

Rivista mensile - Anno XI, Numero 8

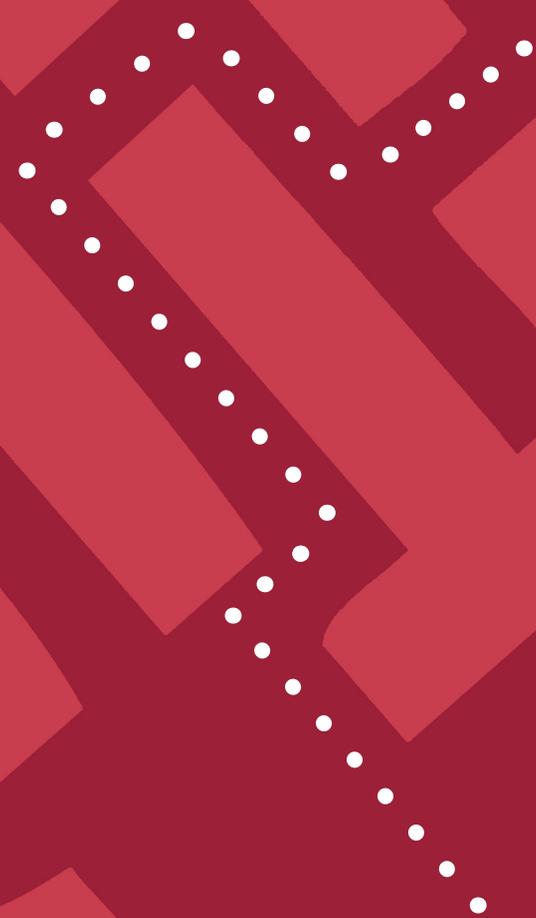
novembre
2021

MEDIA APPALTI

Gli affidamenti di servizi sociali dopo il Decreto Semplificazioni. Le nuove Linee guida ANAC

La modifica soggettiva del RTI in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 da parte del mandatario o di una delle mandanti è consentita anche in fase di gara? All'Adunanza Plenaria l'ultima parola

Principio di autoresponsabilità dell'appaltatore, partecipazione alla gara e soccorso istruttorio



“Guida pratica in materia di appalti pubblici”

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

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

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

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

Media
Graphic





**approfondimento
aggiornamento
giurisprudenza
informazione
consulenza
normativa**

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

novembre
2021

Imprevisti

“Le nostre aziende associate continuano a segnalarci la presenza di enormi difficoltà che sfociano sino all’impossibilità di partecipare alle nuove gare”. L’allarmante sfogo è del presidente ASSISTAL Angelo Carlini. Origine del drammatico scenario, il rincaro dei prezzi e la riduzione degli stock delle materie prime. Un fenomeno dilagato negli ultimi mesi e che non sembra rallentare.

Le imprese non riescono o non hanno convenienza a partecipare alle gare d’appalto per due ordini di ragione: la scarsità di materie prime mette le imprese in una situazione di rischio sul versante degli adempimenti dei lavori perché potrebbero trovarsi a corto dei materiali necessari per eseguire i lavori; l’aumento generalizzato dei prezzi che, ad

esempio, sono più che raddoppiati per il rame e triplicati per l’acciaio, le costringerebbe a proporre il proprio intervento con un’offerta economica che, dovendo essere congrua alle condizioni di mercato, sarebbe troppo esosa per le Pubbliche Amministrazioni.

Vi è poi il versante delle imprese che gli appalti se li sono già aggiudicati. Che hanno avviato i lavori. O che stanno per inaugurarli. In questo caso la trappola dei rincari è già scattata. Si sono aggiudicate un lavoro con una proposta congrua nel momento in cui hanno partecipato alla gara, ma la sopravvenuta impennata dei costi delle materie prime, che è subentrata in corso d’opera, costringerebbe a lavorare in perdita.

L'effetto domino, già in atto, è terrificante. Nel mezzo della ripresa post-pandemia si innesca una crisi che costringe le imprese, che magari hanno subito i maggiori danni dal lock down perché costrette a fermare gli impianti, a ricorrere nuovamente alla cassa integrazione.

Eppure, sarebbe proprio la ripresa ad aver generato questo scenario. "I colossi dell'economia mondiale, Stati Uniti e Cina in testa, hanno fame di energia, con la quale devono supportare lo sforzo produttivo in un periodo di ripartenza", scrive Marcello Astrorri su Forbes. Dopo un periodo di stallo tutte le economie hanno ripreso, vorrebbero riprendere, a pieno regime. I macchinari, fermi durante i periodi di lockdown, sono stati riaccesi. Hanno bisogno di energia per lavorare. Dopo un periodo in cui la richiesta di energia era al minimo, si è passati ad un'accelerazione della domanda di elettricità. La maggior richiesta di energia ne ha provocato l'aumento del prezzo. Se aumenta il prezzo dell'energia, aumenta il prezzo di qualsiasi prodotto. Era possibile prevedere che dopo la pandemia ci saremmo trovati a questo punto? In effetti si tratta di una delle più semplici teorie di economia politica. L'aumento della richiesta di un bene al cospetto di una disponibilità ridotta dello stesso fa lievitare i prezzi. Dovevamo aspettarcelo? Qualcuno avrebbe potuto. Forse le piccole e medie imprese che, solitamente, non annoverano tra i propri collaboratori analisti di economia, finanza e geopolitica, ma a livelli più alti si sarebbe potuto fare una previsione in questo senso.

"C'è solo un tipo di shock peggiore rispetto all'imprevisto: il previsto per il quale si è rifiutati di preoccuparsi", diceva la scrittrice britannica Mary Renault. Ma, ammettiamo che la previsione

fosse stata fatta: come avrebbe potuto intervenire il Governo per evitare che l'aumento dei prezzi si ripercuotesse in maniera così pesante sul comparto degli appalti pubblici? Avrebbe potuto frenare le dinamiche naturali del mercato? Probabilmente no. Avrebbe potuto essere solo più celere nel mettere in campo gli strumenti per alleggerire la pressione che stanno subendo le imprese, sostenerle economicamente.

E' davanti a questa lentezza che il presidente ASSISTAL Angelo Carlini si chiede "perché tanta attesa per il "decreto prezzi" con il quale il Ministero delle infrastrutture deve rilevare gli aumenti percentuali dei singoli prezzi dei materiali da costruzione, verificatesi nel primo semestre del 2021, e perché nessun provvedimento straordinario sia ancora stato adottato".

In queste condizioni di mercato c'è da chiedersi se le pubbliche amministrazioni hanno convenienza a indire nuove gare d'appalto. Almeno fino a quando non si ristabiliscono i prezzi. Al momento i rischi sono alti. Dovrebbero sborsare molti più capitali per la realizzazione di un'opera. La scarsità delle materie prime potrebbe allungare le date di completamento dei lavori.

Si rischia veramente che la ripresa si riveli una trappola? Pensavamo che finalmente potessimo andare avanti, uscire dalla crisi, dare impulso all'economia, riprendere una vita normale. E invece siamo finiti sulla casella degli imprevisi. Cosa abbiamo pescato? "Fate tre passi indietro (con tanti auguri!)".

sommario

Editoriale

Imprevisti

4

In evidenza

Gli affidamenti di servizi sociali dopo il Decreto Semplificazioni. Le nuove Linee guida ANAC

7

Sotto la lente

La modifica soggettiva del RTI in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 da parte del mandatario o di una delle mandanti è consentita anche in fase di gara? All'Adunanza Plenaria l'ultima parola

16

Hanno collaborato a questo numero:

Dott.ssa Alessandra Verde
Referendaria consiliare presso il Consiglio regionale

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

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

Avv. Riccardo Gai
Esperto in materia di appalti pubblici

Avv. Ilenia Paziani
Esperta in materia di appalti pubblici

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

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

Il Punto

Affidamento degli incarichi legali: gara sì o no?

25

Verifica delle offerte anomale e oneri di sicurezza aziendali

32

L'approvvigionamento degli enti del servizio sanitario nazionale: il rapporto tra gara Consip, gara regionale e gara locale, alla luce degli ultimi approdi giurisprudenziali

39

Principio di autoresponsabilità dell'appaltatore, partecipazione alla gara e soccorso istruttorio

47

Le scelte del RUP preparatorie agli atti di gara e le pubblicazioni, a sua cura, anche con riferimento all'art. 29 del d.lgs. 50/2016 come modificato dal decreto legge 77/2021, decreto semplificazioni

53

Pareri & Sentenze

59

A Domanda Rispondiamo

64

In pillole

67

Gli affidamenti di servizi sociali dopo il Decreto Semplificazioni. Le nuove Linee guida ANAC.

di Alessandra Verde

IN
EVIDENZA

1. Contesto di riferimento *ante* 2020

L'ambito dei servizi sociali è stato da tempo oggetto di attenzione da parte sia del legislatore europeo che di quello nazionale ed è stato interessato da discipline differenti a seconda del periodo e della crescente sensibilità che, negli anni, il legislatore ha maturato nei confronti del c.d. Terzo settore, ovvero sia l'insieme, sempre più cospicuo e rilevante, degli enti *non profit* che svolgono attività di promozione e assistenza sociale, culturale, sanitaria ecc..

In una prima fase, durante la vigenza del vecchio Codice dei contratti, i servizi sociali restavano esclusi dal suo ambito di operatività, essendovi prevista l'applicazione ad essi di poche marginali disposizioni.

Trattandosi di servizi di interesse generale, strettamente connessi alla soddisfazione di bisogni fondamentali della collettività quali la salute, l'assistenza, l'istruzione, ecc., a livello comunitario è stata storicamente lasciata ampia discrezionalità

agli Stati membri di disciplinare e organizzare tali servizi nel modo ritenuto più consono, in base agli indirizzi e alla sensibilità politico-sociale di ciascuna comunità nazionale.

Tuttavia, con il tempo è apparso chiaro che, a seconda delle modalità di svolgimento dei servizi sociali, sussiste in concreto il rischio di veder violati i principi di concorrenza e parità di trattamento.

Perciò la direttiva 24/2014/UE ha stabilito che anche i servizi sociali, avendo una valenza economica e potendo essere teoricamente fonte di profitto per gli operatori, possono essere assoggettati alle regole del mercato e, conseguentemente ai principi dettati per le procedure di affidamento degli appalti pubblici.

D'altra parte, la direttiva UE ha anche riconosciuto agli Stati membri la libertà di organizzare la prestazione di tali servizi, potendoli considerare servizi di interesse economico generale o servizi non economici di interesse generale nonché la possibilità di definire quali siano i servizi di interesse economico generale, il relativo ambito

operativo, le eventuali condizioni di espletamento del servizio per perseguire gli obiettivi prefissati di interesse pubblico. In generale, si è in presenza di un servizio di interesse generale (SIG) quando le autorità pubbliche nazionali o locali subordinano la prestazione di un'attività, ritenuta necessaria per garantire la soddisfazione dei bisogni essenziali delle persone e della comunità, a specifici obblighi di servizio pubblico e adempimenti, comunque volti ad assicurare diritti costituzionalmente garantiti. Nell'ambito dei SIG, si è in presenza di un SIEG, ovvero di un servizio di interesse economico generale (che è una sottocategoria dei SIG) qualora l'obbligo di servizio pubblico sia imposto rispetto ad un'attività che abbia anche rilevanza economica, in quanto quest'ultima è erogata dietro un corrispettivo, su un determinato mercato, secondo le logiche tipiche dell'autonomia imprenditoriale.

I SIEG vengono in rilievo riguardo all'applicazione della normativa in materia di contratti pubblici. In merito, infatti, nella versione originaria del nuovo Codice dei contratti, il D. Lgs. 50/2016, in attuazione della citata Direttiva UE vi è stato

un generale assoggettamento dei servizi sociali alla normativa sugli appalti. In linea di massima, il nuovo Codice ha incluso i servizi sociali nel proprio ambito di applicazione seppure con alcuni correttivi.

A "complicare" il quadro normativo è intervenuto di lì a poco il c.d. Codice del Terzo settore (CTS), il D. Lgs. 117/2017, che ha riformato la materia nel senso di valorizzare il ruolo degli enti *non profit* e di disciplinare in modo compiuto le forme

di collaborazione degli stessi con la pubblica amministrazione.

Si è posto pertanto da più parti il problema di coordinare le due discipline – Codice dei contratti pubblici da un lato e Codice del Terzo settore dall'altro – e di definire con chiarezza la linea di demarcazione tra i due. Per tale ragione, nel 2019 l'ANAC ha predisposto un documento di consultazione contenente una bozza di Linee guida in materia di affidamento dei servizi sociali avente l'obiettivo di coordinare le disposizioni comunitarie e nazionali in materia di affidamenti di servizi sociali, le previsioni del Codice del Terzo settore e la normativa speciale statale e regionale vigente in materia.

Principio fondamentale ribadito dall'Autorità era che l'affidamento di servizi sociali, trattandosi in termini generali di un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra una stazione appaltante e un operatore economico, avente ad oggetto la prestazione di servizi, dovesse configurare la fattispecie dell'appalto o della concessione di servizi. Per tale ragione esso veniva fatto rientrare nel perimetro

applicativo del Codice dei contratti.

Tale bozza di Linee guida ANAC è stata sottoposta a consultazione pubblica e ad un parere del Consiglio di Stato – il n. 3235 del 27 dicembre 2019 – il quale ha tuttavia suggerito all'Autorità Anticorruzione di attendere l'adozione dell'emanando Regolamento attuativo del Codice dei contratti al fine di renderle pienamente conformi allo stesso, soprattutto sotto il profilo della chiara distinzione degli ambiti di operatività dei due Codici.

Prima del 2020, l'affidamento dei servizi sociali era incluso in via generale nell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici, seppure con alcuni correttivi. L'intervenuta emanazione del Codice del Terzo settore ha posto problemi di coordinamento, risolti nel 2020 dalla legge di conversione del Decreto Semplificazioni.



1. Tale documento aggiornava la determinazione n. 32/2016 dell'ANAC recante le prime Linee guida in materia. Sul tema, si rinvia all'articolo "Gli affidamenti di servizi sociali tra Codice dei Contratti pubblici e Codice del Terzo settore", della stessa autrice, pubblicato su Mediappalti, anno X, n. 3.

2. L'art. 1, del D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. Decreto sblocca cantieri) ha inserito il comma 27-octies, nell'art. 216 del D. Lgs. n. 50/2016, il quale prevede l'adozione di un Regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice dei contratti pubblici, al momento, non ancora adottato.

2. Il nuovo quadro normativo delineato dalla L. 11 settembre 2020, n. 120

A cercare di sbrogliare la complessa "matassa" normativa venutasi a creare è stata poi una pronuncia della Corte Costituzionale, la n. 131 del 26 giugno 2020, la quale, nel sottoporre a giudizio di legittimità una legge della Regione Umbria, ha colto l'occasione per tracciare meglio le linee direttrici del CTS e per valorizzare il ruolo da dare agli enti *non profit* nel processo di individuazione e perseguimento degli interessi generali in modo partecipato e collaborativo con le amministrazioni preposte alla realizzazione degli stessi.

Di lì a poco è infine intervenuta la L. 120/2020, di conversione del D.L. 76/2020, il c.d. Decreto Semplificazioni, che ha introdotto un'importante novità in materia di servizi sociali ed ha definitivamente chiarito la linea di demarcazione tra l'ambito di applicazione del Codice degli appalti pubblici e quello del Codice del Terzo settore, a vantaggio di quest'ultimo, la cui operatività ne risulta complessivamente ampliata.

In particolare, l'art. 8, comma 5, lett. 0a), della L. 120 ha modificato l'art. 30 comma 8 del Codice dei contratti, il quale ora prevede che <<per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 **si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241**, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile>>.

Le rilevanti modifiche al Codice dei contratti scaturite dalla suddetta legge hanno reso necessaria una completa revisione della bozza di Linee guida inizialmente predisposte dall'ANAC sul tema e la conseguente elaborazione di un nuovo documento da sottoporre a consultazione pubblica. Da ciò l'elaborazione e la recentissima pubblicazione per la consultazione dello Schema di Linee guida recanti «Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali», con il quale l'Autorità revisiona la determinazione n. 32/2016 relativa alle prime Linee guida sui servizi sociali.

La stessa ANAC, nel presentare il documento, fa presente che con il Decreto Semplificazioni sono state introdotte alcune importanti modifiche al Codice dei contratti, <<volte a realizzare quel coordinamento con il testo unico del terzo settore finora mancato>>. Inoltre, è intervenuta, da un lato, la Corte Costituzionale con la citata pronuncia n. 131 e, dall'altro, il decreto n. 72 del 31/3/2021 del Ministro del lavoro, recante "Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore negli articoli 55-57 del decreto legislativo 117/2017" che ha disciplinato in dettaglio gli istituti previsti dal CTS.

A questo punto, secondo ANAC, <<il quadro normativo può quindi ritenersi stabilizzato, con conseguente possibilità di un intervento dell'Autorità volto ad agevolare le stazioni appaltanti nell'individuazione della normativa applicabile agli specifici affidamenti e nell'applicazione concreta delle indicazioni contenute nel codice dei contratti pubblici>>.

Con la modifica all'art. 30 comma 8 del Codice dei contratti pubblici si è ristretto l'ambito di operatività di quest'ultimo e si è allargato il campo di applicazione del Codice del Terzo settore e delle forme di coinvolgimento degli enti non profit, previste dal Titolo VII del medesimo.



3. Il documento ANAC esaminato in questa sede resterà in consultazione pubblica fino al 15 novembre 2021.

3. La sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020 e le Linee guida del Ministero del Lavoro

La Corte Costituzionale, con la citata sentenza n. 131, ha colto l'occasione per fare chiarezza sulla portata applicativa dell'art. 55 del Codice del Terzo settore, che prevede che le pubbliche amministrazioni, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale dei servizi sociali, di istruzione e assistenziali da erogare, assicurino il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di **co-programmazione, co-progettazione, accreditamento** e mediante la sottoscrizione di **convenzioni**.

Secondo la Corte, questa disposizione rappresenta una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale sancito dall'art. 118, quarto comma della Costituzione. Essa procedimentalizza l'azione sussidiaria, conferendo piena legittimazione alla collaborazione degli enti *non profit* con le pubbliche amministrazioni, al fine di rendere più efficace l'azione amministrativa di queste ultime nel settore dei servizi di interesse generale di loro competenza.

La pronuncia della Corte chiarisce che il rapporto tra enti pubblici ed enti del Terzo settore (ETS), così come delineato dal citato art. 55, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione in comune di servizi diretti ad elevare i livelli di coesione e protezione sociale e per favorire lo sviluppo di una cittadinanza attiva, che vada oltre il mero scambio utilitaristico.

Secondo la Corte, la norma rappresenta un originale canale di «amministrazione condivisa», alternativo a quello del profitto e del mercato.

Come ben evidenzia anche il Ministero del Lavoro nelle sue Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore, il Codice dei contratti pubblici e il Codice del Terzo settore si basano su due linee direttrici differenti: il primo muove dal generale presupposto che i soggetti privati debbano concorrere fra loro per acquisire la qualità di controparte contrattuale della pubblica amministrazione ai fini della conclusione di un contratto pubblico per l'affidamento o la concessione di un servizio.

Viceversa, il secondo parte dalla considerazione che le finalità perseguite dagli ETS siano fra loro omogenee (finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale) e distinte da quella lucrativa e che le loro attività siano convergenti con quelle svolte dalla PA in quanto attività di interesse generale.

In questo secondo caso, quindi, l'applicazione di schemi che prevedano la competizione e lo scambio sinallagmatico non è automatica in quanto non

calzante con l'impostazione di fondo; occorre al contrario individuare altri schemi che garantiscano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore per perseguire gli interessi generali, nel rispetto, tuttavia, dei principi di imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa sanciti dalla L. 241/199.

Nell'ottica euro-unitaria, che lascia liberi gli Stati membri di decidere il proprio modello di *welfare* e le concrete modalità di organizzazione ed

erogazione dei servizi di interesse generale, le pubbliche amministrazioni nazionali sono libere di fornire tali servizi direttamente o di organizzare i servizi sociali attraverso istituti che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi o la concessione di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfino condizioni predefinite, purché sia assicurata una adeguata pubblicità e il rispetto dei principi di trasparenza e di non discriminazione.

La normativa europea lascia liberi gli Stati membri di decidere il proprio modello di welfare e le concrete modalità di erogazione dei servizi di interesse generale. Possono quindi essere impiegati istituti che non comportino la conclusione di contratti pubblici, purché sia assicurata una adeguata pubblicità e il rispetto dei principi di trasparenza e di non discriminazione.



Ciò significa che, anche in presenza di un SIEG, nei casi in cui uno Stato membro abbia optato per un modello organizzativo ispirato al principio di solidarietà, deve prevalere l'applicabilità della sola disciplina nazionale, in quanto espressione delle tradizioni culturali e sociali e della conseguente peculiare impostazione costituzionale di quello Stato.

Sarà quindi il legislatore nazionale a dover decidere se qualificare quel determinato servizio come di interesse generale, da attribuire quindi alla sfera di attività degli enti del Terzo settore.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 131, nel confermare la suesposta ricostruzione, evidenzia come sia insito nel diritto euro-unitario il tentativo di «smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà», riconoscendo «in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà», ciò purché gli enti *non profit* contribuiscano, in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente al perseguimento delle finalità sociali.

4. Le modifiche all'art. 30, comma 8 del D. Lgs. n. 50/2016. Il nuovo Schema di Linee guida ANAC in consultazione. Le fattispecie estranee al Codice dei contratti pubblici

Come già detto, la L. 120/2020 ha realizzato un coordinamento tra i due sistemi normativi finora mancato, con la conseguenza **della riduzione dell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici alle sole fattispecie ivi espressamente previste** e dell'applicazione a tutte le altre procedure di affidamento, alle attività amministrative in materia di contratti pubblici e alle forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del CTS, delle disposizioni di cui alla legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo.

In sintesi, laddove un ente pubblico agisca quale stazione appaltante, attivando una procedura concorrenziale finalizzata all'affidamento di un contratto pubblico per lo svolgimento di un servizio, definito in via esclusiva dall'ente stesso

nel relativo bisogno e nelle obbligazioni e relative prestazioni, economiche e contrattuali, con il riconoscimento di un corrispettivo, idoneo ad assicurare un utile di impresa, si applicherà il Codice dei contratti, configurandosi un rapporto a prestazioni corrispettive.

A fronte, invece, dell'attivazione di una procedura ad evidenza pubblica, ai sensi del Titolo VII del CTS, finalizzata alla selezione degli ETS con cui formalizzare un rapporto di collaborazione per lo svolgimento di "altre attività amministrative in materia di contratti pubblici" - nelle quali PA ed ETS siano co-costruttori del progetto e corresponsabili della sua realizzazione - si applicheranno le disposizioni della L. 241/1990 oltre che quelle specifiche del CTS, come previsto dall'art. 30, comma 8, del D. Lgs. n. 50 modificato.

Come è naturale, lo Schema di Linee guida si sofferma esclusivamente sulle procedure di affidamento assoggettate alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, rinviando, per quanto riguarda gli istituti disciplinati dal CTS, a quanto dettagliatamente descritto nel già citato Decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali n. 72 del 31/3/2021. In tale documento vi è la puntuale disciplina degli istituti della co-programmazione, della co-progettazione, dell'accreditamento, delle convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, dei trasporti sanitari di emergenza e urgenza.

Oltre ai citati istituti previsti dal CTS, sono estranei all'applicazione del Codice dei contratti, per espressa previsione dell'allegato IX, i servizi obbligatori organizzati come servizi non economici di interesse generale, quali, ad esempio, i regimi obbligatori e complementari di protezione sociale che coprono rischi di salute, vecchiaia, malattia, pensionamento e disabilità.

Per le suddette fattispecie, le Linee guida ANAC rimandano ai dettami del Ministero del Lavoro invitando le amministrazioni pubbliche a rifarsi ad essi per la redazione di regolamenti interni che disciplinino le procedure di affidamento di servizi sociali estranei all'ambito di applicazione del Codice e l'utilizzo degli istituti previsti dal CTS in base alla propria autonomia regolamentare e organizzativa.

5. (Segue) Il nuovo Schema di Linee guida ANAC in consultazione. Le fattispecie escluse dall'applicazione del D. Lgs. n. 50/2016

All'interno del perimetro del D. Lgs. n. 50/2016 rientrano anche i c.d. servizi esclusi, ai quali si applicano le previsioni dell'articolo 57 del CTS e delle leggi speciali statali e regionali vigenti in materia ed il solo art. 4 del Codice dei contratti, secondo cui l'affidamento di servizi considerati esclusi deve soggiacere comunque al rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.

Sono esclusi dall'applicazione del Codice dei contratti:

- 1) i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, previsti sia dall'art. 17 del D. Lgs. n. 50/2016 che dall'art. 57 del Codice del Terzo settore;
- 2) l'erogazione di servizi sanitari e socio sanitari contemplati dai livelli essenziali di assistenza del servizio sanitario nazionale, effettuata da soggetti esterni accreditati, in forza di convenzioni o accordi contrattuali sottoscritti ai sensi del decreto legislativo 30/12/1992 n. 502;
- 3) le concessioni di servizi sociali.

Per trasporto di emergenza si intende ogni situazione che necessiti di una prestazione sanitaria rapida e immediata a causa di un imminente pericolo di vita, mentre per trasporto di urgenza si intende ogni situazione in cui sia necessaria una prestazione sanitaria non differibile, in assenza della quale la situazione del paziente diventerebbe critica, e il paziente versi in condizioni tali da richiedere l'assistenza di personale sanitario in grado di effettuare anche il primo soccorso.

Alla luce della recente modifica operata dal Decreto Semplificazioni all'art. 30, comma 8 del Codice, rientrano tra le fattispecie escluse e

pertanto affidabili con le procedure di cui all'art. 57 del CTS anche i trasporti finalizzati ai trapianti di organi, alla trasfusione di sangue o emoderivati, alla somministrazione di farmaci e antidoti qualora risultino indispensabili a salvaguardare le fondamentali funzioni vitali dei pazienti e siano, quindi, caratterizzati da imprevedibilità e somma urgenza nell'esecuzione.

