St., Sez. VI, 6.5.2014 n. 2306.
"… per il requisito della capacità tecnico-professionale fa riferimento ad un ammontare non inferiore al valore a base d'asta con riferimento, agli ultimi tre anni precedenti la gara, da computarsi a ritroso, a partire dalla data di pubblicazione del bando di gara nella Gazzetta ufficiale.
La giurisprudenza formatasi e consolidatasi in costanza del vecchio art. 42 del d.lgs. n. 163/2006 aveva chiarito che il triennio da considerarsi per la verifica della sussistenza del requisito minimo stabilito dalla legge di gara ai fini della verifica della capacità tecnica fosse quello effettivamente precedente la data di pubblicazione del bando e non già lo stesso periodo solare/esercizio finanziario dal 1° gennaio, invece rilevante per il diverso requisito della capacità economico-finanziaria.
Il nuovo cd. Codice dei contratti (d.lgs. n. 50/2016) mantiene invariata la tradizionale distinzione tra il "fatturato […] al massimo per gli ultimi tre esercizi disponibili" (*rectius*: esercizi finanziari) per la valutazione della capacità economico-finanziaria dell'operatore economico offerente (All. XVII, parte I, lett. c), del d.lgs. n. 50 cit.) e le "principali forniture […] negli ultimi tre anni" precedenti la pubblicazione del bando per l'apprezzamento della capacità tecnico-professionale dello stesso (All. XVII, parte II, lett. a), punto ii), del d.lgs. n. 50 cit.); motivo per cui, le precedenti acquisizioni giurisprudenziali possono essere estese alle nuove disposizioni.

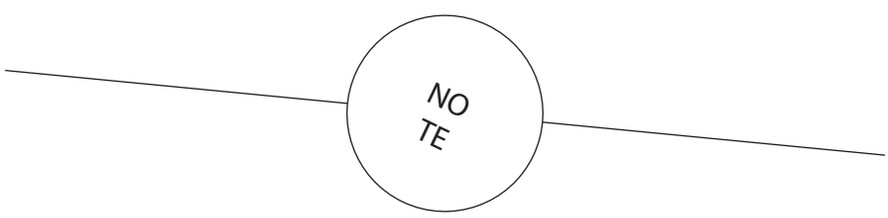
In definitiva, per verificare il possesso dei requisiti speciali di partecipazione a una gara d'appalto si considera per la "capacità tecnico-professionale" il triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, mentre per la "capacità economico-finanziaria" i tre anni solari, coincidenti con gli esercizi contabili dell'impresa."

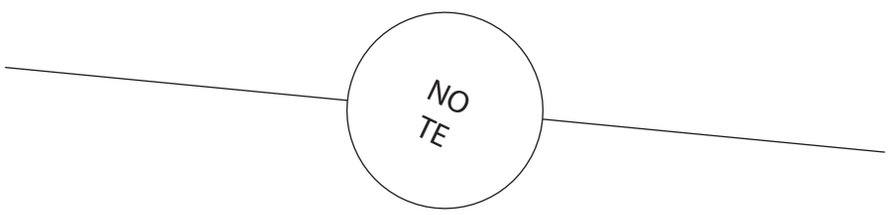
In questo scenario si inserisce in "rottura" il Consiglio di Stato con la sent. N. 7912/2020, il quale afferma che: "*In verità, l'esatta determinazione della decorrenza del triennio utile alla dimostrazione dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 83, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 ha dato luogo (relativamente alla alternativa tra "anno effettivo", computato a ritroso dalla data di pubblicazione del bando, ed "anno solare") ad interpretazioni non sempre omogenee.*
In particolare, si è ritenuto di operare una distinzione tra: a) la "capacità economica e finanziaria" (art. 83, comma 1, lett. b), per la quale occorrerebbe considerare (facendo riferimento alla nozione di "esercizio") il triennio solare; b) le "capacità tecniche e professionali" (art. 83, comma 2, lett. c), per le quali varrebbe il triennio effettivo (cfr. C.d.S., III, 2 luglio 2015, n. 3285; Id., VI, 6 maggio 2014, n. 2306).

La distinzione deve essere posta a confronto con il principio per cui, nel caso di incerta o non chiara formulazione della lex specialis, prevale l'interpretazione conforme all'"interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti" (art. 83, comma 2), che milita per una lettura estensiva. Nella stessa direzione opera, del resto, la struttura essenzialmente unilaterale degli atti indittivi, in quando indirizzati in incertam personam, che legittima, in caso di dubbio, l'interpretazione contra stipulatorem (cfr. art. 1370 c.c.), che orienta alla soluzione più favorevole ai destinatari dell'invito a formulare le offerte.

Non può indurre a diverso avviso il precedente di cui a C.d.S., V, 28 gennaio 2019, n. 701, all'evidenza incentrata sul caso concreto considerato.
Qui, invece, come bene ritenuto dal primo giudice, il disciplinare non recava indicazioni se non nel senso dell'obbligo di documentare l'esecuzione di servizi analoghi nel triennio, né nel DGUE vi è alcun riferimento all'indicazione dei mesi."

Ciò stante, resta un suggerimento pratico ed elementare, utile da seguire in sede di redazione dei bandi di gara, specificare chiaramente un *dies a quo* certo, da cui far decorrere il triennio per il compunto del requisito tecnico professionale.


NO
TE


NO
TE

MEDIAPPALTI

Guida pratica in materia di appalti pubblici

Mediappalti ora è disponibile on line

Abbonati su www.mediappalti.it

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

---

MEDIAPPALTI

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

Media Graphic

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

i seminari in programma 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!