Il rispetto delle condizioni previste dall'articolo 57 del CTS per lo svolgimento di tali servizi è garantito dalla predeterminazione di standard minimi di efficienza e di regole interne volte ad assicurare la parità di trattamento e la non discriminazione tra gli operatori. L'utilizzo di elenchi pubblici di fornitori e l'applicazione del principio

di rotazione sono misure sufficienti a garantire il rispetto di tali principi.

Restano invece assoggettati alle norme di contrattualistica pubblica i "servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza" che rientrano tra i servizi sanitari che, ai sensi degli artt. 140, 142, 143 e 144 del Codice, possono formare oggetto di appalti pubblici secondo il c.d. "regime alleggerito" di cui all'art. 142 o secondo il sistema della gara "riservata" a determinate categorie di operatori *non profit*, ai sensi dell'art. 143.

6. (Segue) Il nuovo Schema di Linee guida ANAC in consultazione. Le fattispecie assoggettate al D. Lgs. n. 50/2016

Come già detto, rientrano nelle fattispecie assoggettate al Codice dei contratti le sole ipotesi ivi espressamente previste. Si tratta degli appalti di servizi per cui è previsto un regime "alleggerito", delineato dall'art. 142 del D. Lgs. n. 50/2016. Si tratta degli appalti di servizi indicati al comma 5-bis dello stesso art. 142 (servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili

Lo Schema di Linee guida ANAC si sofferma esclusivamente sulle procedure di affidamento assoggettate alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, rinviando, per quanto riguarda le fattispecie ad esso estranee perché disciplinate dal CTS, alle Linee guida del Ministro del lavoro e delle politiche sociali sul rapporto tra PA e ETS.



e altri servizi di organizzazioni associative), di importo superiore alla soglia comunitaria, che in questi casi è quella di 750.000 euro. Il regime alleggerito prevede l'applicazione delle disposizioni in materia di programmazione e di aggregazione degli acquisti, le procedure di aggiudicazione di cui agli articoli da 54 a 58 (appalti elettronici) e da 60 a 65 (procedure di aggiudicazione dei settori ordinari) e le disposizioni di cui agli articoli 68 (specifiche tecniche), 69 (etichettature), 75 (inviti ai candidati), 79 (fissazioni di termini), 80 (requisiti generali), 83 (criteri di selezione e soccorso istruttorio) e 95 (criteri di valutazione dell'offerta).

Per quanto concerne la regolamentazione degli istituti non compresi tra le disposizioni applicabili, quali, ad esempio, la disciplina dei commissari di gara, la procedura competitiva con negoziazione, l'avvalimento, il subappalto, le modifiche del contratto, la disciplina sull'esecuzione, l'ANAC suggerisce alle stazioni appaltanti di adottare appositi regolamenti interni da pubblicare nel sito Amministrazione trasparente.

L'affidamento dei servizi assoggettati a regime "alleggerito" deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenuto conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati, e promuovere il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti.

In particolare, i servizi sociali dovrebbero essere facilmente accessibili da parte di tutti coloro che ne hanno bisogno (accesso universale) ed essere garantiti gratuitamente o, comunque, ad un prezzo

accessibile, attivando, preferibilmente, sportelli di ascolto sul territorio. L'organizzazione dei servizi deve essere tale da assicurare la continuità della loro erogazione per tutta la durata del bisogno.

Ciò significa che, per esigenze di lungo termine, i beneficiari devono poter contare su una serie continua di interventi, evitando l'impatto negativo dell'interruzione del servizio.

Le amministrazioni dovrebbero offrire una vasta gamma di servizi al fine di soddisfare il più alto numero possibile di bisogni, sulla base di una seria ricognizione preventiva delle esigenze esistenti, utile per la successiva programmazione.

La qualità dei servizi erogati deve essere garantita mediante l'approntamento di un sistema di controllo, di misurazione e valutazione della qualità serio e rigoroso che prenda le mosse da una attenta raccolta e analisi dei dati che, a sua volta, deve consentire di cogliere le criticità del sistema,

le eventuali <<tendenze, i punti deboli e i punti forti, le soglie raggiunte, le carenze nella continuità (input), rendendo possibile fissare obiettivi, determinare priorità e progettare una strategia per un'azione regolamentare o correttiva (processo) e per monitorare e valutare l'efficienza e l'efficacia delle azioni messe in atto (risultato)>>.

Con riferimento all'attività di programmazione di tali servizi, essa va svolta integrando la disciplina generale con la normativa di settore, che impone il rispetto dei

principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità e unicità

I servizi di trasporto di emergenza e urgenza sono considerati esclusi e, pertanto, assoggettati al solo art. 4 del Codice che impone comunque il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.



4. Le Linee guida precisano tuttavia che l'esigenza di garantire la continuità del servizio non richiede che sia assicurata la continuità anche con riferimento al personale incaricato dello svolgimento delle singole prestazioni, tranne che in caso di esigenze dei beneficiari meritevoli di particolare tutela. In tal caso la continuità del personale può essere garantita attraverso l'utilizzo della clausola sociale. Non è invece possibile ricorrere a tal fine ad affidamenti diretti al di fuori delle ipotesi consentite, né a deroghe al principio di rotazione.

dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare degli enti locali. In particolare, l'individuazione del fabbisogno di servizi sociali deve essere effettuata partendo dall'analisi storica della domanda del servizio, integrata da proiezioni sui fabbisogni futuri.

Di fondamentale importanza per una adeguata e efficace programmazione sono, a livello territoriale, i c.d. piani di zona, che favoriscono la formazione di sistemi locali di intervento fondati su servizi e prestazioni complementari e flessibili, stimolando le risorse locali di solidarietà e di auto-aiuto e favorendo la responsabilizzazione dei cittadini nella programmazione e nella verifica dei servizi nonché una più razionale e controllata gestione delle risorse finanziarie.

Anche in tema di aggregazione della domanda, negli affidamenti di servizi sociali *ex comma 5-bis* occorre integrare le opzioni offerte dalla normativa codicistica con le forme di aggregazione previste dalla normativa di settore, che prende, ad esempio, come riferimento – quale ambito di aggregazione – i distretti socio-sanitari.

Il criterio di aggiudicazione di tali appalti deve essere esclusivamente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

All'affidamento degli appalti di servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria si applicano, infine, le procedure semplificate di cui all'art. 36 del Codice.

Ai sensi della nuova versione dell'art. 30, comma 8, del Codice dei contratti, agli appalti di servizi sociali rientranti nell'allegato IX del Codice, diversi da quelli indicati all'articolo 142, comma 5-*bis*, ferma restando l'applicazione dei commi da 1 a 5 dell'articolo citato, si applicano le disposizioni della L. 241/90.

7. (Segue) Il nuovo Schema di Linee guida ANAC in consultazione. I regimi derogatori previsti dal Codice appalti

Altre ipotesi incluse nel campo di applicazione del Codice degli appalti sono quelle individuate dagli artt. 112 e 143. Si tratta, in entrambi i casi, di appalti riservati ad una determinata categoria di operatori. Ciò significa che il legislatore ha preferito sacrificare il principio della libertà di mercato e della concorrenza per perseguire il prioritario interesse pubblico di sostegno a particolari categorie di lavoratori svantaggiati o ad organismi ad impronta spiccatamente solidaristica.

Trattandosi di una deroga al principio di concorrenza, tali norme possono trovare applicazione soltanto ai casi espressamente previsti e la stazione appaltante deve opportunamente motivare nella determinazione a contrarre le ragioni del ricorso a tali procedure riservate, facendo riferimento al perseguimento di obiettivi di utilità sociale.

Ai sensi dell'art. 112, le stazioni appaltanti possono riservare il diritto di partecipare alle procedure di appalto e di concessione, o possono riservarne l'esecuzione, ad operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il trenta per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati. Si considerano persone svantaggiate gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno.

Le fattispecie rientranti nell'ambito di operatività del Codice dei contratti sono parzialmente derogatorie alle norme vigenti in generale per tutti i tipi di appalto. Si tratta degli affidamenti assoggettati al c.d. regime "alleggerito" disciplinato dall'art. 142 e delle due ipotesi di appalti "riservati" di cui agli artt. 112 e 143 del Codice.

Le procedure di aggiudicazione applicabili sono quelle previste dagli articoli da 54 a 58 e da 60 a 65 del Codice. La stazione appaltante verifica il possesso, in capo ai concorrenti, dei requisiti previsti dall'art. 80 del codice dei contratti pubblici, ad eccezione del requisito dell'assenza di condanne penali o civili per cui è prevista una deroga esclusivamente in favore dei soci e dei lavoratori delle cooperative sociali di tipo B, finalizzata a consentirne il relativo reinserimento lavorativo.

Tra i criteri qualitativi di valutazione dell'offerta, da inserire nella documentazione di gara, l'ANAC ne suggerisce alcuni particolarmente interessanti, quali: i requisiti, le caratteristiche e l'esperienza professionale del responsabile delle attività di coordinamento; il numero e le competenze degli operatori incaricati dell'accompagnamento lavorativo; la presenza di programmi di formazione, aggiornamento, accompagnamento e tutoraggio del personale disabile o svantaggiato; la capacità di trasformazione dei tirocini formativi in assunzioni stabili.

L'art. 143, invece, prevede che le stazioni appaltanti possano riservare ad organizzazioni, in possesso di specifici requisiti, il diritto di partecipare alle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici

esclusivamente per i servizi sanitari, sociali e culturali di cui all'allegato IX. I requisiti richiesti sono quelli elencati al comma 2, ovvero:

- a) l'organizzazione deve avere come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi di cui al comma 1 dello stesso art. 143;
- b) i profitti dell'organizzazione devono essere reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione; se i profitti sono distribuiti o redistribuiti, ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative;
- c) le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto devono essere basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero devono richiedere la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati;
- d) l'amministrazione aggiudicatrice interessata non deve aver aggiudicato all'organizzazione un appalto per i servizi in questione negli ultimi tre anni.

In tali casi, il contratto scaturente dall'appalto riservato non può avere durata superiore ai tre anni.

5. Come è naturale, la disciplina prevista all'articolo 80, commi 1 e 2, trova invece piena applicazione nei confronti degli amministratori, dei procuratori e dei direttori tecnici delle cooperative.

La modifica soggettiva del RTI in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 da parte del mandatario o di una delle mandanti è consentita anche in fase di gara? All'Adunanza Plenaria l'ultima parola.

di Adriana Presti

SOTTO
LA
LENTE

1. I fatti all'origine della rimessione all'Adunanza Plenaria

Nell'ambito di una procedura di gara ristretta per l'affidamento dei "lavori di ampliamento della terza corsia tratto Firenze Sud - Incisa", il RTI primo graduato era sottoposto ai controlli post aggiudicazione.

In corso di espletamento di tali controlli, il RTI inviava alla stazione appaltante una nota con la quale rappresentava la possibilità di una mera riduzione della compagine del RTI per aver una mandante del RTI nel frattempo espresso la volontà di recedere dal raggruppamento ai sensi dell'art. 48, comma 19, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (d'ora in poi anche "Codice").

Il RTI primo graduato veniva escluso dalla procedura di gara per mancanza dei requisiti di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) e c - ter) del Codice in capo alla mandante fuoriuscita dal RTI. Con un'articolata motivazione, la stazione appaltante rappresentava, in sostanza l'elusività della modifica in riduzione del costituendo RTI, tenuto conto che:

- il recesso della mandante e la conseguente richiesta di rimodulazione del raggruppamento formulata dalla capogruppo mandataria non indicava in alcun modo quali fossero le concrete e sopravvenute esigenze organizzative in ragione delle quali la mandante aveva inteso recedere dal costituendo RTI;

- immediatamente prima della presentazione della predetta richiesta di rimodulazione del raggruppamento in seguito a recesso, la medesima stazione appaltante aveva adottato nei confronti della mandante cinque risoluzioni contrattuali per grave inadempimento in fase di esecuzione di altrettanti contratti di appalto di lavori, nonché due provvedimenti di revoca dell'aggiudicazione per suo fatto colpevole, in ragione dei quali era già stata disposta l'esclusione da una procedura di gara in corso di svolgimento e la revoca di un'aggiudicazione per la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) e c-ter) d.lgs. n. 50 del 2016;

- la mandante si era resa responsabile nei confronti della medesima stazione appaltante di

“significative e persistenti carenze nell’esecuzione di precedenti contratti d’appalto che hanno causato la risoluzione per inadempimento contrattuale” rilevanti come causa di esclusione ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c-ter del codice dei contratti pubblici, come pure di condotte qualificabili come “gravi illeciti professionali” di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) del codice “tali da rendere dubbia l’integrità e l’affidabilità”, per essere gli inadempimenti “numerosi, ravvicinati nel tempo e coevi allo svolgimento della procedura di gara in oggetto”;

- tali circostanze comportavano, dunque, il rigetto della richiesta di autorizzazione alla modifica soggettiva del raggruppamento in riduzione ai sensi dell’art. 48, comma 19, del codice per mancata esplicitazione delle esigenze organizzative che legittimavano la richiesta di recesso della mandante e, comunque, considerato il breve lasso di tempo trascorso tra i provvedimenti di risoluzione e di revoca e la comunicazione di recesso, per essere detta richiesta (da ritenersi) “finalizzata ad eludere la perdita di un requisito di partecipazione alla gara da parte della mandante” in quanto incorsa nelle cause di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) e c – ter) d.lgs. n. 50 del 2016.

La mandante del RTI primo graduato impugnava l’esclusione dalla procedura, deducendo tra l’altro, la violazione del combinato disposto dell’art. 48, commi 17, 18, 19, 19 – bis e 19 – ter, da leggersi nel senso che la modifica soggettiva

È rimessa all’Adunanza plenaria la questione se sia possibile interpretare l’art. 48, commi 17, 18 e 19–ter, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nel senso che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 dello stesso Codice dei contratti da parte del mandatario o di una delle mandanti è consentita non solo in fase di esecuzione, ma anche in fase di gara; in caso di risposta positiva alla prima domanda va precisata la modalità procedimentale con la quale detta modifica possa avvenire, se, cioè, la stazione appaltante sia tenuta, anche in questo caso, ed anche qualora abbia già negato la autorizzazione al recesso che sia stata richiesta dal raggruppamento per restare in gara avendo ritenuto intervenuta la perdita di un requisito professionale, ad interpellare il raggruppamento, assegnando congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere la propria partecipazione alla gara



partecipazione ex art. 80 del Codice da parte del mandatario o di una delle mandanti.

2. Le disposizioni rilevanti e la questione problematica

La questione cruciale della controversia verte sull’interpretazione dei commi 18 e 19 ter dell’art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016 come emendati dal

del raggruppamento per perdita dei requisiti di partecipazione di cui all’art. 80 del Codice da parte del mandatario ovvero di uno dei mandanti non determina l’esclusione del raggruppamento dalla procedura anche se si verifica in fase di gara (oltre che nella fase di esecuzione del contratto).

Il T.A.R. Toscana, con sentenza breve in data 10 febbraio 2021, n. 217, accoglieva il ricorso, ritenendo invero consentita la modifica soggettiva del raggruppamento anche in corso di gara qualora uno dei componenti incorra nella (sopravvenuta) perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 del Codice.

Con ricorso in appello il RTI aggiudicatario impugnava la sentenza, contestando la lettura estensiva ritenuta preferibile dal giudice di primo grado.

Il Consiglio di Stato, sez. V, con ordinanza 18 ottobre 2021, n. 6959 ha rimesso all’Adunanza Plenaria la valutazione in ordine alla possibilità di modifica soggettiva anche in fase di gara del RTI in caso di perdita dei requisiti di

c.d. Correttivo al Codice, ovvero sulla possibilità di modificare la composizione soggettiva del RTI partecipante, in corso di gara, ove sia sopraggiunta la perdita, da parte di un mandante, di uno dei requisiti morali e professionali di cui all'art. 80 del Codice.

Una piana lettura dei commi 18 e 19 ter dell'art. 48 del Codice induce a ritenere pacifico che le modifiche soggettive motivate dalla sopravvenienza di procedure fallimentari o interdittiva antimafia a carico di una delle società mandanti, siano consentite anche in corso di gara. Di conseguenza **il problema interpretativo** si concentra sulla sopravvenuta perdita (**in corso di gara**) dei requisiti generali di cui all'articolo 80 del Codice.

Occorre in specie stabilire l'intenzione del legislatore del Correttivo al Codice di cui al d. lgs. N. 56/2017, ovvero se nell'introdurre nell'art. 48 del Codice il comma 19-ter - secondo cui: "*Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara*" - abbia (o meno), con l'inciso contemplato dal comma 18 - "in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80" -, inteso limitare al contempo, la possibilità di modificare la composizione del raggruppamento per sopravvenuta perdita dei requisiti di cui all'art. 80, alla sola fase di esecuzione dei lavori.

Una volta inquadrata a grandi linee la questione interpretativa è necessario soffermarsi più nel dettaglio sugli interventi succedutesi sul set normativo testé accennato.

L'art. 48 del Codice è dedicato ai "*Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici*"; i suoi ultimi commi, dal 17 al 19 - *ter*), disciplinano le vicende modificative in senso soggettivo dei raggruppamenti temporanei.

Come noto, tali regole costituiscono una **deroga al divieto di modificazione alla composizione dei raggruppamenti** rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta posto dal comma 9, secondo periodo, dello stesso articolo 48.

Nella loro originaria formulazione, il comma 17 e il comma 18 si occupavano di specifiche sopravvenienze - la sottoposizione a procedura

concorsuale (fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione) ovvero, per il caso di imprenditore individuale, la morte, l'interdizione, l'inabilitazione nonché i casi di perdita dei requisiti per via di provvedimenti previsti dalla normativa antimafia - consentendo rispettivamente la prosecuzione del rapporto di appalto con altro operatore in qualità di mandatario purché in possesso dei requisiti di qualificazione adeguati ai lavori, servizi o forniture ancora da eseguire, e, per il caso di vicenda relativa ad una delle mandanti, l'indicazione da parte del mandatario di altro operatore economico subentrante ovvero l'esecuzione diretta o a mezzo degli altri mandanti (ancora una volta) purché in possesso dei requisiti di qualificazione adeguati ai lavori, servizi o forniture ancora da eseguire.

Giusto il riferimento alla parte di contratto "*ancora da eseguire*" nell'uno come nell'altro comma, era chiaro che la fase cui le disposizioni avevano riguardo era quella di esecuzione del contratto di appalto.

Con l'art. 32, comma 1, lett. H) d.lgs. n. 56 del 2017, il legislatore è intervenuto aggiungendo ai commi 17 e 18 la frase "*ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80*", e così **ampliando le sopravvenienze in grado di determinare la modifica in senso soggettivo del raggruppamento** anche ai casi di perdita dei requisiti generali di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice, ma precisando, pur sempre, che l'ambito rilevante era quello della esecuzione del contratto di appalto.

Contestualmente, però, è stato aggiunto il comma 19 - *ter*) del seguente tenore: "*Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara*"; con ciò le sopravvenienze descritte dai commi 17 e 18 (oltre che dal comma 19 riferito alla vicenda del recesso di una delle componenti del raggruppamento) hanno assunto rilevanza non più solamente nella fase esecutiva del contratto, **ma anche nella fase di gara**.

Ne è, quindi, sorto un dubbio interpretativo, dovuto (ancora una volta) al mancato raccordo tra le disposizioni introdotte ed alla base della rilevata antinomia.

3. Orientamenti giurisprudenziali a confronto

Secondo un orientamento, a cui ha aderito il giudice di prime cure nella vicenda de qua, i commi 17, 18 e 19 hanno ad oggetto sopravvenienze nella fase di esecuzione del contratto, e tra queste è indicata anche la perdita dei requisiti di cui all'art. 80; il comma 19 - ter, richiamando quei commi nel loro complesso, senza operare alcuna differenziazione, ne estende l'intera disciplina **alla fase di gara**, ivi compresa, dunque, la possibilità dell'insorgenza della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, del codice.

Si tratta di una lettura, anche a parere di chi scrive, lineare e coerente con la ratio della novella legislativa che aveva introdotto il comma 19 - ter) all'interno dell'art. 48 del Codice con l'intento di derogare al principio di immodificabilità alla composizione del raggruppamento per evitare che un intero RTI fosse escluso dalla gara a causa di eventi sopraggiunti comportanti la perdita dei requisiti di ordine generale da parte di un'impresa componente e, così, garantire la partecipazione degli operatori "sani" costituiti in raggruppamento, salvaguardando al contempo l'interesse pubblico della stazione appaltante a non perdere offerte utili. Il tutto sempre nel rispetto della (imprescindibile) condizione per la quale la modifica soggettiva non deve perseguire finalità elusive della mancanza ab origine di un requisito di partecipazione; il che impone che si possa acconsentirvi solo in caso di **"perdita" sopravvenuta** di un requisito già sussistente alla data della domanda di partecipazione e non anche nel caso di "mancanza" originaria dello stesso.

Secondo i fautori del predetto orientamento questa tesi è supportata dall'interpretazione logica e costituzionalmente orientata: tutte le vicende sopravvenute previste dai commi 17 e 18, per le quali è consentita la modifica soggettiva del raggruppamento in fase di gara, **sono altrettanti casi di perdita di requisiti di ordine generale**, tutti ugualmente richiesti dall'art. 80 per la partecipazione, onde sarebbe contrario ai principi di ragionevolezza, uguaglianza, proporzionalità e logicità prevedere conseguenze diverse (l'esclusione dalla gara a fronte della permanenza in gara) a seconda che l'impresa raggruppata sia interessata da una procedura fallimentare o raggiunta da una interdittiva antimafia ovvero

sia interessata, ad esempio, dalla sopravvenienza di un DURC negativo o di un accertamento sull'avvenuta commissione di un grave illecito professionale, senza che sia possibile, per dar giustificazione, distinguere tra una maggiore imputabilità soggettiva di un evento rispetto ad un altro, visto che in materia di appalti le cause di esclusione assumono rilievo a livello oggettivo a prescindere dall'atteggiamento psicologico del concorrente.

Del resto, tutti e tre i commi 17, 18 e 19 si riferiscono alla fase esecutiva del rapporto, di talché **l'estensione alla fase di gara** delle modifiche soggettive esplicitamente voluta con il comma 19-ter, **si riferisce senza distinzione alcuna al complesso di tale disciplina recata dai tre commi.**

Ed infatti, sempre secondo questo primo orientamento, già l'intero comma 18 si riferisce espressamente e per ciascun profilo alla fase esecutiva, come emerge espressamente anche a livello testuale dalla previsione che il mandatario, ove non indichi altra impresa al posto della mandante estromessa, "è tenuto alla esecuzione direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire". Analogo discorso vale per il comma 17, riguardante la modifica della mandataria, laddove si prevede espressamente che *"la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente Codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto"*.

Pertanto, l'inciso aggiunto dal correttivo *"...ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80"* si inserisce in modo del tutto coerente ed omogeneo in tale contesto regolatorio afferente i mutamenti intervenuti in corso di esecuzione. In particolare, la locuzione "in corso di esecuzione", di cui all'inciso aggiunto, **sarebbe neutra o al più superflua dato il contesto in cui è inserita**. Mentre, come si è già detto, il comma 19-ter estende la richiamata disciplina delle modifiche soggettive anche alla fase di gara, senza però operare alcuna differenziazione all'interno delle ipotesi dei commi 17, 18 e 19.

E ciò fermo restando, lo si ribadisce, che la modifica soggettiva non può avere finalità elusive della mancanza di un requisito di partecipazione alla gara, essendo chiaro che non si configura tale ipotesi nei casi di sopravvenuta carenza dei detti requisiti, dovendosi distinguere fra "mancanza" originaria e "perdita" sopravvenuta di un requisito già sussistente alla data della domanda di partecipazione. In questo senso andrebbe letto anche il comma 19 che riguarda il recesso di una delle imprese raggruppate, laddove si stabilisce che tale modifica soggettiva "non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara".

Secondo un contrapposto orientamento – espresso dalla V sezione del Consiglio di Stato con la sentenza del 28 gennaio 2021, n. 833 - il comma 19 ter si limita ad autorizzare la sostituzione del mandante nei (soli) casi di "modifiche soggettive" (per le società: fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti; per gli imprenditori individuali: morte, interdizione, inabilitazione o fallimento), previste dal comma 18, e non, dunque, anche nell'ipotesi di "perdita dei requisiti di cui all'art. 80" in corso di gara, che pure è prevista dal medesimo comma 18 come causa di sostituzione della mandante ma nella (sola) fase esecutiva. Di ciò se ne trarrebbe ulteriore conferma dal fatto che proprio l'art. 18 è stato contestualmente modificato introducendo, bensì, anche la fattispecie (antecedentemente non prevista) di perdita dei requisiti soggettivi quale ragione di possibile modificazione del raggruppamento, ma espressamente limitando l'ipotesi alla fase esecutiva. Sarebbe, allora, del tutto illogico che l'estensione "alla fase di gara" di cui al comma 19 ter, introdotto dallo stesso Correttivo vada a neutralizzare la specifica e coeva

Secondo un primo orientamento, avuto riguardo alla ratio legis - che è quella di apportare una deroga al principio dell'immodificabilità alla composizione dei raggruppamenti, al fine di evitare che un intero raggruppamento sia escluso dalla gara a causa di eventi sopraggiunti comportanti la perdita dei requisiti di ordine generale da parte di un'impresa componente - non vi sarebbe ragione di operare distinzioni fra le varie sopraggiunte cause di esclusione.



modifica del comma 18."

Infatti, da un lato, il comma 19 ter ("Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara."), come tutto l'art. 48, per "modifiche soggettive" intende la sostituzione o l'estromissione di un componente del raggruppamento e non le patologie sopravvenute che possono interessare una delle imprese raggruppate, dall'altro lato, l'argomento interpretativo teso a valorizzare la contestualità dell'introduzione di quest'ultimo comma insieme all'inciso di cui al comma 18 "ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione,

dei requisiti di cui all'art. 80", non spiegherebbe comunque perché l'antinomia debba risolversi con la prevalenza di quest'ultimo precetto.

Quindi volendo sintetizzare:

- i) secondo un primo argomento i commi 17 e 18, sin dalla loro originaria formulazione, avevano riguardo a vicende sopravvenute nella fase di esecuzione del contratto, il d.lgs. n. 56 del 2017, contestualmente introducendo in essi la possibilità di modificare il raggruppamento temporaneo anche "in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80" ed estendendo, con il comma 19 - ter), la disciplina delle modifiche soggettive anche a vicende verificatesi in corso di gara, aveva inteso escludere dai casi in cui è consentita la modifica soggettiva in cui in corso di gara proprio la perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del codice; a voler diversamente opinare, infatti, l'inciso "in corso di esecuzione" inserito nelle due disposizioni che non si dubitava affatto avessero applicazione (a vicende avvenute) in corso di esecuzione, avrebbe - in senso contrapposto al medesimo argomento speso dal primo orientamento di cui si è detto - una funzione "neutra o al più superflua";
- ii) secondo un secondo argomento, vi

sarebbe la necessità di rendere coerenti le disposizioni che prevedono la modifica soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese con il principio di necessaria conservazione dei requisiti soggettivi per la partecipazione ad una procedura di gara in capo a ciascun componente del raggruppamento dall'avvio della procedura sino all'aggiudicazione ispirata, a sua volta, ai principi di *par condicio* tra i concorrenti, di celerità e di stabilità del novero dei partecipanti: se la deroga a tale principio è giustificata in fase di esecuzione per l'esigenza di assicurare il completamento dell'opera, non ricorre la medesima esigenza quando la procedura non si è ancora conclusa. In tale ottica non varrebbe la distinzione tra originaria mancanza dei requisiti, mai superabile, e perdita sopravvenuta che, invece, potrebbe giustificare la modifica soggettiva;

iii) secondo un terzo argomento, vi sarebbe, poi, valida ragione per distinguere tra sopravvenienze e precisamente tra sottoposizione a procedura concorsuale o applicazione di misura interdittiva antimafia – situazioni per le quali è consentita la modifica del raggruppamento anche in sede di gara – e perdita dei requisiti di cui all'art. 80, vicenda preclusiva della modificazione soggettiva: delle prime due, l'una, la situazione di insolvenza, si può determinare indipendentemente da qualsiasi comportamento dell'operatore economico potendo derivare da ritardi nei pagamenti dei committenti, l'altra, la misura interdittiva ha natura preventiva e cautelare ed è assunta sulla base di circostanze che prescindono dall'operatività concreta della società, la perdita dei requisiti ex art. 80, invece, attiene direttamente al corretto esercizio dell'attività di impresa.

4. Le ragioni della rimessione all'Adunanza plenaria

Il Consiglio di Stato, dopo aver richiamato i contrapposti orientamenti compendati rispettivamente nelle pronunce della Sez. III, 2 aprile 2021 n. 2245 e della V 28 gennaio 2021, n. 833, si è soffermato sulla successiva evoluzione giurisprudenziale e sulla impossibilità di ritenere sopito il contrasto giurisprudenziale a seguito della pronuncia dell'Adunanza plenaria 27 maggio 2021, n. 10.

In effetti, l'Adunanza plenaria, investita della questione della sostituibilità in corso di gara dell'impresa mandataria fallita o comunque assoggettata ad altra procedura concorsuale con un'altra impresa, esterna all'originario raggruppamento di imprese (c.d. sostituzione per addizione), ha affermato, incidentalmente, che *"nella sola fase di esecuzione, peraltro, il legislatore, dopo la riforma apportata dall'art. 32, comma 1, lett. h, del d.lgs. n. 56 del 2017, ha previsto che anche il venir meno di uno dei requisiti di partecipazione, di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, in capo ad uno dei componenti – non essendo tale ipotesi applicabile alla fase di gara (v., sul punto, Cons. St., sez. V, 28 gennaio 2021, n. 833, Cons. St., sez. V, 27 agosto 2020, n. 5255 nonché l'ANAC nella delibera n. 555 del 12 giugno*

2011 su istanza di parere precontenzioso ai sensi dell'art. 211, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016) – possa giustificare la modifica soggettiva, ma sempre e solo interna al raggruppamento perché, diversamente, la fase dell'esecuzione presterebbe il fianco ex post all'aggiornamento delle regole della trasparenza e della concorrenza, che presiedono alla fase della scelta del contraente, con l'inserzione

Secondo l'opposto orientamento, preminente sarebbe la necessità di rendere coerenti le disposizioni che prevedono la modifica soggettiva dei RTI con il principio di necessaria conservazione dei requisiti soggettivi per la partecipazione ad una procedura di gara in capo a ciascun componente del raggruppamento dall'avvio della procedura ispirata, a sua volta, ai principi di par condicio tra i concorrenti, di celerità e di stabilità del novero dei partecipanti: se la deroga a tale principio è giustificata in fase di esecuzione per l'esigenza di assicurare il completamento dell'opera, non ricorrerebbe la medesima esigenza quando la procedura non si è ancora conclusa.

postuma di soggetti esterni che nemmeno hanno preso parte alla gara e si troverebbero ad essere contraenti della pubblica amministrazione” (§ 23.3 e ribadito al § 36).

La III Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza 11 agosto 2021, n. 5852 ha rimeditato il proprio orientamento alla luce delle indicazioni interpretative fornite dall’Adunanza plenaria, facendo propri gli argomenti già spesi dalle pronunce citate dalla stessa plenaria (Cons. St., sez. V, 28 gennaio 2021, n. 833, Cons. St., sez. V, 27 agosto 2020, n. 5255)- per escludere la modificazione in senso riduttivo del raggruppamento in corso di gara in conseguenza della perdita dei requisiti di cui all’art. 80 del Codice.

Nonostante, tale successiva evoluzione, il Collegio ha condivisibilmente ritenuto sussistenti valide ragioni per sottoporre all’Adunanza plenaria la questione dell’esatta interpretazione dei commi 17, 18 e 19 – ter) dell’art. 48 del Codice, rilevando, in particolare, che:

a) nella sentenza n. 10 del 2021, la modificabilità del raggruppamento per la perdita di requisiti di cui all’art. 80 del codice in capo alla mandataria o ad una delle mandanti in fase di gara è ritenuta solo “incidentalmente” non ammissibile, nel corso, cioè, della trattazione dedicata alla questione centrale della quale l’Adunanza plenaria era stata investita dal giudice rimettente, e dunque, senza che siano stati spesi argomenti a supporto di tale conclusione, (se non il mero richiamo alle sentenze della Quinta sezione alla delibera dell’Anac n. 555 del 12 giugno 2011), né tantomeno messi a confronto gli opposti orientamenti.

b) l’interpretazione delle disposizioni rilevanti è sicuramente connotata da alto livello di problematicità in quanto:

c) il dato letterale, a ben riflettere, non pare decisivo per ricavare la regola della fattispecie: l’inciso “*in corso di esecuzione*” riferito al caso di perdita dei requisiti di partecipazione, senza che lo si dica inutile o superfluo come fatto dal giudice di primo grado, od anche illogico, potrebbe essere stato avvertito dal legislatore come precisazione necessaria per evitare il possibile dubbio interpretativo che il richiamo ai “*requisiti di cui all’art. 80*” vale a dire a quei requisiti – e a

quell’articolo del codice – la cui verifica si compie in fase procedurale avrebbe potuto far sorgere circa l’effettivo ambito applicativo della disposizione;

d) si aggiunga che risponde a logica l’argomento per il quale se il legislatore, introducendo il comma 19 – ter all’interno dell’art. 48, avesse voluto far eccezione alla deroga e ripristinare il principio di immodificabilità del raggruppamento in caso di perdita dei requisiti generali di cui all’art. 80 del codice in fase di gara, la via maestra sarebbe stata quella di operare la distinzione all’interno dello stesso comma 19 – ter, senza dar vita ad un arzigogolo interpretativo; rinviando alle “modifiche soggettive” contemplate dai commi 17, 18 e 19, invero, la norma pianamente dice suscettibili di portare alla modifica del raggruppamento in fase di gara tutte le sopravvenienze ivi previste, compresa la perdita dei requisiti generali;

e) ad ogni modo non si può negare che occorra superare in sede interpretativa una distonia e contraddizione tra le norme che sembra ricorrere su di un duplice piano:

f) sul piano interno, poiché non può negarsi che, a voler seguire una certa interpretazione tra le due possibili, si finisce coll’ammettere la modifica soggettiva del raggruppamento in corso di gara in caso di impresa sottoposta a procedura concorsuale o raggiunta da interdittiva antimafia e non invece nel caso in cui la stessa abbia perduto qualcuno dei requisiti generali di partecipazione: vero che ciascuna vicenda ha la sua peculiarità, ma resta il fatto che la permanenza in gara o l’esclusione di un operatore economico dipende da situazioni che tutte possono essere ricondotte *quoad effectum* (e, dunque unitariamente assunte in sede di interpretazione del dato normativo) alla perdita dell’integrità dell’operatore economico per la sua condotta professionale (es. il mancato versamento di contributi previdenziali o il mancato pagamento dei tributi, ma anche il dubbio circa l’idoneità morale conseguente all’adozione di uno dei provvedimenti della normativa antimafia) o alla perdita dell’affidabilità circa la sua capacità di eseguire le prestazioni oggetto del contratto in affidamento (i pregressi inadempimenti, specialmente se intervenuti con la stessa stazione appaltante, ma anche lo stato di decozione comportante l’assoggettamento alla procedura concorsuale), e delle quali indubbiamente quelle che consentono la modifica soggettiva risultano per

più versi maggiormente allarmanti per l'interesse pubblico delle altre per le quali si vuole escluso;

g) sempre sul piano interno, perché è consentita la modifica soggettiva del raggruppamento anche in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 in fase di esecuzione, quand'ormai la stazione appaltante ha ben poche possibilità di vagliare l'affidabilità del raggruppamento per come riorganizzatosi al venir meno di un suo componente, con ogni possibile incertezza sulla residua capacità di esecuzione, e non in fase di gara quando è ancora in tempo ad effettuare ogni verifica sui rimanenti componenti;

h) sul piano esterno, perché se è vero che la deroga al principio di immodificabilità dei raggruppamenti sopravvenuto assoggettamento a procedura concorsuale di un soggetto aggregato o per adozione nei suoi confronti di una misura prevista dalla normativa antimafia evita che le vicende dell'uno possano ripercuotersi su tutti gli altri, in situazioni in cui non sia incisa la capacità complessiva dello stesso raggruppamento che, riorganizzatosi al suo interno, si ancora in grado di garantire l'esecuzione dell'appalto (da ultimo, così è spiegata la deroga proprio dall'Adunanza plenaria n. 10 del 2021, al par. 25) – a sua volta eliminando quelle giustificate preoccupazioni (di non poter aggiudicarsi e concludere l'esecuzione dell'appalto per colpa di uno degli associati) dell'impresa con la finalità di favorire le aggregazioni di imprese, e, in ultima analisi, ampliare il campo degli operatori economici che possono aspirare all'aggiudicazione di pubbliche commesse – è fuor di dubbio, seguendo questa via di ragionamento, che queste stesse ragioni possano condurre a dire giustificata la deroga all'immodificabilità del raggruppamento per la perdita dei requisiti generali di partecipazione e, specularmente, a dire non giustificato un diverso trattamento di detta vicenda;

i) quanto sopra è tanto più vero ove si consideri che nessuna delle ragioni che sorreggono il principio di immodificabilità della composizione del raggruppamento varrebbero a spiegare in maniera convincente il divieto di modifica per la perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 in sede di gara: non la necessità di evitare 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 quanto, una volta

escluso dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 10 del 2021 la c.d. sostituzione per addizione, tale evenienza non potrà giammai verificarsi quale che sia la vicenda sopravvenuta per la quale sia venuto meno uno dei componenti del raggruppamento, né la tutela della *par condicio* dei partecipanti alla procedura di gara, che è violato solo se all'uno è consentito quel che all'altro è negato, ma qui tutti sono trattati allo stesso modo perché possono alle stesse condizioni pervenire all'aggiudicazione della procedura di gara, ossia a condizione che sia garantito l'integrale e continuativo possesso dei requisiti di partecipazione a partire dalla presentazione della domanda e fino all'esecuzione del contratto, situazione che, a ben vedere, ricorre sempre, quale che sia la ragione per la quale uno dei componenti del raggruppamento viene meno se gli altri sono in grado di garantire con i loro requisiti la corretta esecuzione del contratto.

5. Riflessioni conclusive

Le ragioni poste alla base della rimessione di questa rilevante questione all'Adunanza Plenaria hanno eco di grande respiro, poiché tendono ad allontanare la cultura del sospetto in ordine ad eventi che fisiologicamente possono dar vita, in corso di gara, alle modifiche soggettive "in riduzione" dei raggruppamenti temporanei di imprese per far posto all'introduzione di un criterio maggiormente lineare e di più facile applicazione a livello pratico (ferma la difficoltà di stabilire la preesistenza e/o sopravvenienza della fattispecie escludente), per consentire, ricorrendone i presupposti, la continuazione della procedura con il medesimo raggruppamento sia pure in diversa composizione.

Non raramente accade, infatti, che le operazioni di gara si protraggano oltre il dovuto e che nelle more dell'espletamento delle procedure sopravvenga in capo ad un'impresa associata la perdita di uno dei requisiti generali di cui all'articolo 80 del Codice. Sicché, nell'ottica di sostanziale valorizzazione della logica associativa, non si può non convenire con la riflessione secondo cui, alla luce di quanto richiamato dalla stessa Ordinanza di rimessione, se vietare la modifica soggettiva al raggruppamento del quale uno dei componenti sia incorso in perdita dei requisiti di partecipazione in fase di gara, ma che sia comunque capace di eseguire il contratto in affidamento, non apporta alcun vantaggio

alla stazione appaltante per la quale, rispettata quest'ultima condizione, quale che sia il numero dei componenti il raggruppamento, resta comprovata l'affidabilità dell'operatore, innegabile, invece, è il vantaggio per le imprese che, da un lato, hanno la necessità di raggrupparsi per poter competere in taluni segmenti di mercato, e dall'altro, subirebbero ingiustamente effetti negativi di altrui condotte che non hanno in alcun modo potuto evitare.

D'altra parte, se si deve guardare all'intenzione del legislatore, appare quindi più logico ritenere, avuto riguardo allo storico dibattito al riguardo, che il Correttivo abbia inteso concedere la possibilità di modifica soggettiva dei raggruppamenti, sia in fase di esecuzione, sia in fase di gara, in caso di vicende patologiche sopraggiunte (e non presenti *ab origine*) che colpiscono un componente e che ne determinano la perdita di alcuno dei requisiti di ordine generale.

Eppure, resta il fatto che le disposizioni di cui ai commi 18 e 19 ter dell'art. 48 del Codice sono

state introdotte dal c.d. Correttivo senza una adeguata ponderazione e analisi di impatto nella fase di elaborazione della norma.

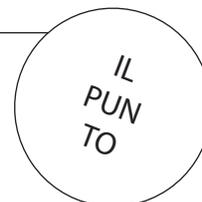
Di conseguenza è di preminente interesse definire in modo compiuto la questione in oggetto, non potendo la sorte della stessa essere affidata allo striminzito inciso contenuto *incidenter tantum* nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 10/2021.

Sicché, è apprezzabile anche la richiesta di precisazione circa la modalità procedimentale con la quale detta modifica soggettiva - in caso di risposta positiva al quesito principale - possa avvenire. L'auspicio è dunque, che vengano chiariti anche gli *steps* procedurali a cui la stazione appaltante sia eventualmente tenuta.

E ciò anche al fine di fare chiarezza una volta per tutte su un dibattutissimo e rilevante tema come quello della modifica in riduzione, per vicende patologiche sopravvenute a carico delle imprese associate, dei RTI in corso di gara.

Affidamento degli incarichi legali: gara sì o no?

di Paola Cartolano



Premesse

Il tema dell'affidamento degli incarichi professionali a personalità esterne alla Pubblica Amministrazione è di frequente oggetto di discussione in ambito giurisprudenziale oltreché di prassi, con particolare attenzione agli **incarichi legali conferiti ad avvocati del libero foro**.

Prima di passare ad approfondire la normativa in materia, è opportuno richiamare i principi alla base di detto dibattito interpretativo.

Il conferimento di incarichi legali in favore di Pubblica Amministrazione vede da sempre, infatti, contrapposte due anime: da una parte la necessità

di privilegiare il risparmio di spesa in osservanza dei principi costituzionali di buon andamento e trasparenza e dall'altra parte l'esigenza di instaurare con il professionista un rapporto fiduciario, tenendo conto della complessità della causa e della dovuta esperienza richiesta.

In termini generali, giova qui richiamare l'art. 7 del D.Lgs. n. 165/2001 s.m.i. ("**Testo Unico sul Pubblico Impiego**") che al comma 6¹ consente alle Pubbliche Amministrazioni, in caso di carenza di risorse interne adeguate, di far ricorso a professionalità esterne per fronteggiare necessità temporanee relative ad attività non ordinarie.

1. ... per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei seguenti presupposti di legittimità:

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

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

Più specificamente, le Pubbliche Amministrazioni, al fine di affrontare situazioni per le quali le risorse al momento in servizio non dispongono delle adeguate tecniche e professionalità, possono conferire incarichi individuali a soggetti con comprovata esperienza e specializzazione.

In particolare, la giurisprudenza della Corte dei Conti (cfr. *Corte dei Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione n. 6 del 15 febbraio 2005 – Relazione allegata*), al fine di valutare la legittimità degli incarichi e delle consulenze esterne, ha elaborato i seguenti **criteri**:

- a. rispondenza dell'incarico agli obiettivi dell'Amministrazione;
- b. inesistenza, all'interno della propria organizzazione, della figura professionale idonea allo svolgimento dell'incarico, da accertare per mezzo di una reale ricognizione;
- c. indicazione specifica dei contenuti e dei criteri per lo svolgimento dell'incarico;
- d. indicazione della durata dell'incarico;
- e. proporzione fra il compenso corrisposto all'incaricato e l'utilità conseguita dall'amministrazione.

Come ha osservato sempre la giurisprudenza contabile, qualora manchino i suddetti requisiti, il relativo atto di conferimento di incarico deve essere ritenuto antiguridico e, quindi, produttivo di **danno erariale** (cfr. *da ultimo Corte dei Conti, Sez. Regionale per il Controllo del Piemonte, 21 maggio 2012, n. 89*).

In termini generali si anticipa che, con riferimento alle **procedure per l'affidamento di detti incarichi**, il legislatore nel comma 6-bis dell'art. 7 del Testo Unico sul Pubblico Impiego, data la necessità di assicurare l'attuazione del principio di trasparenza nel conferimento degli incarichi a soggetti estranei alle Pubbliche Amministrazioni, prevede l'obbligo per queste stesse di rendere pubbliche, secondo le formalità previste dai propri ordinamenti (nella forma del regolamento interno), le "procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione".

Le PA, qualora le risorse in servizio non dispongano delle adeguate tecniche e professionalità, possono conferire incarichi individuali a soggetti con comprovata esperienza e specializzazione



1. I servizi legali

Data la possibilità per le Pubbliche Amministrazioni di ricorrere a professionisti esterni nei limiti indicati, il dibattito si è incentrato sulla **distinzione tra incarichi professionali di consulenza e appalto di servizi**: ancorché nella pratica entrambe le fattispecie contrattuali possano sovrapporsi, in quanto hanno in comune l'esecuzione di servizi, sotto il profilo ordinamentale integrano istituti giuridici differenti nei presupposti, nell'esecuzione e nei limiti.

La questione della corretta individuazione della fattispecie di riferimento rileva, quindi, circa il regime da applicare ai fini dell'affidamento da parte dell'Amministrazione.

In termini generali la **consulenza** è assimilata al contratto d'opera intellettuale, artistica o artigiana, disciplinato dagli artt. 2222 e seguenti del codice civile, che si manifesta nell'esecuzione di un'obbligazione di mezzi o di risultato, frutto dell'elaborazione concettuale e professionale di un soggetto competente nello specifico settore di riferimento, senza vincolo di subordinazione e in condizioni di assoluta indipendenza; nel contratto di **appalto**, invece, l'esecutore si obbliga nei confronti del committente al compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro, con organizzazione dei mezzi necessari (di tipo imprenditoriale) e con assunzione di un'obbligazione di risultato, nonché del rischio in proprio dell'esecuzione della prestazione (cfr. *Corte dei Conti, Sezione Lombardia n. 236/2013/ PAR; Corte dei Conti, Sezione Puglia n. 63/2014*).

Particolare rilievo ha assunto la tematica relativa all'affidamento dei **servizi legali**

la cui disciplina nel **D.Lgs. n. 163/2006** era collocata fra cd. Contratti esclusi (appalti di servizi elencati nell'allegato II B), in tutto o in parte, dall'applicazione delle procedure a evidenza pubblica, da affidarsi secondo gli articoli 20 e 27 dello stesso D.Lgs. n.163/2006, ovvero «... nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad

almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto. ...».

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016 ("Codice Appalti"), l'art. 17, comma 1, lettera d) con una portata innovativa elenca tra i settori esclusi i servizi legali e specifica l'esatta portata della categoria.

Fra i servizi legali sono infatti inclusi sia la rappresentanza legale sia la consulenza fornita in vista di un procedimento giurisdizionale, a prescindere dalla natura isolata ovvero sistematica dell'attività difensiva svolta in favore dell'Amministrazione.

Testualmente, il Codice Appalti all'**articolo 17, comma 1 lettera d)** – in applicazione dell'articolo 10, lettera d) della direttiva 2014/24/UE – elenca le fattispecie espressamente **escluse** dall'ambito di applicazione della disciplina codicistica ovvero:

"1) rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni:

1.1) in un arbitrato o in una conciliazione tenuti in uno Stato membro dell'Unione europea, un paese terzo o dinanzi a un'istanza arbitrale o conciliativa internazionale;

1.2) in procedimenti giudiziari dinanzi a organi giurisdizionali o autorità pubbliche di uno Stato membro dell'Unione europea o un Paese terzo o dinanzi a organi giurisdizionali o istituzioni internazionali;

2) consulenza legale fornita in preparazione di uno dei procedimenti di cui al punto 1), o qualora vi sia un indizio concreto e una probabilità elevata che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto del procedimento, sempre che la consulenza sia fornita da un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni;

3) servizi di certificazione e autenticazione di documenti che devono essere prestati da notai;

4) servizi legali prestati da fiduciari o tutori designati o altri servizi legali i cui fornitori sono designati da un organo giurisdizionale dello Stato o sono designati per legge per svolgere specifici compiti sotto la vigilanza di detti organi giurisdizionali;

5) altri servizi legali che sono connessi, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri".

Ferma restando la portata dell'articolo 17, occorre richiamare l'**articolo 4 del Codice Appalti** il quale espressamente stabilisce che anche l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad

oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, **esclusi**, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del Codice Appalti «*avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica*».

Di qui la necessità del rispetto, anche in sede di conferimento del singolo incarico legale, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità che devono informare l'affidamento dei contratti pubblici, per quanto "esclusi".

In ordine alla tematica dell'affidamento dei servizi legali di cui all'articolo 17 del Codice Appalti l'**ANAC** con la Delibera n. 907 del 24 ottobre 2018 ha approvato le **Linee Guida n. 12** le quali forniscono chiarimenti sulle procedure da seguire per l'affidamento dei servizi legali alla luce della nuova disciplina contenuta nel Codice Appalti, quale l'atto di regolazione non vincolante.

L'ANAC nelle citate Linee Guida aderisce all'impostazione da ultimo registrata dal **Consiglio di Stato nel parere n. 2017 del 3 agosto 2018** secondo cui

- l'affidamento dei servizi legali costituisce **appalto**, qualora la stazione appaltante affidi la gestione del contenzioso **in modo continuativo o periodico** al professionista nell'unità di tempo considerata (di regola il triennio);
- l'incarico conferito *ad hoc*, collegato ad una **specifica lite**, costituisce invece un **contratto d'opera professionale** ai sensi degli articoli 2229 e seguenti del codice civile, consistendo nella trattazione della singola controversia o questione, ed è sottoposto al regime di cui all'articolo 17 comma 1, lettera d) del Codice Appalti. Detti servizi legali sono quindi da considerare come **contratti esclusi dal campo di applicazione del Codice Appalti ma non estranei**: dunque, tali affidamenti devono rispettare i principi posti dall'articolo 4 del Codice Appalti, non assumendo rilevanza il valore economico del contratto e l'eventuale superamento della soglia di rilevanza comunitaria.

Tale inquadramento deriva dalla sentenza del **Consiglio di Stato, Sezione V, n. 2730 dell'11 maggio 2012**, sotto la vigenza del D.Lgs. n.

163/2006, secondo cui perché ci sia un appalto, deve esserci un *quid pluris* rispetto a un singolo incarico di patrocinio o di assistenza. Si è in presenza di un appalto quando l'oggetto è un servizio legale prestato per un determinato arco temporale e per un determinato corrispettivo: il *quid pluris* risiede nel fatto che la prestazione di patrocinio o di assistenza si inserisce in un quadro più ampio, divenendo modalità di un servizio più complesso e articolato da prestare all'Amministrazione.

In particolare il Consiglio di Stato, dopo aver affermato che «*diversamente dall'incarico di consulenza e di assistenza a contenuto complesso, inserito in un quadro articolato di attività professionali organizzate sulla base dei bisogni dell'ente, il conferimento del singolo incarico episodico, legato alla necessità contingente, non costituisca appalto di servizi legali ma integri un contatto d'opera intellettuale che esula dalla disciplina codicistica in materia di procedure di evidenza pubblica*», precisa che «*le norme di tema di appalti di servizi vengono, in definitiva, in rilievo quando il professionista sia chiamato a organizzare e strutturare una prestazione, altrimenti atteggiandosi a mera prestazione di lavoro autonomo in un servizio (nella fattispecie, legale), da adeguare alle utilità indicate dall'ente, per un determinato arco temporale e per un corrispettivo determinato*» (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 2730 dell'11 maggio 2012).

In particolare, il Consiglio di Stato nella citata pronuncia ha chiarito «*la differenza ontologica [...], ai fini della qualificazione giuridica delle fattispecie e delle ricadute a essa conseguenti in materia di soggezione alla disciplina recata dal codice dei contratti pubblici*»: l'attività di assistenza e di consulenza giuridica si caratterizza, infatti, per la sussistenza di una specifica organizzazione, dalla complessità dell'oggetto e dalla predeterminazione della durata. Pertanto affinché si possa configurare un «*servizio legale*» è necessario che la prestazione del professionista si caratterizzi per un *quid pluris* rispetto al singolo incarico occasionale.

Già sotto la vigenza del D.Lgs. n. 163/2006 il Consiglio di Stato, dunque, non riteneva l'incarico di difesa legale nell'ambito delle consulenze ex art. 7 del Testo Unico sul Pubblico Impiego, bensì come «*una semplice obbligazione di mezzi ovvero quella di porre in essere un comportamento teso al risultato ma non necessariamente, ovviamente, a garantirlo/assicurarlo*» configurandolo come «*una sorta di tertium genus (quasi) innestato tra il contratto d'appalto e la specifica consulenza*».

2. Sugli incarichi di difesa in giudizio della PA

La questione della corretta individuazione della fattispecie di riferimento e quindi del relativo regime da applicare riveste particolare rilievo in relazione alle **procedure per l'affidamento ad avvocati del libero foro dell'incarico di difesa in giudizio delle Pubbliche Amministrazioni**.

Il dibattito apertosi su detta fattispecie è caratterizzata dalle incertezze dovute alla coesistenza di posizioni favorevoli alla scelta fiduciaria del difensore e altre invece orientate a richiedere una procedura selettiva, in applicazione delle norme sugli appalti pubblici e dei principi generali (parità di trattamento, trasparenza, libera prestazione di servizi, libertà di stabilimento) affermati dalle direttive europee.

Detto contrasto si è acuito con l'adozione da parte dell'ANAC delle richiamate Linee Guida n. 12 secondo cui – come visto – occorre un confronto concorrenziale, seppure semplificato, anche per l'affidamento dei servizi legali esclusi dall'applicazione

del Codice Appalti ai sensi del relativo articolo 17, comma 1 lettera d), ivi compresa la difesa in giudizio della Pubblica Amministrazione.

La domanda è una: vige o meno l'obbligo di esperire una «gara» – genericamente intesa, ricomprendendovi ogni confronto comparativo – quando un'Amministrazione affida un singolo incarico legale, al di fuori dei casi di appalto? Circa la questione delle modalità di affidamento degli

L'incarico legale conferito ad hoc, collegato ad una specifica lite, costituisce un contratto d'opera professionale ed è sottoposto al regime dell'art. 17 comma 1, lettera d) del Codice Appalti Detti come contratti esclusi (ma non estranei ai sensi dell'art. 4)



incarichi di difesa della Pubblica Amministrazione è di recente intervenuta la sentenza della **Corte di Giustizia dell'Unione europea del 6 giugno 2019 (C-264/2018)** secondo cui gli incarichi legali sono esclusi dalla normativa degli appalti ai sensi dell'art. 10, lettera d), I e II) della direttiva 24/2014 (corrispondente alle ipotesi dell'articolo 17 lettera d) del Codice Appalti) in quanto diversi da ogni altro contratto, perché le relative prestazioni possono essere rese «solo nell'ambito di un

rapporto intuitu personae tra l'avvocato e il suo cliente, caratterizzato dalla massima riservatezza». All'intuitus personae la Corte ricollega la libera scelta del difensore e la fiducia che si instaura tra cliente e avvocato.

In particolare, la Corte ha disposto che «per quanto riguarda i servizi forniti da avvocati, di cui all'articolo 10, lettera d), i) e ii), della direttiva 2014/24, dal considerando 25 di tale direttiva risulta che il legislatore dell'Unione ha tenuto conto del fatto che tali servizi legali sono di solito prestati da organismi o persone designati o selezionati secondo modalità che non possono essere disciplinate da norme di aggiudicazione degli appalti pubblici in determinati Stati membri, cosicché occorreva escludere tali servizi legali dall'ambito di applicazione della direttiva in parola. A tale riguardo, occorre rilevare che l'articolo 10, lettera d), i) e ii), della direttiva 2014/24 non esclude dall'ambito di applicazione di detta direttiva tutti i servizi che possono essere forniti da un avvocato a un'amministrazione aggiudicatrice, ma unicamente la rappresentanza legale del suo cliente nell'ambito di un procedimento dinanzi a un organo internazionale di arbitrato o di conciliazione, dinanzi ai giudici o alle autorità pubbliche di uno Stato membro o di un paese terzo, nonché dinanzi ai giudici o alle istituzioni internazionali, ma anche la consulenza legale fornita nell'ambito della preparazione o dell'eventualità di un siffatto procedimento. Simili prestazioni di servizi fornite da un avvocato si configurano solo nell'ambito di un rapporto intuitu personae tra l'avvocato e il suo cliente, caratterizzato dalla massima riservatezza.

Circa l'affidamento di incarichi di difesa della PA coesistono posizioni favorevoli alla scelta fiduciaria del difensore e altre orientate a richiedere una procedura selettiva ai sensi delle norme sugli appalti pubblici



Orbene, da un lato, un siffatto rapporto intuitu personae tra l'avvocato e il suo cliente, caratterizzato dalla libera scelta del suo difensore e dalla fiducia che unisce il cliente al suo avvocato, rende difficile la descrizione oggettiva della qualità che si attende dai servizi da prestare... Ne consegue che, alla luce delle loro caratteristiche oggettive, i servizi di cui all'articolo 10, lettera d), i) e ii), della direttiva 2014/24, non sono comparabili agli altri servizi inclusi nell'ambito di applicazione della direttiva medesima. Tenuto conto di tale differenza oggettiva, è altresì senza violare il principio della parità di trattamento che **il legislatore dell'Unione ha potuto, nell'ambito del suo potere discrezionale, escludere tali servizi dall'ambito di applicazione di detta direttiva...**».

3. L'ultima pronuncia della Corte dei Conti

Nel solco della citata sentenza della Corte di Giustizia, la **Corte dei Conti, Sezione Regione Lazio**, chiamata a pronunciarsi sull'eventuale danno erariale circa l'**affidamento di incarichi di patrocinio legale in via fiduciaria** da parte di CONSIP, con la sentenza n. 509 dell'8 giugno 2021 è giunta ad alcune conclusioni sulla natura e modalità di conferimento dei citati incarichi.

Nel giudizio in questione la Corte dei Conti ha ritenuto infondata la richiesta della procura regionale la quale aveva contestato ai convenuti (alte cariche di CONSIP) un danno erariale conseguente alla presunta illegittimità dell'affidamento di incarichi professionali a quattro legali esterni ex art. 7, comma 6 del Testo Unico Pubblico Impiego per non aver verificato all'interno di CONSIP la presenza di risorse idonee a svolgere le medesime attività e per non aver esperito una procedura selettiva tale da garantire trasparenza, imparzialità e economicità della scelta.

Ad avviso dei magistrati contabili non si configura la responsabilità amministrativa e il conseguenziale danno erariale qualora l'ente pubblico conferisca incarichi di patrocinio legale a legali esterni

all'Amministrazione senza avvalersi di una procedura concorsuale in quanto i predetti incarichi, connotati da un prevalente elemento fiduciario, non sono equiparabili alle c.d. "consulenze esterne" alle quali si applica il procedimento di cui all'art. 7, comma sesto del D.Lgs. n. 165/2001, pur dovendosi rispettare il principio di trasparenza ed economicità.

In particolare, i magistrati contabili nella recentissima pronuncia hanno rilevato che gli incarichi legali non sono equiparabili alle c.d. consulenze esterne, alle quali si applica il regime degli artt. 7 comma 6 del D.Lgs 165/2001 ma «*in linea*

con la giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. V, n. 2730 del 2012; Comm. Speciale n. 2109 del 2017 e n. 22017 del 2018) e con gli indirizzi dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, sono stati inquadrati tra le prestazioni di lavoro autonomo professionale il cui affidamento, sia pur rispettoso dei principi generali in tema di trasparenza ed economicità, è caratterizzato da un preminente elemento fiduciario. La fattispecie negoziale dell'appalto di servizi potrebbe configurarsi solo ove la prestazione richiesta al professionista non si esaurisca, come nei casi in esame, nel solo patrocinio legale a favore dell'ente, configurandosi quale modalità organizzativa di un servizio più complesso e articolato (C. Conti sez. contro. Basilicata de. 19/2009/ par.; C. Conti sez. contr. Umbria del 137/2013/ Par.). In definitiva, il Collegio è dell'avviso che i mandati di patrocinio in giudizio affidati dalla Consip, di cui si discute, non erano soggetti ad una procedura di evidenza pubblica. La contraria tesi, sostenuta dal requirente, si basa su una controversa interpretazione della disciplina riguardante l'affidamento di incarichi di patrocinio legale da parte della pubblica amministrazione, inquadrati nell'ambito di veri e propri appalti di servizi; interpretazione sicuramente minoritaria durante il previgente d.lgs. n. 163 del 2006, solo in parte rivista dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 50 del 2016 ed, attualmente, del tutto superata alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria».

La Corte dei Conti, a fondamento della decisione, ha quindi richiamato la giurisprudenza attestatasi

dopo l'entrata in vigore del Codice Appalti la quale «*ha confermato la distinzione tra contratti di opera intellettuale di cui all'art. 2229 e ss del cod.civ. (rientranti nell'ambito dei contratti esclusi di cui all'art. 17, comma 1 del d.lgs. 50 del 2016)* - per i quali era stata ribadita l'importanza dell'elemento fiduciario nell'affidamento dell'incarico di patrocinio - e gli incarichi legali di consulenza ed assistenza a contenuto complesso inseriti in un quadro articolato di attività professionali organizzate, cui si applicano le norme del codice dei contratti sia pur semplificate. Con riguardo ai primi, se è vero che sia il

Con sentenza n. 509/2021 la Corte dei Conti-Lazio ha stabilito che i mandati di patrocinio in giudizio, caratterizzati dall'elemento fiduciario, non sono soggetti ad una procedura di evidenza pubblica

Consiglio di Stato che l'Anac avevano osservato che il rispetto dei principi posti dall'art. 4 del codice dei contratti suggerisca la procedimentalizzazione nella scelta del professionista cui affidare l'incarico di patrocinio legale attraverso, preferibilmente, la costituzione di elenchi, ciò non esclude la possibilità di effettuare un affidamento diretto ad un professionista determinato, subordinato, secondo le Linee guida dell'Anac, alla presenza di specifiche ragioni espresse dalla stazione appaltante tra le quali si annoverano i casi di consequenzialità di incarichi o di complementarietà con altri incarichi attinenti alla medesima materia che siano stati positivamente conclusi nonchè i casi di assoluta particolarità della controversia».

Conclude sul punto il Collegio dando atto che «*In ogni caso, una lettura sistematica delle disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016, consente di rilevare come il legislatore della riforma, con il richiamo all'art. 4, più che delineare una vera e propria procedura comparativa, abbia inteso invocare il rispetto generale dei principi generali che regolano l'azione amministrativa in materia di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione, non escludendo la possibilità di un affidamento diretto e fiduciario dei servizi legali. Si rileva, infine, che sulla materia degli incarichi di patrocinio legale, è intervenuto da ultimo il giudice comunitario che, con la sentenza nella causa C-264/18 del 6 giugno 2019, confermando i prevalenti orientamenti giurisprudenziali ...».*

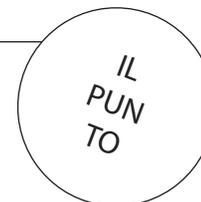
4. Conclusioni

Come visto, l'esenzione dall'esperimento di una gara pubblica per l'affidamento di un servizio legale che consiste in un incarico fiduciario dipende proprio dalla natura di detto incarico, non certamente dal valore economico come avviene per i contratti cd. sottosoglia. Rimane comunque fermo l'obbligo per l'Amministrazione affidante di rispettare i principi generali che regolano l'azione amministrativa (imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione).

È proprio l'incarico di patrocinio legale, poi, che è contrassegnato – a differenza dell'incarico consulenziale tout court – dall'intuitu personae: la prestazione attesa non può in ogni modo, per definizione, incompatibile con una valutazione economicamente più vantaggiosa. L'Amministrazione, infatti, con il conferimento di un incarico di patrocinio legale non si rivolge a un mercato su cui reperire un bene fungibile ma, al contrario, sceglie il professionista sulla base della fiducia che ripone in quest'ultimo, anche in ragione dell'esperienza dallo stesso maturata con riferimento allo specifico oggetto del contenzioso instaurato.

Verifica delle offerte anomale e oneri di sicurezza aziendali

di Riccardo Gai



1. Le offerte anomale

Un'offerta si intende anomala o anormalmente bassa rispetto all'entità delle prestazioni richieste dal bando quando suscita il sospetto della scarsa serietà della stessa e di una possibile non corretta esecuzione della prestazione contrattuale, per il fatto di non assicurare un adeguato profitto all'operatore economico.

A tal fine, l'ordinamento ha fissato alcune regole convenzionali per stabilire quando una offerta è anormalmente bassa.

Nel rispetto di tali regole, la verifica dell'anomalia mira a garantire e tutelare l'interesse pubblico concretamente perseguito dall'amministrazione attraverso la procedura di gara, ossia quello di scegliere il miglior contraente possibile ai fini dell'esecuzione dell'appalto.

La valutazione dell'anomalia si basa sul criterio di aggiudicazione scelto dalla stazione appaltante tra quelli indicati dall'articoli 95 e 97 del d.lgs. 50/2016, Codice dei Contratti Pubblici, e giustifica la richiesta di chiarimenti al fine di valutare se sussistano o meno gli estremi per verificare la congruità dell'offerta.

L'art. 97, comma 1 del Codice stabilisce un principio generale per l'individuazione delle offerte sospette di anomalia, consentendo alla stazione appaltante di richiedere "spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità".

Non si tratta di una novità assoluta del Codice, giacché con il previgente art. 86, comma 3 del D.lgs. 163/2006, era stato codificato il principio generale elaborato dalla giurisprudenza, secondo cui un'offerta – anche se formalmente non anomala – può essere comunque soggetta al vaglio della stazione appaltante.

Ciò in quanto, in applicazione del principio di buon andamento della P.A., l'apertura del sub-procedimento di verifica dell'anomalia consente alla stazione appaltante di rifiutarsi di aggiudicare l'appalto prima di verificare e dichiarare congrua l'offerta.

L'art. 97 del Codice dei contratti prevede altresì dei meccanismi di ausilio per la stazione appaltante ai fini dell'individuazione delle offerte anomale, differenziati

Un'offerta si intende anomala quando suscita il sospetto della scarsa serietà della stessa e di una possibile non corretta esecuzione della prestazione contrattuale, per il fatto di non assicurare un adeguato profitto all'operatore economico. La verifica dell'anomalia mira a garantire e tutelare l'interesse pubblico concretamente perseguito dall'amministrazione attraverso la procedura di gara, ossia quello di scegliere il miglior contraente possibile ai fini dell'esecuzione dell'appalto.



in ragione del criterio di aggiudicazione prescelto per lo specifico appalto:

- ✓ nel prezzo più basso sono previsti dei parametri matematici (distinti in base al numero di offerte) che consentono l'individuazione di una soglia di anomalia (calcolata sui ribassi offerti) ossia di un ribasso massimo, superato il quale, se l'appalto è inferiore alla soglia UE e il numero delle offerte ammesse è almeno di 10, è prevista l'esclusione "automatica" (ossia senza possibilità di proporre giustificativi) del concorrente che abbia offerto un ribasso superiore alla predetta soglia; se le offerte ammesse sono in numero compreso da 5 a 9 non c'è l'esclusione automatica, ma solo un sospetto di anomalia per le offerte che superano la predetta soglia di ribasso massimo, che quindi andranno valutate (art. 97, commi 2, 2-bis, e 8 del Codice). Tale meccanismo di calcolo della soglia di anomalia non opera se sono state presentate meno di 5 offerte e comunque per appalti di importo superiore alle soglie di rilevanza Comunitaria o di carattere transfrontaliero (art. 97, commi 3-bis e 8 del Codice);
- ✓ nell'offerta economicamente più vantaggiosa, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai 4/5 dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara (art. 97, comma 3 del Codice). Anche se l'impresa non ottiene i 4/5 dei punteggi, residua comunque in capo alla stazione appaltante la possibilità di «*valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa*» (l'art. 97, comma 6, ult. cpv., del Codice).

2. Competenze nella verifica dell'anomalia

Come abbiamo detto, la verifica di anomalia mira ad accertare se l'offerta sia nel suo complesso attendibile o meno, e dunque se questa dia serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto.

Quando è applicabile l'esclusione automatica delle offerte, tale accertamento risulta particolarmente snello, perché basato su algoritmi matematici.

Negli altri casi, per arrivare ad una conclusione e motivarla, viene previsto a carico della stazione

appaltante un complesso iter operativo, che attraversa alcuni passaggi essenziali tra cui: l'apertura di un contraddittorio con l'offerente, la presentazione delle giustificazioni da parte di quest'ultimo e, infine, la motivazione del provvedimento finale da parte della stessa stazione appaltante.

Sotto tale profilo, sul concorrente grava l'onere di presentare giustificazioni puntuali e complete a supporto delle offerte, considerato che queste, una volta acquisite al procedimento, possono rappresentare l'eventuale motivazione, anche per *relationem*, del provvedimento finale.

Al contempo, nel sub-procedimento di valutazione della congruità dell'offerta, la stazione appaltante deve necessariamente tener conto dell'organizzazione aziendale del concorrente, ciò in conformità con i principi nazionali e comunitari in materia di libertà di concorrenza e di iniziativa imprenditoriale (art. 41 cost.).

Il Codice dei contratti pubblici attribuisce la competenza inerente alla verifica dell'offerta anomala genericamente alla «stazione appaltante» (art. 97 del Codice), senza ulteriori specificazioni, affidando altresì al RUP «*tutti i compiti relativi alle procedure [...] che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti*» (art. 31 del Codice).

Di contro, tra i compiti espressamente attribuiti alla Commissione giudicatrice, non figura la verifica dell'anomalia dell'offerta (art. 77 del Codice).

L'attività del RUP può svolgersi anche una volta conclusa la fase di competenza della commissione, ossia una volta che quest'ultima abbia presentato la proposta di aggiudicazione, che dà in effetti avvio alle verifiche propedeutiche all'adozione del provvedimento di aggiudicazione.

Conseguentemente, non rileva se lo svolgimento della verifica di congruità avvenga prima o dopo la proposta di aggiudicazione, purché il relativo sub-procedimento venga avviato dopo la formazione della graduatoria (ossia dopo l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice). Il RUP può delegare il relativo apprezzamento dell'offerta, di carattere eminentemente tecnico, alla stessa commissione giudicatrice composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto.

Coerentemente a tale orientamento, le Linee guida ANAC n. 3 del 2016 relative al RUP - in vigore fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'art. 216, comma 27-octies del Codice - stabiliscono che, nel caso di aggiudicazione:

- a) con il criterio del minor prezzo, il RUP si occupi direttamente della verifica di anomalia, potendo, peraltro, affidarsi, in caso di valutazioni particolarmente complesse, alla struttura di supporto o alla speciale commissione istituita (art. 31, comma 9 del Codice);
- b) con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione sia effettuata dal RUP "con il supporto" della commissione giudicatrice.

In sostanza, nel minor prezzo, la possibilità di istituire una commissione per esaminare gli elementi costitutivi dell'offerta rappresenta una scelta rimessa alla piena discrezionalità del RUP, cui compete la gestione integrale della procedura di gara. Tale scelta, per caratteristiche intrinseche, sfugge al sindacato giurisdizionale di legittimità, salva la sua manifesta arbitrarietà, illogicità, irragionevolezza, irrazionalità, ovvero salvo che non sia fondata su di un macroscopico travisamento dei fatti.

Nelle gare bandite con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per gli appalti in cui la valutazione dell'offerta si presenta più complessa, viene indicata dalla giurisprudenza la necessità di un "intervento" da parte della commissione esaminatrice, che ha già esaminato l'offerta anche nelle sue componenti tecniche. Il che appare coerente con un Codice che rimette l'apprezzamento anche dei profili economici (oltreché di quelli tecnici) alla commissione composta di esperti.

Si palesa, quindi, l'esigenza che il RUP, prima di

Sul concorrente grava l'onere di presentare giustificazioni puntuali e complete a supporto delle offerte, considerato che queste, una volta acquisite al procedimento, possono rappresentare l'eventuale motivazione, anche per relationem, del provvedimento finale. Al contempo, nel sub-procedimento di valutazione della congruità dell'offerta, la stazione appaltante deve necessariamente tener conto dell'organizzazione aziendale del concorrente, ciò in conformità con i principi nazionali e comunitari in materia di libertà di concorrenza e di iniziativa imprenditoriale (art. 41 cost.).



assumere le valutazioni definitive in ordine al giudizio di anomalia, chieda il parere, se pure non vincolante, della commissione di gara, le cui operazioni di stretta competenza si esauriscono con la "valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico" ex art. 77 del Codice.

Parimenti, ove il RUP riconosca i propri limiti su una questione prettamente tecnica dell'offerta e ritenga di non essere in grado di pervenire con certezza alla conclusione corretta sulla congruità dell'offerta, reputando necessario chiedere l'ausilio di un tecnico con specifiche competenze (o di una Commissione costituita ad hoc), questi può optare per una soluzione "esterna" in luogo di avvalersi esclusivamente della Commissione o comunque di interni.

Deve infatti ritenersi inammissibile che il RUP, in mancanza di specifiche competenze tecniche, possa accettare pedissequamente l'offerta di un concorrente affidandosi alle giustificazioni rese, senza possibilità di verificarne concretamente l'attendibilità.

Come osservato dal Consiglio di Stato (Sez. III, 5 giugno 2020, n. 3602), l'affidamento dell'incarico di verifica dell'anomalia ad un soggetto esterno non spoglia il RUP della relativa competenza, non rilevando in senso opposto né che le Linee guida ANAC n. 3 del 2016 facciano riferimento solo alla possibilità del RUP di avvalersi del supporto della Commissione di gara e neppure che il RUP non abbia proceduto in prima persona alla verifica di anomalia (vedi anche Cons. St., sez. V, 13 novembre 2019, n. 7805), considerato che questi fa in un secondo momento proprie le conclusioni alle quali è pervenuto il soggetto delegato.

3. Il sub-procedimento di verifica dell'anomalia

Una volta appurata la potenziale anomalia dell'offerta, la stazione appaltante apre un confronto con l'impresa che può durare fino a quando, ottenute le spiegazioni e i documenti reputati necessari, ha maturato un pieno convincimento sull'offerta esaminata; a quel punto legittimamente può interrompere il confronto e rendere nota la sua decisione.

Terminato tale subprocedimento, la stazione appaltante emette il giudizio di congruità sull'offerta, senza che sia tenuta, ricevuti i chiarimenti richiesti, a far precedere l'esclusione da una sorta di preavviso, al fine di dare all'impresa la possibilità di replicare.

Il contraddittorio procedimentale, infatti, ha funzione meramente istruttoria, serve alla stazione appaltante per acquisire ogni elemento utile alla miglior valutazione dei dati contenuti nell'offerta sui quale nutre dei dubbi, e non a risolvere in via anticipata un contrasto tra differenti posizioni⁵¹.

Del pari, per quanto riguarda gli altri concorrenti, nessuna norma prevede un obbligo, in capo all'amministrazione, di comunicare l'avvio della relativa procedura ai concorrenti diversi da quello sottoposto a verifica, il quale del resto è l'unico legittimato a presentare giustificativi.

Il Codice non articola più il contraddittorio inerente alla valutazione di anomalia o di congruità secondo rigide e vincolanti scansioni procedurali, limitandosi a stabilire che «la stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni» (art. 97, comma 5).

Concluso il contraddittorio ed esaminata la documentazione prodotta dal concorrente, l'esito della valutazione può essere di non congruità o di congruità della stessa.

In particolare la stazione appaltante esprime un giudizio di non congruità dell'offerta (di competenza - secondo l'orientamento prevalente - del RUP), laddove, a seguito della valutazione operata sulle giustificazioni prodotte dall'impresa, le stesse siano ritenute comunque non idonee a supportare il ribasso offerto (art. 97, comma 5 secondo periodo, del Codice).

Il Codice riporta come motivi di non congruità:

- a) insufficienza delle giustificazioni fornite dal concorrente, che non consentono di dimostrare la sostenibilità del basso livello di prezzi o di costi proposti, anche tenuto conto del metodo di costruzione, delle soluzioni tecniche prescelte o delle eventuali condizioni eccezionalmente favorevoli, o dell'originalità dei lavori (art. 97, comma 4);
- b) inadeguatezza complessiva dell'offerta.

Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge. Non sono, altresì, ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza di cui al piano di sicurezza e coordinamento previsto dall'articolo 100 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81. La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa. (art. 97, co. 6 del Codice).

L'organo competente a valutare l'anomalia dell'offerta (secondo l'orientamento prevalente il R.U.P.) deve condurre il relativo subprocedimento

Per la pressoché unanime giurisprudenza, il giudizio di anomalia ha natura non sanzionatoria, in quanto espressione di una valutazione tecnica riservata all'amministrazione, e pertanto è insindacabile dal giudice amministrativo, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica errore od irragionevolezza dell'operato della commissione di gara. Va altresì evidenziato che, in sede di verifica delle offerte sospettate di anomalia, anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti a dimostrazione della non anomalia della propria offerta rientra nella discrezionalità tecnica dell'amministrazione.

e, alla conclusione dello stesso, esprimersi (motivatamente) sulla congruità dell'offerta.

Laddove siano ritenute idonee le giustificazioni rese dalla controinteressata, in sede di sub-procedimento di verifica dell'anomalia, il parere di congruità espresso dal RUP può essere successivamente recepito dalla stazione appaltante nell'ambito della deliberazione di aggiudicazione. Nel caso in cui le giustificazioni non siano ritenute sufficienti, il provvedimento di esclusione può intendersi implicitamente compreso nel giudizio di anomalia, che impedisce ogni valorizzazione dell'offerta ai fini della successiva aggiudicazione.

Per la pressoché unanime giurisprudenza, il giudizio di anomalia ha natura non sanzionatoria, in quanto espressione di una valutazione tecnica riservata all'amministrazione, e pertanto è insindacabile dal giudice amministrativo, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità od irragionevolezza dell'operato della commissione di gara.

Va altresì evidenziato che, in sede di verifica delle offerte sospettate di anomalia, anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti a dimostrazione della non anomalia della propria offerta rientra nella discrezionalità tecnica dell'amministrazione.

Il giudice di legittimità può quindi intervenire soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti, oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, fermo restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello dell'amministrazione.

Pertanto, il giudice di merito non può procedere ad un'autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle sue singole voci, ciò rappresentando un'inammissibile invasione della sfera propria dell'amministrazione.

L'insindacabilità, in sede di legittimità, del giudizio espresso in esito alla verifica dell'anomalia delle offerte, incontra il limite dell'attendibilità delle valutazioni tecniche effettuate dall'Amministrazione, sotto il profilo della logicità e della sussistenza del presupposto.

Inoltre, anche laddove la verifica dell'anomalia delle offerte si riveli inattendibile, illogica ed

erronea, per ciò che riguarda anche solo uno o taluni degli elementi, il giudizio globale ne risulta inficiato solo se l'incidenza, in termini quantitativi, del dato parziale errato sull'ammontare complessivo dell'offerta, sia tale da fare presumere il condizionamento preponderante (se non determinante) della valutazione negativa, in relazione alla motivazione che la sorregge.

4. Gli oneri di sicurezza aziendali ed il rapporto con la verifica di anomalia: la recente sentenza del TAR Campania

In merito alla valutazione di anomalia, particolarmente rilevante è la questione che riguarda gli oneri della sicurezza.

L'art. 95, comma 10 del Codice, a differenza della normativa previgente (D. Lgs. 12/04/2006, n. 163), prevede esplicitamente l'obbligo dell'operatore economico di indicare in offerta i propri costi aziendali della sicurezza e, a seguito delle modifiche apportate dal Correttivo (D. Lgs. 19/4/2017 n. 56), anche i costi della manodopera. Difatti, il citato art. 95, comma 10 del Codice (nel testo ad oggi vigente) prevede che *"Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'art. 36 comma 2, lett. a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto dall'art. 97, comma 5 lett. d)"*, ossia il costo del personale rispetto ai minimi salariali retributivi di cui ci occuperemo qui sotto.

Tali costi per gli appalti di lavori vanno tenuti distinti rispetto ai costi ed oneri della sicurezza da quantificare nell'ambito del Piano di sicurezza e coordinamento ("PSC") relativo allo specifico cantiere ai sensi dell'art. 100 del D. Lgs. 81/2008 (TUS) e da stimare in maniera congrua, secondo quanto specificato dall'Allegato XV al TUS.

I costi della sicurezza così definiti, infatti, sono compresi nell'importo totale dei lavori, ed individuano la parte del costo dell'opera da non assoggettare a ribasso nelle offerte delle imprese esecutrici, come pure ora precisato dall'art. 23,

comma 16, ultimo periodo del Codice, secondo cui "I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso".

Dalla detta stima dei costi ed oneri della sicurezza di cui al PSC – come noto - è esclusa la quota parte di spese generali che l'appaltatore è tenuto a sopportare per gli oneri della sicurezza corrispondenti agli specifici rischi legati alle lavorazioni ed alla loro contestualizzazione, che è invece normativamente prevista nei prezzi delle lavorazioni (vedi art. 32, comma 4, lett. o) del DPR n.207/2010, tuttora applicabile in via transitoria ai sensi dell'art. 216, comma 4 del Codice dei contratti pubblici).

Ciò richiamato, sembra pertanto possibile che gli "oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro" da indicare in offerta, siano appunto costituiti dai detti oneri della sicurezza compresi nelle spese generali.

Si tratta, in particolare, della quota parte imputabile ai lavori oggetto della gara degli oneri della sicurezza relativi alle spese di formazione/informazione dei lavoratori, visite periodiche, dispositivi di protezione individuale "DPI" in dotazione all'azienda (caschi, calzature etc.).

A tal proposito, vi è la necessità che il concorrente valuti adeguatamente l'importo di tali oneri da indicare specificamente in offerta, tenendo conto che tale importo può essere assoggettato (come gli altri elementi dell'offerta) a verifica in sede di valutazione di congruità, qualora l'offerta risulti anormalmente bassa ai sensi dell'art. 97 del Codice.

Sul punto, davvero interessante è la recente sentenza del Tar Campania, n. 6071 del 28 settembre 2021, la quale è intervenuta sugli oneri

per la sicurezza e per la manodopera nelle gare d'appalto, stabilendo che la valutazione della congruità degli oneri per la sicurezza è ammessa unicamente nell'ambito della valutazione sull'anomalia dell'offerta e sul presupposto, quindi, che l'offerta sia stata dichiarata anomala.

Attraverso una pronuncia dalla portata potenzialmente innovativa, il TAR Campania ha dunque stabilito che è illegittima la revoca dell'aggiudicazione provvisoria di un appalto di servizi, motivata con esclusivo riferimento al fatto che sono stati valutati come incongrui gli oneri aziendali della sicurezza indicati nell'offerta economica, ove la valutazione di incongruità sia stata effettuata dal RUP, senza che l'offerta sia stata preventivamente e formalmente sospettata di anomalia o dichiarata anomala; infatti, se, da un lato, è vero che ove, nell'offerta economica, non siano indicati gli oneri aziendali della sicurezza o siano indicati

insufficientemente, la P.A. appaltante deve escludere il concorrente interessato (anche nel caso di aggiudicazione secondo il prezzo più basso con esclusione automatica), dall'altro, tuttavia, poiché la previsione di cui all'art. 95, co. 10, del codice degli appalti impone, nel secondo periodo, di valutare (solo) i costi della manodopera, se l'offerta non è sospetta di anomalia *ex lege*, è illegittimo che il RUP valuti gli oneri aziendali per la sicurezza; e ciò sul rilievo che la valutazione della congruità degli oneri per la sicurezza è ammessa unicamente nell'ambito della valutazione sull'anomalia dell'offerta e sul presupposto, quindi, che l'offerta

E' necessario che il concorrente valuti adeguatamente l'importo degli oneri della sicurezza da indicare specificamente in offerta, tenendo conto che tale importo può essere assoggettato (come gli altri elementi dell'offerta) a verifica in sede di valutazione di congruità, qualora l'offerta risulti anormalmente bassa ai sensi dell'art. 97 del D. Lgs. 50/2016 s.m.i
Il Tar Campania, nella sentenza n. 6071 del 28 settembre 2021, interviene sugli oneri per la sicurezza e per la manodopera nelle gare d'appalto, stabilendo che la valutazione della congruità degli oneri per la sicurezza è ammessa unicamente nell'ambito della valutazione sull'anomalia dell'offerta e sul presupposto, quindi, che l'offerta sia stata dichiarata anomala.



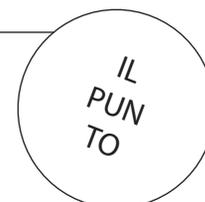
sia stata dichiarata anomala, circostanza che nella fattispecie non si era verificata, considerato peraltro il limitato scarto di ribasso tra le offerte proposte.

E' evidente come la tematica relativa alla verifica di anomalia delle offerte risulti in continua evoluzione, nonostante resti una materia sottratta quasi completamente al sindacato giurisdizionale.

Proprio alla luce di tale sostanziale insindacabilità, tuttavia, la giurisprudenza in commento pare voler favorire il dialogo partecipato tra imprese e stazione appaltante, piuttosto che avallare rigidi automatismi espulsivi. Ed ecco che anche il tema degli oneri aziendali diventa centrale nell'analisi della giurisprudenza, nell'ottica di favorire il confronto tra il concorrente e il RUP o la Commissione di gara.

L'approvvigionamento degli enti del servizio sanitario nazionale: il rapporto tra gara Consip, gara regionale e gara locale, alla luce degli ultimi approdi giurisprudenziali

di Ilenia Paziani



1. Introduzione: la centralizzazione degli acquisti

L'origine della centralizzazione degli acquisti è rinvenibile nella direttiva UE n. 24/2014, in particolare negli articoli 37 e 38.

L'articolo 37 prevede che "1. Gli Stati membri possono prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di acquistare forniture e/o servizi da una centrale di committenza che offre l'attività di centralizzazione delle committenze".

Tale tipologia di centralizzazione consiste in un vero e proprio "servizio di centralizzazione delle committenze" che implica l'esistenza di un soggetto (centrale di committenza) che effettua l'acquisto per conto di più soggetti.

Lo stesso articolo 37 prevede poi un'altra tipologia di centralizzazione degli acquisti che consiste nella "possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di acquistare lavori, forniture e servizi mediante contratti aggiudicati da una centrale di committenza, mediante sistemi dinamici di acquisizione gestiti da una centrale di committenza oppure, (...) mediante un accordo quadro concluso da una centrale di committenza che offre l'attività di centralizzazione delle committenze (...). Qualora un sistema dinamico di acquisizione gestito da una centrale di committenza possa essere utilizzato da altre amministrazioni aggiudicatrici, ciò viene indicato nell'avviso di indizione di gara per l'istituzione di tale sistema dinamico di acquisizione".

In questa seconda tipologia, la Stazione Appaltante esercita un ruolo attivo all'interno di un sistema

dinamico di acquisizione o di un accordo quadro. L'articolo 38 stabilisce inoltre che "1. Due o più amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di eseguire congiuntamente alcuni appalti specifici. 2. Se la procedura d'appalto in tutti i suoi elementi è effettuata congiuntamente a nome e per conto di tutte le amministrazioni aggiudicatrici interessate, esse sono congiuntamente responsabili dell'adempimento degli obblighi derivanti dalla presente direttiva. Ciò si applica altresì ai casi in cui un'amministrazione aggiudicatrice gestisce la procedura agendo per proprio conto e per conto delle altre amministrazioni aggiudicatrici interessate. Se la procedura di aggiudicazione non è effettuata congiuntamente in tutti i suoi elementi a nome e per conto delle amministrazioni aggiudicatrici interessate, esse sono congiuntamente responsabili solo per le parti effettuate congiuntamente. Ciascuna amministrazione aggiudicatrice è responsabile dell'adempimento degli obblighi derivanti dalla presente direttiva unicamente per quanto riguarda le parti da essa svolte a proprio nome e per proprio conto".

L'articolo 38 si affianca dunque alla seconda tipologia di centralizzazione prevista dall'articolo 37, secondo periodo, e disciplina i c.d. "Appalti congiunti".

Sia nel caso disciplinato dall'articolo 37, secondo periodo, sia dall'articolo 38 si tratta dunque di centralizzazioni in cui la Stazione Appaltante che poi beneficerà dell'affidamento assume un ruolo attivo nella gara.

E' per tale ragione che queste tipologie di centralizzazione godono di molteplici vantaggi rispetto alla centralizzazione "pura" dove un soggetto terzo (la centrale di committenza) indice la gara per altri soggetti.

Ed infatti, il coinvolgimento diretto delle stazioni appaltanti, seppure in gare centralizzate che quindi per definizione non sono "cucite" sulle esigenze del singolo ente, consente di rispettare quel **principio di sussidiarietà verticale**, in base al quale la soddisfazione di un interesse pubblico deve essere presa in carico dal livello amministrativo più vicino possibile ai soggetti interessati, sicché è del tutto auspicabile che sia un ente ospedaliero a bandire, per sé e per altri Enti, le gare per l'approvvigionamento di determinate categorie di forniture da esso utilizzate.

2. La centralizzazione degli acquisti per gli Enti del Servizio sanitario Nazionale: la prevalenza delle convenzioni regionali

A livello nazionale, è stato recepito il sistema di centralizzazione degli acquisti attraverso centrali di committenza.

In particolare, per gli Enti del Servizio Sanitario Nazionale si sono susseguiti diversi interventi normativi che hanno progressivamente assoggettato tali Enti all'obbligo di aderire alle convenzioni delle centrali di committenza regionali e, in subordine, a quelle di Consip.

Il quadro normativo di riferimento, dal quale è riscontrabile tale obbligo è il seguente:

- i. il comma 449 della legge di bilancio 2007 secondo cui *"gli Enti del Servizio Sanitario Nazionale sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento ovvero, qualora non siano operative convenzioni regionali, le convenzioni-quadro stipulate da Consip s.p.a.";*
- ii. l'art. 15, comma 13, lett. d) del d.l. n. 95/2012

ha previsto che *"gli Enti del servizio sanitario nazionale ... utilizzano per l'acquisto di beni e servizi di importo pari o superiore a euro 1.000 relativi alle categorie merceologiche presenti nella piattaforma Consip, gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione dalla stessa Consip, ovvero, se disponibili, dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'art. 1, comma 455 della legge n. 296/2006"*;

- iii. i commi 548 e 549 della legge di bilancio 2016 i quali prevedono *"gli Enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti ad approvvigionarsi, relativamente alle categorie merceologiche del settore sanitario, ... avvalendosi, in via esclusiva, delle centrali regionali di committenza di riferimento, ovvero della Consip Spa"* e ancora *"La violazione degli adempimenti previsti dal presente comma costituisce illecito disciplinare ed è causa di responsabilità per danno erariale"*.

Già da una semplice lettura del dato normativo appare evidente che non sussiste nessun obbligo per le regioni di aderire alla gara Consip, al contrario lo strumento prevalente di approvvigionamento deve essere ricondotto alle **convenzioni regionali e, solo laddove queste non siano operative, a Consip**.

La prevalenza del livello di centralizzazione regionale su quello nazionale (Consip) risponde appunto al principio di sussidiarietà verticale, in base al quale è preferibile il livello più vicino alle esigenze del singolo ente che, specialmente nell'ambito sanitario, è appunto quello regionale. Nonostante l'apparente chiarezza del dato normativo, sono molteplici i casi in cui risulta dubbio

l'ordine di priorità tra i diversi livelli di gare, per non parlare dei casi in cui si verificano situazioni patologiche di ritardi nell'indizione di gare centralizzate che costringono i singoli Enti alla ricerca di gare a cui poter aderire o a dover indire autonomamente singole procedure.

Per tale ragione si analizzano alcune recenti pronunce che hanno fatto chiarezza sui rapporti tra gare regionali e gare Consip e procedure locali.

Secondo il quadro normativo vigente gli Enti del Servizio Sanitario Nazionale sono tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento e, solo laddove non siano operative, ad aderire alle convenzioni-quadro stipulate da Consip



3. Coesistenza di una gara Consip e una gara regionale

Il principio base in tema di approvvigionamento degli Enti del SSN è dunque quello della prevalenza della gara regionale su quella Consip. Tuttavia, come anticipato, tale principio si presta ancora a diverse interpretazioni, pertanto prima di analizzare casi più specifici ci si sofferma su una pronuncia del TAR Lazio – Roma, sez. III quater del 4 febbraio 2021 n. 1459, nella quale è stato affrontato il tema dell'approvvigionamento degli Enti del SSN in caso di **coesistenza** di una gara Consip e di una gara indetta a livello regionale.

Il ricorso è stato proposto da un operatore economico che ha partecipato sia alla gara indetta dalla Regione Lazio, sia alla gara indetta successivamente da Consip, risultando aggiudicatario di uno dei lotti della gara Consip.

La ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione ad un *competitor* della gara indetta dalla Regione Lazio, sostenendo che siccome gli oggetti delle due gare sarebbero sovrapponibili, allora l'Ente sanitario sarebbe obbligato ad operare una comparazione degli esiti delle gare regionali con quelle Consip, alla quale conseguirebbe l'ulteriore obbligo di optare per la procedura che assicuri il miglior risultato in ordine al rapporto qualità prezzo, che nel caso di specie era offerto dalla gara Consip.

A parere della ricorrente, solo a seguito di tale comparazione l'Ente avrebbe potuto decidere a quale convenzione aderire (regionale e Consip).

La tesi della ricorrente è dunque riassumibile in una sostanziale parità tra la convenzione regionale e quella Consip.

Per dirimere la controversia il TAR Lazio ha individuato le due norme applicabili al caso di specie e cioè il comma 449 della legge di bilancio 2007 secondo cui *"gli Enti del Servizio Sanitario Nazionale sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento ovvero, qualora non siano*

operative convenzioni regionali, le convenzioni-quadro stipulate da Consip s.p.a." e i commi 548 e 549 della legge di bilancio 2016 i quali prevedono *"gli Enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti ad approvvigionarsi, relativamente alle categorie merceologiche del settore sanitario, ... avvalendosi, in via esclusiva, delle centrali regionali di committenza di riferimento, ovvero della Consip Spa"*.

Ebbene, il TAR ha rilevato che, alla luce delle disposizioni normative sopra riportate, **Le Aziende Sanitarie sono tenute ad aderire alle convenzioni quadro stipulate dalle centrali di committenza regionali.**

In particolare, il TAR ha evidenziato che *"in via tendenziale, le gare per gli approvvigionamenti di interesse degli Enti del SSN **devono essere svolte dalle centrali di committenza regionali;***

*in via **sostanzialmente suppletiva** (e all'evidente fine di prevenire il rischio di possibili carenze in approvvigionamenti di estremo interesse e rilevanza) è altresì possibile che la centrale di committenza nazionale attivi specifiche convenzioni-quadro; nell'ipotesi appena richiamata è da ritenere che **L'intervento di sostanziale suppletiva svolto da Consip non possa giungere ad alterare in modo definitivo il carattere evidentemente***

sussidiario di tale intervento, il quale per questa caratteristica avrà dunque valenza 'cedevole'. Tale intervento, infatti (pur necessario nel perdurare dell'inadempienza da parte delle centrali di committenza regionali), perderà la sua ragion d'essere laddove le centrali regionali, ripristinando la fisiologica dinamica delineata dal legislatore, attivino i propri strumenti di acquisizione" (cfr. Cons. Stato n. 5826/2017; nello stesso senso, *ex multis*: Cons. Stato n. 1329/2019, TAR Marche n. 580/2020, TAR Emilia-Romagna n. 362/2018).

L'intervento di una procedura indetta e aggiudicata da Consip assume perciò solo un carattere suppletivo e quindi cedevole rispetto alle procedure

L'intervento di una procedura indetta e aggiudicata da Consip assume solo un carattere suppletivo e cedevole rispetto alle procedure di affidamento regionali, con l'esclusivo fine di evitare che gli Enti del SSN si trovino in situazioni di carenza di approvvigionamento.



di affidamento regionali, con l'esclusivo fine di evitare che gli Enti del SSN si trovino in situazioni di carenza di approvvigionamento.

E tale prevalenza si configura anche nel caso in cui la gara indetta da Consip sia stata già aggiudicata (cfr. Cons. Stato n. 1329/2019).

La funzione delle gare Consip risulta quindi solo quella di offrire una **soluzione immediata in caso di inerzia delle centrali di committenza regionali** all'indizione dell'apposita procedura di affidamento.

La *ratio* di tale prevalenza è ravvisabile nella **maggior aderenza della gara regionale alle esigenze locali (principio di sussidiarietà verticale)**, da cui deriva una maggiore "efficienza" anche dal punto di vista economico delle procedure di affidamento indette direttamente dalle regioni. Il TAR ha quindi ritenuto infondata la censura della ricorrente che pretende di comparare le due gare su un piano esclusivamente economico, in quanto le suddette gare hanno contenuti non coincidenti. Il concetto di "efficienza" non è dunque riconducibile esclusivamente all'aspetto economico, ma riguarda il soddisfacimento delle esigenze della specifica regione.

Ne discende che per individuare la maggiore "efficienza" di una procedura rispetto ad un'altra è necessario valutare *in primis* l'oggetto della gara, e, solo laddove l'oggetto sia sovrapponibile, l'aspetto economico.

Sul punto il TAR precisa infatti che nel caso di specie *"non è stata provata né la sovrapponibilità né la maggiore economicità della gara Consip rispetto a quella della Regione"*.

Da tale precisazione è quindi possibile dedurre *a contrario* che solo nel caso in cui l'Ente del SSN rilevi una perfetta sovrapponibilità dell'oggetto della gara Consip e di quella regionale e maggiore economicità della gara Consip, l'Ente possa (e non "debba") aderire a quest'ultima in luogo della gara regionale.

Situazione che non si è verificata nel caso di specie, in quanto l'articolazione tecnica del servizio impostata nella gara regionale è più attinente alle concrete esigenze delle Aziende Ospedaliere, essendo frutto di una impostazione più specifica, nonché oggettivamente e temporalmente più ravvicinata (nel caso di specie infatti la gara

Consip era stata bandita nel 2014, mentre la gara regionale nel dicembre 2017).

In conclusione, la pronuncia del TAR Lazio ha confermato l'orientamento prevalente secondo cui in linea generale la gara Consip conserva un valore di supplenza, essa cioè rappresenta il canale a cui gli Enti devono far riferimento nel caso in cui non sia attiva una gara regionale.

Mentre in caso di **coesistenza delle due procedure**, l'Ente del SSN deve aderire di regola alla convenzione regionale, conservando la **facoltà** di aderire alla convenzione Consip in casi specifici e previa motivazione, in quanto costituirebbe una deroga alla regola generale dell'adesione in via preferenziale alla gara a livello regionale.

4. Il rapporto tra gara locale e gara centralizzata Consip

Anche il Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. III, 11 ottobre 2021 n. 6817) ha recentemente affrontato il tema dell'approvvigionamento degli Enti del SSN. In questo caso è stata sottoposta al Collegio una fattispecie diversa da quella appena esaminata che però ha dato luogo ad una ulteriore occasione per ribadire i principi in materia di approvvigionamento centralizzato.

Il giudizio aveva ad oggetto un ricorso avverso il silenzio serbato da una ASL nei confronti del soggetto aggiudicatario del servizio di pulizia della gara Consip per il lotto territoriale in cui la ASL rientra.

La ASL aveva provveduto, in assenza di una gara regionale e prima dell'indizione della gara Consip, allo svolgimento di una gara autonoma per l'affidamento del servizio di pulizie e alla stipula dei relativi contratti con gli aggiudicatari. Nelle more dell'espletamento di tale gara autonoma, Consip aveva indetto una procedura di gara con il medesimo oggetto.

L'Ente, essendone a conoscenza, aveva appositamente inserito nei contratti stipulati autonomamente **un'apposita clausola in base alla quale i contratti erano sottoposti ad una condizione risolutiva dell'adesione alle convenzioni Consip nel frattempo eventualmente stipulate, ferma restando la verifica e la comparazione tra le offerte**

(quella del singolo contratto e quella della convenzione Consip).

Dopo l'aggiudicazione della gara Consip, l'aggiudicatario del lotto comprendente la zona geografica dell'Ente ha formulato un'istanza con cui invitava l'Ente ad aderire alla convenzione Consip.

In tale contesto, l'Ente ha nominato una commissione al fine di effettuare una **valutazione comparativa** dei costi e le attività previste dalla gara Consip e dalla gara autonomamente svolta.

Nel frattempo, l'impresa aggiudicataria della gara Consip ha proposto ricorso avverso il silenzio serbato dall'Ente chiedendo al giudice di pronunciarsi anche nel merito della prevalenza della gara Consip su quella locale.

La tesi dell'aggiudicatario della gara Consip consisteva nel voler affermare l'esistenza di un obbligo di adesione alla gara Consip da parte degli Enti del SSN, da cui dunque avrebbe potuto discendere anche un obbligo ad aderire alla convenzione Consip automatico e quindi ordinabile direttamente da parte del giudice, in sede di giudizio.

In altri termini, a parere del ricorrente si trattava di attività vincolata e quindi di un obbligo in capo alla ASL di aderire alla gara Consip rilevabile direttamente dal giudice.

Senonché su tale aspetto il Consiglio di Stato, in sede di appello, ha rilevato che *"Laddove è, dunque, necessario compiere valutazioni comparative, di opportunità e di merito, si è ritenuto precluso al giudice sostituirsi al compito dell'amministrazione stessa, potendo in siffatte ipotesi essere resa una pronuncia di mera dichiarazione dell'obbligo di provvedere, secondo quanto disposto dell'art. 2, l. n. 241, come novellato"*.

Il Collegio ha dunque ritenuto che pur se sussiste, in capo agli Enti del SSN, un obbligo di aderire alle convenzioni Consip, tale decisione rientra però nell'esercizio della discrezionalità riservata all'Amministrazione.

Ed infatti, nel merito il Consiglio di Stato ha ritenuto che *"La normativa nazionale, infatti, lungi dallo stabilire una prevalenza delle gare Consip,*

evidenziano la necessità di procedere attraverso i soggetti aggregatori, ma con una preferenza per le centrali che meglio rispecchino le esigenze dell'Amministrazioni. La giurisprudenza di questo Consiglio (Sez. V, 28 marzo 2018, n. 1937) con riferimento alle gare Consip, ha affermato che si rinvergono in sede di centralizzazione le migliori possibili condizioni di offerta da porre a disposizione delle Amministrazioni, essendo consentito solo in via eccezionale e motivata alle stesse di procedere in modo autonomo, a condizione che possano dimostrare di aver ricercato e conseguito condizioni migliorative rispetto a quelle contenute nelle convenzioni-quadro, non essendo consentito alle singole amministrazioni di travalicare le regole legali che sottendono al richiamato rapporto fra regola ed eccezione".

Il Consiglio di Stato ha dunque:

- affermato che la gara regionale prevale sulla gara Consip;
- con riferimento agli approvvigionamenti degli Enti del SSN prevalgono in generale le procedure centralizzate su quelle locali;
- tuttavia la scelta di aderire ad una gara locale (indetta e aggiudicata nelle more dell'espletamento di una gara centralizzata) rappresenta una scelta discrezionale del singolo ente a cui non può sostituirsi la valutazione del giudice.

Secondo il Consiglio di Stato dunque non è configurabile un'attività vincolata da cui scaturisce l'obbligo di adesione alla convenzione Consip, essendo riservata al singolo Ente la valutazione della convenienza economica nel rapporto qualità/prezzo tra la convenzione e i contratti di appalto medio tempore stipulati.

Di conseguenza, si deve ritenere che l'Ente abbia correttamente operato disponendo un'istruttoria volta a verificare se la convenzione Consip, nel frattempo stipulata,

contenesse condizioni più favorevoli di quelle presenti nei contratti stipulati. Solo a valle di questa istruttoria la stessa ASL potrà verificare se sussistono le condizioni per l'adesione alla convenzione Consip, che di conseguenza non può considerarsi obbligatoria.

E' riservata al singolo Ente la valutazione della convenienza economica nel rapporto qualità/prezzo tra la convenzione Consip e i contratti di appalto medio tempore stipulati a seguito di una gara locale



5. L'illegittima adesione alla gara regionale in caso di assenza di una clausola di estensione

Infine, una fattispecie interessante è stata analizzata dal TAR Brescia (TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 7 ottobre 2021 n. 852).

Il ricorso è stato anche in questo caso proposto dall'aggiudicatario della gara Consip, ma questa volta l'oggetto della contestazione era l'adesione dell'Ente del SSN ad una procedura regionale.

In particolare, l'aggiudicatario della gara Consip sosteneva che l'adesione dell'Ente (un'azienda ospedaliera) ad una convenzione stipulata dalla centrale di committenza regionale fosse illegittima, in quanto la convenzione non prevedeva l'Ente tra quelli beneficiari, né prevedeva una "clausola di estensione o di adesione".

Per tali ragioni, l'aggiudicatario Consip chiedeva al giudice di accertare l'illegittimità dell'adesione alla convenzione regionale e l'accertamento dell'obbligo di aderire alla convenzione Consip.

Anche in questo caso, il TAR prima di decidere ha ripercorso il quadro normativo di ribadendo l'ormai consolidato principio giurisprudenziale di prevalenza dei sistemi di acquisizione regionali rispetto a quello nazionale e del ruolo meramente suppletivo (e cedevole) dell'intervento sostitutivo di Consip; ciò nel senso che, in via tendenziale, le gare per gli approvvigionamenti di interesse degli Enti del SSN devono essere svolte dalle centrali di committenza regionali e solo in via "suppletiva" da parte delle centrali di committenza a livello nazionale (cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1329; sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5826; cit. TAR Lazio-Roma, n. 1457/2021).

Ebbene, nel caso di specie l'Azienda Ospedaliera, prima di aderire alla Convenzione regionale (di cui non era individuata come ente beneficiario), ha esaminato la convenzione Consip vigente sullo specifico servizio, ritenendola però non idonea a soddisfare le proprie esigenze.

A questo punto, su segnalazione della centrale di committenza regionale, l'Azienda ospedaliera ha aderito alla Convenzione regionale già in essere e ancora capiente, seppure appunto tale convenzione non recasse una clausola di adesione. Ebbene, è proprio questo il punto giuridico sottoposto al TAR: chiarire se sia possibile aderire ad una convenzione regionale che non contempla l'estensione a soggetti diversi da quelli indicati

tra i beneficiari e conseguentemente se, anche in questo caso, la convenzione regionale prevale su quella nazionale.

Nel caso di specie, la procedura di gara bandita dalla società di committenza regionale per l'approvvigionamento del servizio di pulizia in favore degli enti del servizio sanitario regionale era stata ripartita in tre lotti, ciascuno dei quali riferito a specifici enti sanitari, corrispondenti a quelli che avevano preventivamente manifestato interesse alla procedura. In relazione a ciascun lotto, la tipologia delle prestazioni inserite nel progetto di gara e la base d'asta erano state determinate sulla base dei fabbisogni qualitativi e quantitativi ipotizzati dagli enti interessati nel biennio contrattuale oggetto della procedura, e ciò all'evidente fine di garantire un adeguato livello di efficienza della futura convenzione, modellandola sulle esigenze concrete delle aziende interessate. In sede di giudizio, le amministrazioni resistenti e la parte controinteressata hanno sostenuto che, sebbene la gara regionale fosse stata ripartita in lotti riferiti a specifici enti sanitari, ciascuna delle tre convenzioni scaturite da tale gara sarebbe rimasta suscettibile di future adesioni da parte di tutti gli enti del servizio sanitario regionale, inclusa l'Azienda ospedaliera che vi aveva aderito nonostante non figurasse tra i beneficiari originari. In particolare, le controparti sostenevano che siccome le convenzioni erano state stipulate ai sensi dell'art. 26 della L. 488/1999, sarebbero state aperte *ex lege* all'adesione di tutti gli Enti sanitari interessati.

Senonché, il TAR, seguendo l'impostazione della ricorrente, ha ritenuto che *"Il mero richiamo dell'art. 26 della L. 488/1999 contenuto negli atti della gara regionale non appare di per sé risolutivo al fine di ritenere che la convenzione regionale sia aperta per legge all'adesione indiscriminata di tutti gli enti del servizio sanitario regionale, dal momento che la norma in questione si limita a prevedere l'obbligo del soggetto aggiudicatario della convenzione quadro di "accettare, sino a concorrenza della quantità massima complessiva stabilita dalla convenzione ed ai prezzi e condizioni ivi previsti, ordinativi di fornitura di beni e servizi deliberati dalle amministrazioni dello Stato" (comma 1), ma di per sé non esclude che, allorché le amministrazioni beneficiarie della convenzione siano state espressamente individuate negli atti di gara e nella convenzione quadro, l'obbligo a*

contrarre dell'appaltatore sussista esclusivamente nei confronti di dette amministrazioni, e non, genericamente, nei confronti di tutte le amministrazioni dello stesso comparto o dello stesso ambito territoriale; parimenti, la norma in esame aggiunge (al comma 3) che "Le amministrazioni pubbliche possono ricorrere alle convenzioni stipulate ai sensi del comma 1, ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità, come limiti massimi, per l'acquisto di beni e servizi comparabili oggetto delle stesse (...)", ma tale previsione, di per sé, non preclude alla società di committenza di destinare la convenzione quadro a specifiche amministrazioni pubbliche che abbiano manifestato preventivamente il proprio interesse all'approvvigionamento periodico di quel servizio o di quella fornitura in un determinato arco temporale, modellando conseguentemente la procedura di gara sulle esigenze qualitative e quantitative rappresentate da dette amministrazioni".

Inoltre, sostenere che le convenzioni regionali in assenza di apposita clausola di estensione possano ritenersi estensibili anche ad altri beneficiari conduce a conseguenze palesemente irragionevoli nella misura in cui finisce per avvalorare l'assunto che una convenzione quadro regionale, modellata sul fabbisogno qualitativo e quantitativo di specifiche aziende sanitarie, possa poi essere erosa, in tutto o in parte, nel suo importo contrattuale massimo, dalle richieste di approvvigionamento formulate da aziende diverse da quelle espressamente contemplate, con l'effetto di renderla incapiente e incapace di soddisfare proprio le richieste di quelle specifiche aziende sulle cui esigenze era stata modellata.

Il TAR ha quindi evidenziato che l'indicazione dei beneficiari negli atti della gara regionale non risponde al solo fine di definire la base d'asta della gara, ma anche, e soprattutto, a garantire la tendenziale copertura, nel periodo contrattuale, delle esigenze di approvvigionamento del servizio rappresentate dagli specifici enti sanitari beneficiari, sia per la tipologia di prestazioni richieste, sia relativamente all'entità economica delle stesse.

Pertanto, ritenere che una convenzione regionale che non contempla una clausola di adesione sia destinata indistintamente a tutti gli enti del servizio sanitario regionale e che il suo *plafond* possa essere utilizzato, e persino esaurito, da imprese diverse da quelle specificamente indicate negli atti di gara, costringendo queste ultime a rivolgersi al mercato per procurarsi il servizio, a costi verosimilmente più alti, appare decisamente contrario a canoni di logica e di ragionevolezza.

A ciò si aggiunga che l'apertura *ex post* della convenzione regionale ad enti diversi da quelli indicati comporterebbe dei gravi disagi (nonché l'alterazione della concorrenza) anche per gli stessi operatori

economici aggiudicatari, i quali si troverebbero obbligati a garantire la prestazione aggiudicata alle medesime condizioni anche ad enti relativi ad ambiti territoriali diversi (seppure all'interno della medesima regione), con evidenti maggiorazioni di costi (ad esempio relativi al trasporto o al personale). Ne consegue che non appare ragionevole che un'offerta economica elaborata da un concorrente in relazione ad un lotto territoriale contiguo alla propria sede possa poi vincolarlo a rendere le medesime prestazioni, allo stesso prezzo, in favore di amministrazioni dislocate nei più disparati contesti territoriali, solo perché ricomprese in ambito regionale.

Infine, la clausola di adesione o di estensione, secondo condivisibili principi giurisprudenziali, deve predeterminare il perimetro soggettivo ed oggettivo della eventuale estensione, indicando sia i soggetti che potranno beneficiarne sia le prestazioni che potranno essere richieste e in quali limiti.

Sul punto, è stato infatti affermato che "il criterio orientativo di base, elaborato dalla giurisprudenza, vuole che una clausola estensiva in tanto possa essere ammessa, in quanto soddisfi i requisiti, in primis di determinatezza, prescritti per i soggetti e l'oggetto della procedura cui essa accede: infatti, l'appalto oggetto di estensione, in questa prospettiva, non viene sottratto al confronto concorrenziale, a valle, ma costituisce l'oggetto, a

Ritenere che una convenzione regionale che non prevede una clausola di adesione sia destinata indistintamente a tutti gli enti del servizio sanitario regionale risulta contrario a canoni di logica e di ragionevolezza



monte, del confronto tra le imprese partecipanti alla gara, **poiché queste nel prendere parte ad una gara, che preveda la c.d. clausola di estensione, sanno ed accettano (...) che potrebbe essere loro richiesto di approntare beni, servizi o lavori ulteriori**, rispetto a quelli espressamente richiesti dalla *lex specialis*, purché determinati o determinabili a priori, al momento dell'offerta, secondo requisiti né irragionevoli né arbitrari, tanto sul piano soggettivo - per caratteristiche e numero delle amministrazioni eventualmente richiedenti - che su quello oggettivo - per natura, tipologia e quantità dei beni o delle prestazioni aggiuntive eventualmente richieste entro un limite massimo" (Cons. St., sez. III, 28 settembre 2020 n. 5705; 15 febbraio 2018, n. 982; 4 febbraio 2016, n. 442).

Mentre invece l'adesione postuma da parte di un'Amministrazione pubblica agli esiti di una procedura di gara alla quale è risultata estranea, indetta sulla scorta di una convenzione alla quale non aveva aderito, **integra violazione dei principi generali di evidenza pubblica**, che impediscono l'affidamento di una fornitura senza una procedura individuale o collettiva di cui sia stato parte, formalmente e sostanzialmente, il soggetto affidante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 febbraio 2014, n. 663).

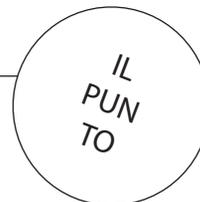
Alla luce di tali principi, il TAR ha ritenuto che **l'adesione dell'Azienda ospedaliera alla gara regionale che non prevedeva una specifica clausola di adesione deve considerarsi illegittima**, in quanto tale convenzione regionale deve ritenersi riferita esclusivamente a specifici enti sanitari e modellata sul fabbisogno qualitativo e quantitativo di servizio rappresentato da questi ultimi nella fase preliminare di programmazione e di predisposizione degli atti di gara.

ITAR conclude evidenziando che "Sonaturalmente fatte salve le successive determinazioni che l'Azienda sanitaria vorrà assumere, anche mediante propri idonei strumenti di negoziazione, per garantirsi l'approvvigionamento del servizio nelle more dell'espletamento della nuova gara indetta (o in corso di indizione) da parte della centrale di committenza regionale".

Ne consegue che il TAR non si pronuncia sull'obbligo di adesione alla convenzione Consip, ma rimette alla discrezionalità dell'Ente la ricerca della soluzione più adatta alle proprie esigenze, soluzione che però non può certamente essere ricondotta all'adesione ad una gara regionale "chiusa" cioè che non contempla un'apposita clausola di adesione.

Principio di autoresponsabilità dell'appaltatore, partecipazione alla gara e soccorso istruttorio

di Stefano Usai



Premessa

La questione dei rapporti tra partecipazione alla gara e soccorso istruttorio (tanto nella fattispecie "chiarificatrice" quanto in quella integrativa di nuova generazione) rispetto al c.d. principio di autoresponsabilità dell'appaltatore, risulta efficacemente affrontato, tra le altre, in Adunanza Plenaria con la sentenza del Consiglio di Stato n. 96/2019.

Nel caso di specie si affrontava la questione dell'applicazione (o meno) del soccorso istruttorio all'aggiudicataria provvisoria che, collocatasi al primo posto della graduatoria, era stata esclusa per non aver accluso in alcune "buste" dell'offerta la fotocopia di un valido documento di identità del proprio legale rappresentante. Ciò in violazione della legge di gara nella parte in cui aveva imposto che *"l'offerta tecnica dovrà essere sottoscritta dal legale rappresentante del concorrente o da suo procuratore (in tal caso deve essere allegata la relativa procura) e dovrà essere corredata da fotocopia di un valido documento di identità a pena di esclusione"*.

La questione, quindi, consente al Collegio di analizzare i rapporti relativi al soccorso istruttorio nel caso in cui l'appaltatore sia tenuto a manifestare la più ampia diligenza soprattutto in presenza di disposizioni della legge di gara particolarmente chiare ed esaustive.

1. I principi generali in tema di soccorso istruttorio

La sentenza rammenta (circostanza particolarmente utile ai RUP delle stazioni appaltanti) i principi cardine che presidiano il sub-procedimento del soccorso istruttorio così come declinati dalla giurisprudenza e consentono anche di analizzare il principio dell'autoresponsabilità.

È bene riportate dette puntualizzazioni. Il giudice, quindi, specifica che:

- (con riferimento alla pregressa versione del precedente codice) che il "soccorso istruttorio" si risolve, giusto il tenore letterale della norma (laddove afferma *"...invitano, se necessario..."*) e la sua *ratio essendi*, non in una facoltà, ma in un doveroso ordinario *modus procedendi* volto a superare inutili formalismi in nome del principio del *favor participationis* e della semplificazione, sia pure all'interno di rigorosi limiti che saranno appresso precisati. È bene annotare che la nuova formulazione (oggi al comma 9 dell'articolo 83 del Codice dei contratti) così come la formulazione (del soccorso generale contenuta nell'articolo 6 della legge 241/90) si esprime in termini di facoltà (in presenza di irregolarità, i responsabili di procedimento/RUP, "possono"). È chiaro, però, che siamo in presenza di una fase procedimentale obbligatoria nel senso che l'omissione/carenza

- in particolare dei documenti amministrativi, e quindi formale non sostanziale -, deve indurre il responsabile del procedimento o, nel caso dell'appalto, il RUP ad interrogarsi se si debba (o meno) attivare il soccorso. Quindi insiste, per il RUP, un obbligo di prendere in considerazione/valutare la circostanza dell'omissione/irregolarità ma non è detto (nel senso che in questo caso non esiste obbligo) che tale indagine si concluda positivamente rispetto alle aspettative del concorrente/utente/competitore. Ed in questo senso, come si vedrà, gioca un ruolo fondamentale il principio di autoreponsabilità.

- il "soccorso istruttorio" negli appalti, prosegue l'Adunanza Plenaria, dal punto di vista sistematico, rappresenta *"una applicazione legale del principio del giusto procedimento sancito dall'art. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241 che impone all'amministrazione di squarciare il velo della mera forma per assodare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara"*. La sottolineatura, evidentemente, ha una rilevanza (ed implicazioni) estreme. Si pensi, in tema di appalti, alle conseguenze di un approccio meramente formalistico del RUP e quindi alle esclusioni di offerte potenzialmente vantaggiose per la stazione appaltante e, dal lato dell'appaltatore, alla "ingiusta" esclusione per un errore irrilevante che, anche ossequiando la massima diligenza, può sempre accadere in gare complesse.

- importantissima, poi, è la riflessione sull'ambito di applicazione del soccorso istruttorio (ed in particolare sulla fattispecie integrativa che in modo ancora più intenso potrebbe vulnerare la *par condicio competitorum* se non adeguatamente utilizzata). In sentenza si legge che *"l'esegesi rigorosa delle disposizioni riguardanti il c.d. "potere di soccorso", avuto riguardo ai valori in gioco, nasce dalla fondata preoccupazione che l'allargamento del suo ambito applicativo alteri la par condicio, violi il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa,*

***incida sul divieto di disapplicazione della lex specialis contenuta nel bando, eluda la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura"*. Limiti/confini, pertanto, che il RUP è chiamato a regolarmente presidiare.**

- per meglio definire il perimetro del "soccorso istruttorio", prosegue il giudice, è necessario distinguere tra i concetti di **"regolarizzazione documentale"** ed **"integrazione documentale"**: la linea di demarcazione discende *naturaliter* dalle qualificazioni stabilite ex ante nel bando, nel senso che il principio del "soccorso istruttorio" è **inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge**, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del "potere di soccorso". In questo caso, evidentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo vulnus del principio di parità di trattamento. Può ritenersi consentita, invece, *"la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi"*. Si tratta di affermazioni, come anticipato, riferite al pregresso

codice ma di estrema attualità se si pensa alla distinzione, operata già in ambito di comma 9, art. 83 del Codice) tra irregolarità formale (ad esempio nella dichiarazione "generale" al netto dei precedenti penali) e le irregolarità sostanziali ovvero irregolarità commesse nella presentazione dell'offerta tecnico/economica o che incidono sulla stessa paternità della domanda di partecipazione alla gara. E' chiaro che se non viene individuato il soggetto che intende partecipare alla competizione viene meno anche ogni principio di consapevolezza e responsabilità. Questione,

comunque, oggi da ritenersi praticamente superata visto l'utilizzo dei sistemi telematici per cui si può ritenere che nessuna domanda può ritenersi "ignota" quanto a richiedente/mittente.

La sentenza rammenta (circostanza particolarmente utile ai RUP delle stazioni appaltanti) i principi cardine che presidiano il sub-procedimento del soccorso istruttorio così come declinati dalla giurisprudenza e consentono anche di analizzare il principio dell'autoreponsabilità



- da qui l'ulteriore precisazione per cui il soccorso istruttorio *"non può essere mai utilizzato per supplire a carenze dell'offerta sicché non può essere consentita al concorrente negligente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi"*. Sottolineatura, sulla possibilità di correzione, semplice solo in teoria. Deve trattarsi, effettivamente, di errore facilmente rilevabile con l'utilizzo di una minima/ordinaria diligenza. E' evidente che i concorrenti excepiranno ogni forma di "manipolazione" - soprattutto sulle offerte tecnico/economiche -, se dovessero risultare sostanziali. Rileva in questo caso, ovviamente, un corretto apparato motivazionale nel senso che è sempre meglio motivare l'azione decisa (ad esempio dalla commissione di gara o dal RUP) piuttosto che "tacere" omettendo di esplicitare chiaramente il tipo di intervento correttivo apportato e le ragioni. Non si può non rilevare che oggetto delle correzioni materiali non potranno che essere errori/refusi che gli stessi competitori (soprattutto quelli diversi dalla parte interessata) dovrebbero rilevare con l'ordinaria diligenza.

- nell'ambito della fattispecie del soccorso istruttorio, come già detto, sono rinvenibili - e il giudice lo ricorda - i due differenti momenti ovvero la possibilità "semplice" *"di chiedere chiarimenti, purché il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati e occorra soltanto una delucidazione ovvero un aggiornamento"*. In questo caso non si sta discutendo della esistenza del requisito *"ma soltanto di una (consentita) precisazione che non innova e non altera la par condicio e la legalità della gara, avendo ad oggetto un fatto meramente integrativo, da un punto di vista formale, di una situazione sostanzialmente già verificatasi e acquisita"*.

Alla fattispecie ordinaria - che consente di chiedere chiarimenti anche su aspetti specifici

dell'offerta tecnico/economica (oltre ai chiarimenti esigibili, ovviamente, sulla documentazione amministrativa) -, si aggiunge, già sotto l'egida del pregresso codice, la fattispecie integrativa. Ed il ragionamento espresso dall'Adunanza Plenaria è identico a quello appena riportato: l'integrazione non può mai riguardare l'acquisizione, ad esempio, di un requisito non posseduto entro i termini di partecipazione alla competizione ma sola la mancata "certificazione" di un requisito che si possiede.

Questo, ovviamente, in generale fermo restando le diverse, ed estreme conseguenze, ad esempio, nel caso di mancata dichiarazione di precedenti penali che incidono sulla moralità del concorrente.

L'integrazione non può mai riguardare l'acquisizione, ad esempio, di un requisito non posseduto entro i termini di partecipazione alla competizione ma sola la mancata "certificazione" di un requisito che si possiede. Questo, ovviamente, in generale fermo restando le diverse, ed estreme conseguenze, ad esempio, nel caso di mancata dichiarazione di precedenti penali che incidono sulla moralità del concorrente.

Da notare, a ben valutare, che la fattispecie del soccorso istruttorio integrativo trova già una sua chiara disciplina in tema di procedimento amministrativo (legge 241/90) ed in particolare nell'articolo 6, comma 1, lett. b) in cui si legge - secondo periodo -, che il responsabile del procedimento *"può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali"*.

E' chiaro che negli appalti tale prerogativa deve essere temperata con il principio della par condicio. Non può tacersi, infatti, che la previsione appena riportata riguarda (o

sempre riguardare) il caso dell'istante "unico" che richiede "qualcosa" alla P.A.

Nel caso degli appalti, il soccorso deve essere contestualità tenendo in considerazione il fatto che si sia in presenza di una competizione per acquisire un risultato di grande rilievo. Pertanto massima è l'attenzione che deve apprestare il RUP per evitare l'alterazione patologica della competizione.

2. Il principio di autoresponsabilità

Espletata la premessa sul soccorso istruttorio ci si può focalizzare sulla questione dei rapporti rispetto al principio dell'autoresponsabilità dell'appaltatore/competitore.

Secondo il collegio, giungendo quindi alla questione del corretto approccio dell'appaltatore alla predisposizione dei documenti di gara ossequiando le prescrizioni di legge e, segnatamente, della legge di gara, *"l'esegesi rigorosa del "soccorso istruttorio" trova piena giustificazione anche in considerazione del principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione"*.

In questa cornice si chiariscono i rapporti tra la prerogativa del soccorso e il principio di autoresponsabilità che coinvolge l'appaltatore.

In sentenza si precisa che *"in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di una impresa concorrente, l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria (su iniziativa dell'Amministrazione), di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione o la completezza dell'offerta, da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla lex specialis, una dichiarazione o documentazione conforme al regolamento di gara"*.

La questione posta anche dalla successiva giurisprudenza - che ha recepito, evidentemente le indicazioni espresse dalla Plenaria -, è che il soccorso istruttorio rappresenta una prerogativa del RUP (della stazione appaltante) per evitare un eccessivo formalismo ed evitare la riduzione (perdita) di una serie di opportunità importanti ma, al contempo (il soccorso istruttorio), non costituisce una "aspettativa" dell'appaltatore. **Nel senso**

che l'appaltatore non può apprestare la propria documentazione amministrativa e le offerte di gara in modo approssimativo con la "riserva mentale" che ogni errore/omissione impone alla stazione appaltante di attivare il soccorso.

Un simile *modus operandi* non può essere accettato. Rappresenta la violazione del principio di autoresponsabilità e, soprattutto, l'esigenza di soddisfare il corretto "debito" di diligenza che si ha nei confronti della stazione appaltante e degli altri competitori. Ciascuno, infatti, è chiamato a comportarsi secondo la massima diligenza dovuta.

3. La recente giurisprudenza

La recente giurisprudenza, oltre a ribadire quanto già espresso in sede di Adunanza Plenaria, ha alimentato le riflessioni "virtuose" circa la definizione degli esatti confini del soccorso istruttorio (tornando anche sulla questione dei rapporti con il principio di diligenza anzidetto).

In questo senso, ad esempio, in altri capitali interventi (Consiglio di Stato, n. 6251/2021) si legge che:

- il soccorso istruttorio previsto dall'art. 6, comma 1, lett. b), della l. 241/1990 non costituisce un obbligo assoluto e incondizionato per l'Amministrazione;

- con riferimento alle procedure comparative e di massa, caratterizzate dalla presenza di un numero ragguardevole di partecipanti, **il soccorso istruttorio non può essere invocato, quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa, tutte le volte in cui si configurino in capo al singolo partecipante, come nel caso di specie, obblighi di correttezza - specificati attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'autoresponsabilità - rivenienti il fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 Cost., che impongono che quest'ultimo sia chiamato ad assolvere oneri minimi**

La recente giurisprudenza, oltre a ribadire quanto già espresso in sede di Adunanza Plenaria, ha alimentato le riflessioni "virtuose" circa la definizione degli esatti confini del soccorso istruttorio (tornando anche sulla questione dei rapporti con il principio di diligenza anzidetto).



di cooperazione, quali il dovere di fornire informazioni non reticenti - il ricorso al soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui confligga con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, **in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione.**

Ciò sta a significare, secondo la logica conseguenza di quanto appena esposto che, *"in definitiva"* puntualizza il giudice, *"in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente, l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria (su iniziativa dell'Amministrazione), di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione da parte del concorrente che non ha presentato, con le modalità previste dalla lex specialis, una dichiarazione o documentazione conforme al bando"*.

Le implicazioni del principio di autoresponsabilità (in generale) vengono ben esplicitate nella più recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. II, 6313/2021.

In sentenza si legge che il principio di autoresponsabilità sostanzia l'esigenza di tenere *"una condotta improntata ad un'elementare diligenza"* circostanza che consente *"agli interessati, di rendersi conto dell'irregolarità"* - non solo formale, ma sostanziale - in cui potrebbero incorrere.

4. Il caso pratico della dichiarazione degli "illeciti professionali"

Un caso pratico, recente, è quello affrontato dal **Tar Lazio, Roma, sez. I, sentenza n. 9520/2021** in relazione all'omessa dichiarazione su (potenziali) precedenti illeciti professionali che hanno determinato l'esclusione del concorrente. Concorrente che ha immediatamente reagito per ottenere l'annullamento del provvedimento (che erroneamente risultava confermato, quanto a correttezza, dalla stessa ANAC).

E' interessante leggere la posizione espressa dalla stazione appaltante sul principio di autoresponsabilità e sulla pretesa di procedere immediatamente con l'esclusione nel caso di

omissioni che riguardano le dichiarazioni su precedenti illeciti professionali (che, invece, come ben rileva il giudice nel ritenere fondato il ricorso dell'appaltatore esigono una valutazione specifica prima di determinare l'esclusione).

In dettaglio, la Stazione Appaltante ha osservato che *"la mancata indicazione di tutte le annotazioni presenti all'interno del predetto casellario denotano una condotta omissiva da parte dell'operatore economico, lesiva del principio di autoresponsabilità che deve permeare tutte le dichiarazioni rese in sede di partecipazione alle gare d'appalto, che è sanzionata dal disposto di cui all'art. 80, comma 5, lett. f bis) del D. Lgs. 50/2016"*.

La stazione appaltante, tra le altre, ometteva la valutazione dei rapporti tra dette omissioni ed il tentativo di influenzare la decisione successiva (ovvero di alterare il fisiologico procedimento di aggiudicazione dell'appalto) che il giudice ha ritenuto rilevante.

In sentenza, infatti, si legge che nella segnalazione della stazione appaltante non veniva indicato *"il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante (punto 8.12, 1.2) o l'aver fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti (punto 8.12, 1.3.)"*. Pertanto è evidente che la Stazione Appaltante ha inteso segnalare una *"dichiarazione falsa", integrata da una "dichiarazione omessa", che però non avrebbe messo a repentaglio la capacità della medesima di apprezzare la sussistenza della causa di esclusione in concreto ritenuto sussistente (ovvero il grave errore professionale, reso evidente da gravi inadempienze nel corso di un rapporto precedente)"*.

Omissioni di cui la stazione appaltante era venuta a conoscenza dai riscontri sui precedenti commessi (tra l'altro relativi allo stesso comune appaltante). Il giudice ha accolto il ricorso evidenziando che dalla semplice omissione - soprattutto sui precedenti potenziali illeciti -, non può scaturire l'automatismo esclusivo ma è necessaria una valutazione che tenga conto anche, per così dire, della finalità della stessa e se tale finalità è diretta ad ottenere arbitrariamente un vantaggio.

Una situazione di questo tipo travalica la questione del principio di autoresponsabilità limitandolo alla "realtà" ovvero alla completezza della legge di gara. Nel senso che in presenza di clausole chiare il mancato

ossequio non può che essere considerato colpevole.

Questo riscontro, utile al RUP, viene ad esempio espresso dal Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza n. 6651/2021.

Nel caso di specie l'operatore economico, innanzi alla modulistica predisposta dalla stazione appaltante che conteneva un errore (avendo invertito il numero di tablet da offrire obbligatoriamente).

Prima dell'aggiudicazione, accertasi dell'errore nel modulo, la stazione appaltante ha deciso di riformulare l'offerta di un concorrente, "mantenendo il prezzo unitario dei Tablet dalla stessa indicati (quelli base e quelli top), ma invertendone le quantità, nel rispetto di quanto previsto dal capitolato tecnico". In conseguenza di tale variazione l'aggiudicazione è avvenuta a favore di altro concorrente.

Ciò ha determinato il ricorso del concorrente (che si è visto "correggere" la propria offerta) ritenendo che la stazione appaltante avrebbe dovuto annullare la gara per violazione del principio di affidamento.

Il giudice respinge l'assunto proprio facendo leva sul principio di autoresponsabilità dell'appaltatore. A tal proposito in sentenza si legge che "il Collegio ritiene che nella fattispecie in questione sia necessario risolvere il conflitto sussistente **tra il principio di affidamento del concorrente sul modello facsimile di offerta predisposto dalla stazione appaltante, che riportava invertite le quantità di tablet da offrire rispetto a quelle contemplate dal capitolato, e il principio della prevalenza della lex specialis di gara, e dunque del capitolato tecnico rispetto al modello, come fonte le cui indicazioni renderebbero riconoscibile l'errore commesso**" ad un operatore esperto (come nel caso di specie) e dunque imputabile, "senza poter invocare un prevalente affidamento incolpevole".

In realtà, la correzione è stata ritenuta legittima considerato che la stazione appaltante pur avendo

"generato il contrasto tra il modello format di offerta e il capitolato" ha fatto leva sulla violazione del principio di autoresponsabilità visto che l'operatore economico interessato "di indubbia esperienza che partecipa a numerose procedure concorsuali del genere di quella oggetto della controversia, deve ritenersi responsabile dell'errore commesso senza aver impiegato un normale grado di diligenza nell'accertare le effettive indicazioni contenute nella lex specialis di gara, anche in considerazione del fatto che il modello facsimile era editabile perché in formato word e, dunque, della possibilità di renderlo conforme alle effettive prescrizioni del capitolato tecnico".

La Stazione Appaltante ha osservato che "la mancata indicazione di tutte le annotazioni presenti all'interno del predetto casellario denotano una condotta omissiva da parte dell'operatore economico, lesiva del principio di autoresponsabilità che deve permeare tutte le dichiarazioni rese in sede di partecipazione alle gare d'appalto, che è sanzionata dal disposto di cui all'art. 80, comma 5, lett. f bis) del D. Lgs. 50/2016".



La conclusione, pertanto, è che "in materia di partecipazione a procedure ad evidenza pubblica gli operatori economici sono soggetti ai principi di autoresponsabilità e di diligenza professionale, essendo specifico onere degli stessi assicurarsi che la prestazione offerta sia conforme a quanto indicato dalla stazione appaltante nella lex specialis di gara".

Si esclude, pertanto, che l'operatore economico possa (sia legittimato a) partecipare alla competizione con una sorta di "riserva mentale" e quindi confidando su un soccorso

istruttorio quasi dovuto - finanche nella semplice richiesta di chiarimenti -, dovendo apprestare, invece, ogni forma (ed intensità) di diligenza dovuta ossequiando le prescrizioni della legge speciale e, innanzi ad ogni dubbio, porre la questione al RUP della stazione appaltante per ottenere ogni chiarimento.

E' chiaro poi che sotto il profilo pratico i problemi per il RUP non sono semplici: si pensi al caso classico in cui, pur in presenza di modulistica (predisposta dalla stazione appaltante) chiarissima il concorrente ometta delle dichiarazioni (soccorsibili). Difficilmente si potrà ritenere prevalente il principio di autoresponsabilità soprattutto se le omissioni sono solo veniali. In dette situazioni, evidentemente, il RUP dovrà procedere attivando il soccorso istruttorio.

Le scelte del RUP preparatorie agli atti di gara e le pubblicazioni, a sua cura, anche con riferimento all'art. 29 del d.lgs. 50/2016 come modificato dal decreto legge 77/2021, decreto semplificazioni.

di Beatrice Corradi

IL
PUN
TO

1. I presupposti dell'agire della Pubblica Amministrazione

L'attività amministrativa è rivolta a conseguire l'interesse funzionalmente e normativamente attribuito all'Amministrazione procedente, individuando, tra l'altro, i soggetti responsabili dei relativi procedimenti ed affidando ai medesimi la cura delle fasi per addivenire alla conclusione dell'iter avviato (d'ufficio od a seguito di istanza).

Il comma 1 dell'art. 2 l. 241/90 chiarisce che la P.A. ha il dovere di concludere il procedimento "mediante l'adozione di un provvedimento espresso" e l'art. 2, c. 2, l. 241/90 afferma che entro il termine stabilito il procedimento deve essere concluso e ciò avviene con l'emanazione dell'ultimo atto della serie procedimentale. L'agire amministrativo è sempre ispirato a principi di trasparenza, pubblicità, responsabilità.

Le scelte amministrative implicano la valutazione di una pluralità di presupposti di fatto e di diritto in relazione allo specifico contesto e alle finalità oggetto in quel

momento di esame – ogni procedimento infatti ha in sé particolarità ed unicità negli elementi - al fine di condurre ad un risultato conclusivo unitario riconducibile all'Amministrazione, reso pubblico nelle diverse fasi dell'agire amministrativo (non semplicemente a decisioni adottate e questo è richiamato dalle prescrizioni contenute nel D.Lgs. 50/2016 che prevedono ad ogni fase la pubblicazione degli esiti).

Le scelte amministrative implicano la valutazione di una pluralità di presupposti di fatto e di diritto in relazione allo specifico contesto e alle finalità oggetto in quel momento di esame, al fine di condurre ad un risultato conclusivo unitario dell'Amministrazione, reso pubblico nelle diverse fasi dell'agire amministrativo (non semplicemente a decisioni adottate). L'attività amministrativa è quindi il risultato di una attività di analisi ed una attività decisoria.

L'attività amministrativa è in sintesi il risultato di una attività di analisi ed una attività decisoria, anche come dottrina onorevole afferma (Giannini). Nei provvedimenti amministrativi assurge ad un ruolo determinante la motivazione (corrispondente ai principi sopra richiamati). Il Consiglio di Stato, con la Sentenza 5 agosto 2005, n. 4165, in riferimento alla motivazione del provvedimento amministrativo nelle diverse ipotesi di discrezionalità amministrativa pura e tecnica, rilevava che:

«la motivazione è vicenda che trova applicazione in ogni caso in cui l'Amministrazione deve decidere in base a discrezionalità amministrativa, per dare conto di come ha deciso di ottimizzare l'interesse pubblico

sottostante a tale scelta, mentre non vi è alcun bisogno di motivazione allorché l'Amministrazione esprime un giudizio di valore e si versa, pertanto, nell'ambito della cosiddetta «discrezionalità tecnica», non essendovi in tal caso da spiegare il perché di una scelta rispetto ad un'altra, ma soltanto da attribuire un giudizio, frutto di valutazioni discendenti da scienze o tecniche».

In tema di rispetto dei tempi per l'adozione del provvedimento, si richiama: «I provvedimenti amministrativi hanno carattere costitutivo e producono effetti a decorrere dalla data della loro emanazione, con la sola eccezione dei casi in cui una norma disponga diversamente (perché richiede il superamento di un controllo preventivo di legittimità ovvero la notifica dell'atto al suo destinatario), oppure dei casi in cui un obbligo di fare (ad esempio imposto con un provvedimento contingibile e urgente) divenga concretamente esigibile a seguito della sua comunicazione al destinatario» (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 4126/2002).

2. L'individuazione del RUP e le relative scelte nell'ambito del procedimento amministrativo. L'adozione dell'atto di esclusione

La P.A. è considerata l'insieme delle strutture costituite per lo svolgimento di funzioni amministrative. Per ogni singola procedura per l'affidamento di un appalto o di una concessione, è necessario incaricare un responsabile del procedimento, secondo quanto previsto, quale presupposto normativo, dalla legge 241/1990.

La nomina dei responsabili di procedimento è necessaria e dovuta sotto il profilo organizzativo per consentire un'effettiva gestione e coordinamento del servizio.

L'attività amministrativa è rivolta quindi a conseguire l'interesse funzionalmente attribuito all'Amministrazione procedente, individuando, tra l'altro, i soggetti responsabili dei relativi procedimenti ed affidando ai medesimi la cura delle fasi per addivenire alla conclusione dell'iter avviato. Il comma 1 dell'art. 2 l. 241/90 chiarisce che la P.A. ha il dovere di concludere il procedimento "mediante l'adozione di un provvedimento espresso".



Il dipendente individuato dispone della qualificazione professionale ed dell'esperienza attestata nelle singole attività amministrative, necessaria per l'assegnazione dell'incarico.

L'Amministrazione opera mediante il responsabile unico del procedimento (RUP), il quale vigila sullo svolgimento "delle fasi di progettazione, l'affidamento ed esecuzione di ogni singolo intervento e provvede a creare le condizioni affinché il processo realizzativo risulti condotto in modo unitario in relazione ai tempi e ai costi preventivati, alla qualità richiesta, alla manutenzione programmata, alla sicurezza e alla salute dei lavoratori e in

conformità a qualsiasi altra disposizione di legge in materia" (cfr. linee guida n. 3). Egli pone in essere decisione a fronte di preliminari analisi e scelte.

I compiti fondamentali del RUP sono specificati all'art. 31, comma 4, del d.lgs. 50/2016 per le varie fasi del procedimento di affidamento. Altri compiti, invece, assegnati al RUP sono individuati nel Codice in relazione a specifici adempimenti che caratterizzano le fasi dell'affidamento e dell'esecuzione del contratto. Per espressa previsione dell'art. 31, comma 3, il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal Codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti (egli è infatti definito il dominus delle procedure di affidamento).

Il funzionario individuato, in qualità di responsabile del procedimento, svolge gli adempimenti inerenti l'istruttoria completa delle pratiche relative alle materie assegnate, effettuando le valutazioni tecniche e amministrative necessarie, provvedendo a creare le condizioni affinché l'acquisizione possa essere condotta in modo unitario in relazioni a tempi e costi.

Egli compie, su delega del datore di lavoro committente, in coordinamento con il direttore

dell'esecuzione ove nominato, le azioni dirette a verificare anche attraverso la richiesta di documentazione, di attestazioni e di dichiarazioni, il rispetto, da parte dell'esecutore, delle norme sulla sicurezza e sulla salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro.

Proprio sul tema della sicurezza, al RUP sono attribuiti i compiti, su delega del datore di lavoro, ai sensi dell'articolo 26, comma 3, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, nel caso di affidamento di lavori, servizi e forniture all'impresa appaltatrice, al fine di fornire, tra l'altro, dettagliate informazioni sui rischi specifici esistenti nell'ambiente in cui sono destinati ad operare e sulle relative misure di prevenzione e di emergenza adottate.

Nella fase istruttoria curata dal RUP il medesimo deve tenere in considerazione i limiti posti dalla legge alla discrezionalità amministrativa. Sono infatti censurabili le scelte della P.A. che non tengano conto, ad esempio, dei limiti di concorrenza, ragionevolezza, proporzionalità e buon andamento. I requisiti adottati dalla P.A. tramite l'istruttoria esperita non devono essere sproporzionati o estranei rispetto all'oggetto della gara (Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 3083; Cons. Stato, Sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655). Ad esempio, la Stazione appaltante deve considerare che ai sensi dell'articolo 83, comma 8, del d.lgs. 50/2016 "I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e

Per ogni singola procedura per l'affidamento di un appalto o di una concessione è necessario incaricare un responsabile del procedimento, secondo quanto previsto, quale presupposto normativo, dalla legge 241/1990. La nomina dei responsabili di procedimento è necessaria e dovuta sotto il profilo organizzativo per consentire un'effettiva gestione e coordinamento del servizio



oggetto di posizioni giurisprudenziali in contrasto tra loro.

Recente sentenza, TAR Puglia Lecce, Sez. II, 21.09.2021, n. 1373, ha evidenziato che tra i compiti assegnati al Responsabile del Procedimento rientra l'esclusione dei partecipanti alla gara, competenza non attribuibile al Dirigente:

"Le attribuzioni del responsabile unico del procedimento sono definite come residuali e le stesse si estendono anche all'adozione di provvedimenti di esclusione delle partecipanti alla gara. La competenza del RUP nell'adozione dei provvedimenti di esclusione trova piena corrispondenza nel particolare ruolo attribuito a tale figura, nel contesto della gara, e alle funzioni di garanzia e controllo che allo stesso sono intestate, anche in ragione dei tempi e delle modalità della sua preposizione, che è sempre anteposta (anche logicamente) all'avvio della procedura di affidamento, così da collocarlo in una posizione di originaria terzietà e separazione nel

La Stazione appaltante, nell'istruttoria, deve considerare che ai sensi dell'articolo 83, comma 8, del d.lgs. 50/2016. La finalità è di garantire la certezza e l'affabilità nei comportamenti da adottare ed adottati dall'Amministrazione, ponendo in essere cause esclusivamente tipicizzate di esclusione a tutela della massima partecipazione e del non formalismo nelle gare pubbliche. L'attività amministrativa è quindi regolata da disposizioni normative che ne vincolano l'azione.



corso dell'intero ciclo dell'appalto" (TAR Trieste, I, 29.10.2019, n. 450).

In termini più specifici, si è condivisibilmente affermato che: "È illegittimo, per difetto di competenza, il provvedimento di esclusione da una gara di appalto indetta dal Comune adottato dal Dirigente del settore comunale di interesse, anziché dal RUP che, in virtù di quanto disposto dall' art. 31, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, è il dominus della procedura di gara, in quanto titolare di tutti i compiti prescritti, salve specifiche competenze affidate ad altri soggetti" (TAR Venezia, I, 27.6.2018, n. 695).

L'esclusione dalla gara è un provvedimento di tipica espressione del potere di incidenza sulla sfera giuridica di terzi, autonomamente azionabile e di natura definitiva.

Precedente giurisprudenza (Tar Toscana 286/2021) al contrario afferma che l'esclusione non può che spettare in via esclusiva all'autorità decidente e non a un soggetto, come il RUP, che esplica una funzione istruttoria e procedimentale, ma non provvedimentale.

Il RUP potrebbe adottare il provvedimento di esclusione, invece, solo laddove coincidesse col dirigente o, negli enti privi di dirigenza, il vertice amministrativo dell'unità che abbia la responsabilità operativa e di spesa dell'appalto.

A sua volta il T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 30 luglio 2020 n. 1673 rendeva atto che nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica le attribuzioni del responsabile unico del procedimento sono considerate come residuali e possono essere estese anche all'adozione dei provvedimenti di esclusione dei partecipanti alla gara, confermando che il RUP svolge tutti i compiti relativi alle procedure, assegnando al medesimo il ruolo di dominus della procedura.

3. La fase di esecuzione del contratto e la trasparenza degli atti e gli adempimenti del Responsabile del Procedimento

L'esecuzione dei contratti è gestita dal RUP che si avvale, al fine di accertare il corretto ed effettivo svolgimento delle prestazioni di alcune figura, quali: il direttore dell'esecuzione del contratto o il direttore dei lavori, il coordinatore in materia di salute e sicurezza durante l'esecuzione, il collaudatore, il verificatore della conformità.

Il RUP nell'ambito della fase di esecuzione, cura, tra l'altro, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi. Il RUP nella fase esecutiva, segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi. Verifica e vigila sul rispetto delle prescrizioni contrattuali.

Formula proposte agli organi competenti e fornisce informazioni nelle varie fasi della procedura, anche ai

fini dell'applicazione delle penali, della risoluzione contrattuale e del ricorso agli strumenti di risoluzione delle controversie, nonché ai fini dello svolgimento delle attività di verifica della conformità delle prestazioni eseguite con riferimento alle prescrizioni contrattuali.

Propone la risoluzione o la modifica del contratto, rilascia il certificato di pagamento, previa verifica della regolarità contributiva dell'affidatario e del subappaltatore, rilascia copia conforme del certificato di ultimazione dei lavori, conferma il certificato di regolare esecuzione rilasciato dal direttore dei lavori in assenza di collaudo. Tali attività sono solo alcune che il RUP svolge.

Recente sentenza, TAR Puglia Lecce, Sez. II, 21.09.2021, n. 1373, ha evidenziato che tra i compiti assegnati al Responsabile del Procedimento rientra l'esclusione dei partecipanti alla gara, competenza non attribuibile al Dirigente; precedente giurisprudenza (Tar Toscana 286/2021) afferma invece che l'esclusione non può che spettare in via esclusiva all'autorità decidente e non a un soggetto, come il RUP, che esplica una funzione istruttoria e procedimentale. Il tema è oggetto di contrastanti posizioni giurisprudenziali.



In merito al tema delle pubblicazioni ed alla loro cura, è opportuno richiamare l'articolo 29 del d.lgs. 50/2016, come modificato dal decreto semplificazioni, convertito in legge n. 108 del 2021, il quale afferma che: "Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento e l'esecuzione di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente" con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33".

Il DL 77/2021, con l'articolo 53 apporta modifiche anche all'articolo 29 del codice dei contratti ovvero alla norma cardine in tema di trasparenza. Le disposizioni, evidenziando l'importanza della trasparenza negli appalti, introducono quindi l'obbligo di pubblicazione non solo degli atti di gara, ma anche di quelli connessi all'esecuzione del contratto.

Al RUP è assegnato l'obbligo di pubblicare nella sottosezione dedicata alla "Sezione Trasparenza" la documentazione afferente la procedura di gara nonché tutti gli atti relativi alle procedure per l'esecuzione. Non è chiaro, a questo punto, quale siano gli atti oggetto di pubblicazione, non esistendo sul piano normativo un elenco od una classificazione posta a tal fine.

E' necessario sapere quali atti devono essere ricompresi rispetto a quanto richiamato, tenuto conto della disposizione generica posta dal legislatore che fa riferimento non alla fase

dell'esecuzione, ma agli atti relativi "alle procedure di esecuzione".

In tali fattispecie potrebbero essere incluse le attività, od alcune di esse, gestite dal RUP in fase di esecuzione, quali: le comunicazioni di eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione delle prescrizioni di gara; l'invio delle comunicazioni ai fini dell'applicazione delle penali, l'applicazione delle penali, la determinazione relativa alla risoluzione contrattuale. L'accoglimento della modifica contrattuale, l'applicazione della revisione del contratto, lo svincolo della cauzione in modo progressivo, di pari passo allo stato di avanzamento lavori, l'accertamento sulla regolarità contributiva e fiscale.

Quanto sopra è da portare in relazione all'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013 che recita: "L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione".

Il Legislatore ha introdotto quindi l'obbligo di pubblicazione non solo degli atti di gara, ma anche quelli connessi all'esecuzione del contratto. Al RUP è assegnato quindi l'obbligo di pubblicare nella sottosezione dedicata alla "Sezione Trasparenza" la documentazione afferente la procedura di gara nonché tutti gli atti relativi alle procedure per l'esecuzione.



Quindi "chiunque" ha il diritto di richiedere alle Pubbliche Amministrazioni la pubblicazione di quei documenti, quelle informazioni o quei dati per i quali sussiste lo specifico obbligo di pubblicazione. Tale disposizione ha introdotto nel nostro ordinamento il diritto all'accesso civico semplice.

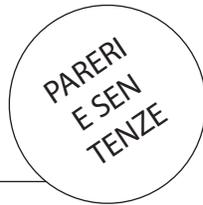
La volontà della legge è, pertanto, quella di porre in relazione il dovere di pubblicazione gravante in capo alle Pubbliche amministrazioni con il diritto dei privati di accedere ai documenti, ai dati e alle informazioni interessati all'inadempienza, considerati pubblici.

A fronte di tale previsione normativa, quindi, qualunque cittadino può richiedere l'accesso senza dover fornire alcuna motivazione e ciò perché l'oggetto della richiesta riguarda quegli atti e/o documenti che devono essere pubblicati, ex lege, dalle Pubbliche amministrazioni.

Nel nostro ordinamento esistono infatti l'accesso procedimentale o documentale (capo V della legge n. 241/1990), l'accesso civico "semplice" (art. 5, comma 1, d.lgs. n. 33/2013) e l'accesso civico "generalizzato" (c.d. FOIA) introdotto dal decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, di modifica del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

Quanto rilevato evidenzia che occorre che siano individuati correttamente - anche con un eventuale ausilio interpretativo - i documenti afferenti l'esecuzione del contratto e soggetti all'obbligo di pubblicazione, al fine di evitare che l'eventuale diniego del Rup non sia oggetto di impugnativa, in quanto il cittadino può rivolgersi al giudice amministrativo.

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. V, 25/10/2021, n. 7141

Accesso informale degli atti di gara quale modalità di accesso ai documenti amministrativi massimamente semplificata

“Come chiarito dall’Adunanza plenaria, nella citata sentenza n. 12 del 2020, l’accesso dell’operatore economico partecipante alla procedura di gara è il c.d. accesso informale previsto dall’art. 5 d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184 (Regolamento recante la disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi); il secondo comma dispone che: “Il richiedente deve indicare gli estremi del documento oggetto della richiesta ovvero gli elementi che ne consentano l’individuazione, specificare e, ove occorra, comprovare l’interesse connesso all’oggetto della richiesta, dimostrare la propria identità e, ove occorra, i propri poteri di rappresentanza del soggetto interessato”.

Si tratta di una modalità di accesso ai documenti amministrativi massimamente semplificata considerato (non solo che può essere presentata anche verbalmente) che il richiedente può limitarsi anche solo ad indicare gli elementi essenziali dell’atto cui vuol accedere, spettando poi all’amministrazione la sua esatta identificazione al fine di darvi riscontro, nello spirito di massima apertura dell’amministrazione alle istanze dei privati a garanzia della totale trasparenza della sua azione.

Ne segue che anche il solo riferimento “agli atti del procedimento in oggetto”, inteso come la procedura di gara, basta ad onerare l’amministrazione a mettere a disposizione del richiedente tutti gli atti di gara, ivi compresi quelli provenienti dagli altri operatori, come le offerte e le giustificazioni, nel caso si sia svolto il sub-procedimento di verifica dell’anomalia.”

TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 19/10/2021, n. 880

Esperienza pregressa e richiesta di servizi uguali piuttosto che analoghi

"... secondo condivisibili principi giurisprudenziali (da ultimo, Consiglio di Stato sez. V, 31/03/2021, n.2710), "Ai fini della configurazione del requisito dell'esperienza pregressa, la richiesta di avere svolto servizi uguali, piuttosto che analoghi, rientra nell'ampia discrezionalità della quale godono le stazioni appaltanti nell'individuazione dei requisiti speciali di partecipazione purché "attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione" (art. 83, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016)."

Consiglio di Stato, Sez. V, 18/10/2021, n. 6955

Il ricorso alla proroga tecnica costituisce un'ipotesi del tutto eccezionale

"La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha chiarito al riguardo – anche nella vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006 – che, nell'ambito dei contratti pubblici, "il ricorso alla proroga tecnica costituisce un'ipotesi del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali" (cfr., inter multis, Cons. Stato, V, 23 settembre 2019, n. 6326; 17 gennaio 2018, n. 274; III, 3 aprile 2017, n. 1521; V, 11 maggio 2009, n. 2882, che pone in risalto anche la necessità che le ragioni eccezionali della proroga siano "obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione")."

Consiglio di Stato, Sez. V, 18/10/2021, n. 6957

Le problematiche sottese al riassorbimento del personale del gestore uscente ed alle modalità di organizzazione del servizio da rendere investono direttamente i poteri e le facoltà dell'imprenditore

"è infatti evidente che, se per mantenere in equilibrio economico l'esecuzione di un servizio di durata triennale l'operatore è costretto a ricorrere all'assunzione di unità di personale fruente agevolazioni contributive per lo stesso triennio, non vi può essere spazio per il riassorbimento di personale del gestore uscente, se non a condizione che detto riassorbimento consenta il godimento di analoghe agevolazioni", per poi concludere (punto 19.10) che "se, dunque, si vuole assegnare al progetto di riassorbimento presentato da <...> ed alla disponibilità ivi dichiarata un qualche effetto negoziale, non può che discenderne l'inconciliabilità del progetto con le giustificazioni fornite il 3.07.2020 e con gli ulteriori chiarimenti del 8.09.2020 laddove l'operatore economico ha giustificato la sostenibilità complessiva dell'offerta alla luce dell'intenzione di avvalersi per lo svolgimento del servizio di otto unità di personale di nuova assunzione fruente di agevolazioni contributive per circa €. <... ..>. le problematiche sottese al riassorbimento del personale del gestore uscente ed alle modalità di organizzazione del servizio da rendere (con particolare riferimento all'utilizzo di personale in full time o in part time) investono direttamente i poteri e le facoltà dell'imprenditore, così che la valutazione che di esse ha fatto la stazione appaltante (anche nel considerare esaustive o adeguate le giustificazioni formulate dall'aggiudicatario) può essere sindacata, come ha ribadito costantemente la giurisprudenza, solo allorché sia affetta da manifesta illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza o da travisamento di fatti, mentre la mera opinabilità della valutazione non è causa di illegittimità."

TAR Lazio, Sez. I, 18/10/2021, n. 10659

Le condotte rilevanti ai fini dell'irrogazione delle sanzioni da parte dell'ANAC

"... ai fini dell'irrogazione delle sanzioni devono ritenersi rilevanti esclusivamente le condotte espressamente previste dalla norma, ovvero l'omissione di informazioni richieste e le false dichiarazioni. In tal senso è stato evidenziato dalla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (...) che di tale disposizione deve essere prescelta un'interpretazione restrittiva, in quanto la segnalazione comporta l'apertura di un procedimento finalizzato all'applicazione della misura interdittiva dalla partecipazione alle pubbliche gare, con effetti general-preventivi pregiudizievoli anche più di quelli prodotti da una sanzione vera e propria (Cons. Stato, sez. V, 20.1.2021, n. 630; Cons. Stato, V, 23 luglio 2018, n. 4427)".

Nel caso in esame, la dichiarazione resa dalla ricorrente ai fini della partecipazione alla gara conteneva certamente una omissione, relativa alla presenza di una annotazione interdittiva nel Casellario per una precedente esclusione da una gara, che costituiva una informazione potenzialmente rilevante per la formazione in capo alla stazione appaltante di una decisione consapevole circa il possesso dei requisiti di partecipazione, avuto riguardo alla presenza di circostanze pregresse valutabili quale "grave illecito professionale".

Tuttavia, tale omissione non integra anche il presupposto del "mendacio" richiesto dalla norma, che consente all'Anac di irrogare sanzioni, presupposto che si configura, secondo l'Adunanza Plenaria n. 16/2020, solo nel caso di dichiarazioni "obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità". Nella fattispecie, infatti, la ricorrente ha taciuto l'esistenza di circostanze pregresse che la stazione appaltante può reputare in grado di incidere negativamente sulla sua affidabilità ma non ha anche reso una dichiarazione falsa. Di conseguenza, aderendo all'interpretazione restrittiva della disposizione, non poteva essere applicata la fattispecie sanzionatoria di cui all'art. 213 comma 13 del d.lgs. 50/2016."

TAR Emilia Romagna, 11/10/2021, Sez. I, n. 834

Sui limiti alla riparametrazione dei requisiti di capacità tecnica per le imprese neocostituite

"... il Consiglio di Stato nel richiamato precedente ha fatto proprie le argomentazioni sostenute dall'Anac, la quale, in ragione del principio generale del "favor participationis" e della tutela della concorrenza, ha affermato per le imprese di recente costituzione che "il calcolo per la verifica del possesso dei requisiti indicati nel bando va effettuato sugli anni di effettiva esistenza dell'impresa e i bilanci e la documentazione da presentare sono da riferirsi agli anni di effettiva operativa della stessa" (cfr. deliberazioni ANAC 20 dicembre 2017, n. 1349; 23 maggio 2018, n. 473 e 14 giugno 2017, n. 671). ... Ai sensi dell'art. 83 c. 2 d.lgs. 50/2016 i requisiti e le capacità economico finanziarie e tecnico professionali "sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione". Il successivo comma 8 onere la stazione appaltante di indicare le condizioni di partecipazione richieste.

Mette conto richiamare anche il considerando 4 della Direttiva 2014/23/UE in tema di "favor" per la partecipazione alle procedure di affidamento dei pubblici appalti delle c.d. PMI ovvero delle piccole e medie imprese quali l'odierna controinteressata.

La riparametrazione dei suindicati requisiti, di contro, per quanto sicuramente finalizzata al "favor participationis", non trova specifica previsione nel nostro ordinamento in alcuna norma, si che la lex specialis appare la naturale "sedes materiae".

In assenza, infatti, di specifiche disposizioni limitative da parte del bando di gara, la riparametrazione dei requisiti di capacità tecnica per le imprese neo costituite può favorire condotte elusive e condurre ad esiti del tutto inaccettabili, quali la partecipazione alla gara di operatori economici costituitisi pochi giorni prima rispetto al termine di scadenza di presentazione delle offerte ed in possesso di requisiti del tutto

esigui ed inidonei a comprovare l'affidabilità del concorrente. Per ipotesi, infatti, basterebbe la costituzione dell'impresa concorrente una settimana prima e la produzione di fatturato di poche centinaia di euro relativo a tal periodo, che riparametrato, consentirebbe la partecipazione."

TAR Trento, 12/10/2021, n. 156

Gara telematica: presentazione dell'offerta tramite il portale

"Non merita favorevole apprezzamento il primo motivo, con il quale la ricorrente si duole del malfunzionamento del sistema imputabile alla Stazione Appaltante e che l'avrebbe indotta ad indirizzare a quest'ultima la PEC recante in allegato il documento di sintesi dell'offerta. ... In definitiva la PEC che ha determinato l'esclusione non trova - per così dire - giustificazione alcuna, non essendo imputabili alla Comunità neppure eventuali allungamenti dei tempi occorrenti per il completamento delle operazioni conseguenti a momentanea congestione del traffico in prossimità della scadenza del termine di presentazione delle offerte ... L'Amministrazione ha in definitiva tenuto conto dell'esigenza di garantire la par condicio dei partecipanti al cui presidio sono preordinate le citate disposizioni del disciplinare che impongono tassativamente l'inoltro dell'offerta esclusivamente tramite il portale, nonché l'esclusione dalla gara per il concorrente che non osserva il principio di segretezza dell'offerta economica, con riguardo dunque a disposizioni della lex specialis rimaste inoppugnate e che risultano palesemente e insanabilmente violate nel caso di specie."

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 448 del 9 giugno 2021
PREC 119/2021/L**

"La deroga temporanea introdotta dal d.l. n. 76/2020 riguardante il numero minimo di offerte ammesse (ridotto a cinque) necessario per fare scattare (in presenza delle rimanenti condizioni) l'obbligo di esclusione automatica ha natura imperativa e pertanto sostituisce di diritto la clausola del bando difforme"

"... l'Autorità ha già avuto occasione di osservare che la deroga apportata al comma 8 dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 dall'art. 1, comma 3, terzo periodo, d.l. n. 76/2020 va interpretata alla luce della necessaria compatibilità della normativa nazionale con quella eurounitaria, per cui essa deve ritenersi circoscritta alla deroga espressa del numero minimo di offerte ammesse (che passa da dieci a cinque), dovendosi per il resto ritenere applicabile la disciplina dettata dall'art. 97, comma 8, ivi compresa la necessità di rendere nota l'insorgenza dell'obbligo di procedere all'esclusione automatica a fronte del carattere non transfrontaliero dell'appalto (Parere di precontenzioso n. 797 del 14 ottobre 2020 e Parere di Precontenzioso n. 838 del 21 ottobre 2020). Ciò in quanto, l'obbligo di procedere all'esclusione automatica (introdotta dal d.l. n. 32/2019, il c.d. "Sbloccacantieri") sorge in presenza delle condizioni previste dalla norma (valore sotto soglia, criterio del minor prezzo, carattere non transfrontaliero dell'appalto e numero minimo di offerte ammesse) e che il legislatore richiede che la stazione renda noto ai potenziali partecipanti l'insorgenza dell'obbligo stesso (ovvero che procederà all'esclusione automatica), a fronte della sussistenza di dette condizioni;"

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 581 del 28 luglio 2021
PREC 161/2021/L**

"Requisiti del consorzio stabile – avvalimento da parte della consorziata concorrente in proprio – ammissibilità"

"Non si rinviene alcun divieto a che una consorziata concorrente in proprio, priva dell'attestazione SOA nella categoria richiesta ai fini della partecipazione e delle relative certificazioni di qualità, stipuli idoneo contratto di avvalimento con il consorzio stabile di cui essa fa parte ai fini del prestito del requisito, purché la S.A. verifichi l'idoneità dei requisiti stessi rispetto alle certificazioni di qualità presentate."

Autorità Nazionale Anticorruzione

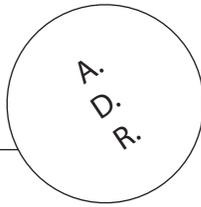
**DELIBERA N. 585 del 28 luglio 2021
PREC 143/2021/S**

"Requisiti di capacità tecnica e professionale"

"... l'Autorità si è più volte espressa sulla legittimità delle clausole della lex specialis con le quali viene richiesta la pregressa esecuzione di un unico servizio presso un ente locale con un determinato dato demografico (in luogo dell'esecuzione di servizi in favore di più Comuni, la cui somma del numero di abitanti raggiunge il quantitativo minimo richiesto dalla SA). È stato, in particolare, evidenziato che "può ritenersi giustificata e non sproporzionata la richiesta dello svolgimento di un unico servizio in favore di un comune avente una determinata popolazione, in luogo del cumulo di più servizi svolti presso comuni meno popolati, in quanto finalizzata a garantire l'acquisizione di competenze in campo tecnico e organizzativo parametrata all'oggetto del contratto in esame" (Delibera Anac n. 75 del 24 gennaio 2018 ...)"

"Nel caso in cui la lex specialis di gara richieda, come requisito di capacità tecnica e professionale, lo svolgimento di almeno un servizio analogo di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani in favore di un Comune con popolazione residente non inferiore a quella stazione appaltante e con una determinata percentuale di raccolta differenziata, precisando che tale servizio deve essere stato svolto per almeno 24 mesi continuativi in un determinato triennio, è legittima l'esclusione dell'operatore che (sia sotto il profilo temporale che sotto il profilo della popolazione residente e della percentuale di R.D.) non soddisfa il requisito e che non ha contestato la clausola del Disciplinare di gara."

A Domanda Rispondiamo



1

E' consentito ad un concorrente di modificare i contenuti della domanda di partecipazione e delle connesse dichiarazioni in un tempo successivo rispetto alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, magari anche mediante l'integrazione di documentazione probatoria attraverso il soccorso istruttorio?

La ratio del soccorso istruttorio è quella di limitare le ipotesi di esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara ai soli casi di carenze gravi e sostanziali dei requisiti di partecipazione alla gara, tanto nel rispetto del principio di massima partecipazione ma non può giungere sino al punto di consentire al concorrente di modificare la domanda di partecipazione, integrandola degli elementi mancanti, essendo netta la distinzione tra il completamento di una domanda formalmente carente su alcuni elementi o dichiarazioni e l'integrazione di un'offerta originariamente non rispettosa delle prescrizioni previste dal Codice dei Contratti e della disciplina di gara. Consentire all'operatore economico di correggere o modificare una specifica ed erronea dichiarazione circa il possesso di un requisito di partecipazione novando di fatto la domanda, in violazione della perentorietà del termine di presentazione delle offerte, violerebbe il principio di par condicio, svuotando di significato il principio di autoresponsabilità dell'operatore economico **(TAR Campania - Napoli, 8.03.2021 n. 1528)**.

2

Con riferimento alla base d'asta, l'individuazione da parte della Stazione Appaltante di un costo del lavoro inferiore a quello risultante dalle Tabelle ministeriali, rende il bando annullabile?

Secondo costante giurisprudenza, l'individuazione da parte della stazione appaltante di un costo del lavoro inferiore a quello risultante dalle Tabelle ministeriali produce effetti diversi a seconda della fattispecie. Si è infatti precisato che, se minimi scostamenti non integrano di per sé un indice di illegittimità del bando, difformità rilevanti possono invece inficiare la validità della lex specialis; nel contempo, la legittimità della legge di gara viene meno ove la base d'asta non presenti una consistenza tale da garantire ragionevolmente la congruità delle offerte presentate: «Il semplice fatto che la stazione appaltante si sia discostata dalle tabelle ministeriali, nella determinazione della base d'asta, non è indice ex se di illegittimità della disciplina di gara, perlomeno laddove tale scostamento non sia rilevante e la base d'asta sia tale da garantire ragionevolmente la congruità dell'offerta economica» **(TAR Lazio, Roma, II, 14 aprile 2016, n. 4404)**. In sintesi, una base d'asta che si fonda su un costo della manodopera più basso rispetto a quello che emerge dalle Tabelle ministeriali non è di per sé causa di illegittimità della legge di gara; lo diventa allorquando vi deroga in termini macroscopici, quando non garantisce ragionevolmente la possibilità di presentare offerte congrue, e quando viola il trattamento normativo e retributivo previsto dalla contrattazione collettiva nei confronti del lavoratore.

3

Gli incentivi tecnici devono tener conto anche delle eventuali opzioni di proroga e rinnovo dei contratti?

Nel parere n. 472/2019 il Ministero delle Infrastrutture ha puntualizzato che «l'incentivo ai sensi del comma 2 dell'art. 113 deve essere calcolato sull'importo posto a base di gara, eventualmente aumentato degli importi previsti dalle opzioni (rinnovi o proroghe). Ovviamente, la liquidazione aumentata degli importi relativi alle proroghe o rinnovi sarà consentita solo ove verrà attivata una delle predette opzioni», purchè prevista espressamente negli atti di gara. Tale affermazione trova giustificazione nell'attività del direttore dell'esecuzione che negli appalti di servizi soprattutto, prosegue anche oltre la scadenza naturale del contratto. Si precisa, altresì, che ai fini dell'erogazione dell'incentivo, così come previsto nelle linee guide Anac n. 4, e come confermato dalla Corte dei Conti, è imprescindibile la nomina di un direttore dell'esecuzione, distinto dal Rup.

4

E' legittimo attribuire all'offerta tecnica 90 punti e a quella economica 10?

Ai sensi dell'art. 95 comma 10-bis del codice dei contratti pubblici "La stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. A tal fine la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento". Dunque, la normativa in tema di offerta economicamente più vantaggiosa è volta ad assicurare la sicura preponderanza degli elementi tecnici dell'offerta, tanto è vero che fissa soltanto il limite massimo del 30% per l'offerta economica, ma non per quella tecnica. La ponderazione operata dall'amministrazione costituisce il frutto di una valutazione ampiamente discrezionale pertanto, la scelta di attribuire 90 punti all'offerta tecnica appare immune da censure di manifesta illogicità o irragionevolezza. **(TAR Genova, 17.02.2020 n. 125)**

5

La consorziata esecutrice del Consorzio stabile deve possedere i requisiti di qualificazione richiesti?

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 2588 del 29/03/2021, ha affermato che la disposizione di cui all'art. 47 del d.lgs. 50/16 come modificato dal decreto sblocca cantieri, deve essere letta in combinato disposto con la regola del cumulo alla rinfusa, non potendo desumersi che il singolo consorziato, indicato in gara come esecutore dell'appalto, debba essere a sua volta in possesso dei requisiti di partecipazione. In questo senso verrebbero svuotate la finalità pro concorrenziali dell'istituto del consorzio stabile, oltre che il suo stesso fondamento causale, enunciato dall'art. 45, comma 2, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, ed incentrato sullo stabile apporto di capacità e mezzi aziendali in una «comune struttura di impresa» deputata ad operare nel settore dei contratti pubblici, e ad essere l'unica controparte delle stazioni appaltanti.

6

Nel nostro ordinamento è ammesso l'avvalimento premiale?

L'avvalimento premiale, ossia il prestito di requisiti finalizzato a ottenere un punteggio maggiore nella valutazione dell'offerta tecnica presentata. L'avvalimento c.d. premiale è ammesso quando un operatore privo dei requisiti di partecipazione, inserisca nell'offerta tecnica l'apporto operativo dell'impresa ausiliaria, costituito da mezzi, attrezzature, risorse e personale messi a disposizione da quest'ultima. Ciò che non è mai ammesso, viceversa, è l'abuso di un tale meccanismo, abuso rinvenibile tutte le volte in cui l'operatore, pur avendo mezzi e requisiti, ricorre all'istituto al solo fine di ottenere una maggior valorizzazione della propria proposta negoziale **(Consiglio di Stato, Sez. V, con sentenza n. 2526 del 25.3.2021).**

7

La durata dell'accordo quadro deve coincidere con la durata dei contratti esecutivi da esso scaturenti?

Secondo giurisprudenza consolidata (cfr. **Corte di Giustizia UE sez. VIII - 19/12/2018**) della il contraente che si aggiudica la gara non acquisisce un diritto a rendere il servizio all'amministrazione nella misura massima del valore stimato in sede di accordo quadro, bensì ad essere l'operatore che stipulerà i singoli contratti specifici, di volta in volta conclusi secondo le esigenze delle singole amministrazioni. L'operatore non acquisisce tale certezza per il sol fatto dell'aggiudicazione dell'accordo quadro, né di rendere necessariamente tutte le tipologie di servizio contemplate dall'accordo quadro medesimo. Le amministrazioni pertanto, mantengono la propria autonomia nella determinazione della durata del rapporto, che può essere differente da quella dell'accordo quadro a monte.

8

In un affidamento diretto è possibile prevedere il rinnovo del contratto?

L'affidamento diretto è una tipologia di procedura per la scelta dell'operatore che dovrà lavorare con/per la stazione appaltante. Anche per questa procedura l'importo si determina secondo le prescrizioni dell'art. 35 c.4 d.lgs. 50/2016 "... Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara..". Il "rinnovo" comporta una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, che può concludersi con l'integrale conferma delle precedenti condizioni o con la modifica di alcune di esse in quanto non più attuali; è consentito esclusivamente se previsto in origine, (T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 7 luglio 2018, n. 74. La sez. V del T.A.R. Campania, Napoli, con la sentenza 18 aprile 2020, n. 1392) quindi, nel caso dell'affidamento diretto, nella lettera d'incarico. È possibile prevedere il rinnovo del contratto purché sia previsto fin dall'inizio, e sia computato nell'importo totale stimato dell'affidamento.

9

Nelle procedure da aggiudicarsi con il minor prezzo secondo il modulo dell'inversione procedimentale la soglia di anomalia deve essere ricalcolata se, in esito alla fase conclusiva della verifica dei requisiti di partecipazione, si ravvisino i presupposti per disporre l'esclusione di uno o più concorrenti?

Nelle procedure di gara da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo e che si svolgono secondo il modulo dell'inversione procedimentale di cui all'art. 133 comma 8 d.lgs. 50/2016 - previsto per gli appalti nei settori speciali, ma esteso in via sperimentale e provvisoria, fino al fine al 30 giugno 2023, anche ai settori ordinari sia sopra che sotto la soglia di rilievo comunitario - la soglia di anomalia deve essere calcolata, una sola volta, subito dopo l'apertura delle offerte economiche; qualora, in esito alla fase conclusiva della verifica dei requisiti di partecipazione, si ravvisino i presupposti per disporre l'esclusione di uno o più concorrenti, la stazione appaltante procede allo scorrimento della graduatoria e alla verifica della documentazione amministrativa del secondo classificato, mantenendo ferma la soglia di anomalia (Cfr. **Tar Lombardia, Brescia, Sez. I, 21/05/2021, n. 476**).

10

Bisogna acquisire il DURC per le associazioni sportive dilettantistiche?

Per le associazioni/società sportive dilettantistiche, in quanto enti non lucrativi, non è previsto un obbligo contributivo nei confronti di coloro che, in virtù delle cariche associative/societarie assunte, gestiscono - per definizione gratuitamente - l'attività istituzionale dell'associazione. Saranno soggette a un obbligo contributivo solo qualora assumano manodopera per la quale sia prevista una copertura previdenziale a carico del datore di Lavoro/committente.

Il costo della manodopera del lavoro autonomo

IN
PIL
LOLE

L'art. 95, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 stabilisce che: *"Nell'offerta economica l'operatore economico deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e di sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lett.a)".*

Dalla lettura dell'obbligo su previsto, in combinato disposto con l'obbligo di verifica della congruità dei costi indicati dal concorrente, imposto dalla normativa di riferimento, si ritiene che l'art. 95 comma 10, faccia riferimento ai cosiddetti *costi diretti della manodopera*, ossia il lavoro necessario all'esecuzione dell'appalto, dovendo evitare, infatti, manovre speculative sulla retribuzione dei dipendenti finalizzate a rendere l'offerta in gara maggiormente competitiva rispetto alle altre.

Di sicuro più problematica potrebbe essere invece, la valutazione di costi non riferiti ai dipendenti subordinati ma alle figure professionali autonome che possono essere coinvolte nella commessa. In tal senso si è espresso il Consiglio di Stato, sez. V, del 03 novembre 2020, n. 6786, non ritenendo errata la valutazione economica del concorrente che non abbia indicato nelle giustificazioni in sede di verifica dell'anomalia, il costo del lavoro delle figure professionali i cui servizi erano stati inseriti nell'offerta tecnica.

Nel caso di specie, l'appellante lamentava la non attendibilità dell'offerta formulata dalla controparte che aveva ridotto il numero dei lavoratori impiegati per la prestazione del servizio tra l'offerta tecnica e le giustificazioni fornite in sede di anomalia, in cui non erano stati contemplati i costi di alcune figure professionali autonome a cui si sarebbe fatto ricorso in fase di esecuzione del contratto.

La conclusione a cui perveniva l'appellante è che fosse doveroso l'inserimento di tali figure nell'ambito del costo della manodopera o, in alternativa ritenere l'offerta inattendibile per aver alterato, il numero dei lavoratori impiegati nell'esecuzione del servizio.

A nulla è valso prospettare la questione in tali termini in quanto il Consiglio di Stato ha ritenuto corretto limitare l'ambito di applicazione dell'art. 95 comma 10 del codice, ai soli costi di lavoro subordinato che potrebbero operare solo occasionalmente o *"in maniera trasversale a vari contratti, il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto"*.

Anche la considerazione che la stima del costo del lavoro autonomo debba fare riferimento all'art. 23 c.16 del codice, secondo il quale in assenza di contrattazione collettiva applicabile all'attività considerata, possa desumersi da altro accordo collettivo, relativo a categoria merceologica contigua ovvero avvalendosi dei criteri estimativi di cui agli artt. 2225 e 2233 c.c. ovvero previsti dalle fonti negoziali, non ha trovato conforto giurisprudenziale.

Nel caso affrontato dal Tar Puglia sez. III, con sentenza del 02/11/2021 n. 1584, secondo parte ricorrente, *"l'obbligo specifico di dichiarare i costi manodopera comprenderebbe anche i lavoratori autonomi che siano stabilmente impiegati nella diretta esecuzione delle prestazioni appaltate atteso che, in caso contrario, si assisterebbe ad un inaccettabile aggiramento delle funzioni di controllo imposte dal combinato di cui agli artt. 30 e 23 del codice e 18 e 40 della direttiva UE 24/14, con il conseguente rischio di avvantaggiare indebitamente un contendente sugli altri"*.

Sul punto, il suddetto TAR si è espresso in tal senso: *"La restrizione del campo di applicazione dell'art. 95 comma 10 del D.Lgs. n. 50 del 2016 e ss.mm. al solo lavoro subordinato ex art. 2094 c.c. si spiega, peraltro, alla luce della "ratio" della disciplina in parola, che è quella di assicurare non solo la serietà ed affidabilità dell'offerta (che è messa in discussione dall'indicazione di costi anomali) ma anche la tutela della posizione del prestatore di lavoro che, nell'ipotesi di subordinazione, è di debolezza economica e giuridica. Analoghe esigenze non si pongono, al contrario, per il lavoro autonomo, il quale si caratterizza ex art. 2222 c.c.*

per l' "assenza di un vincolo di subordinazione" e che, per tale ragione, è rimasto assoggettato alla sola disciplina codicistica."

In ogni caso, la scelta dell'operatore economico di impiegare, nell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento, anche lavoratori autonomi in luogo di lavoratori subordinati, costituendo espressione della libertà di iniziativa economica ex art. 41 Costituzione riconosciuta a ciascun imprenditore nella definizione del proprio modello produttivo, non è, in assenza di specifici divieti di legge o di macroscopiche incongruenze, suscettibile di essere sindacata dalla Stazione Appaltante e dal Giudice Amministrativo.

Di sicuro le linee interpretative fornite dalle sentenze esaminate fugano ogni dubbio in merito a cosa debba intendersi effettivamente oggetto di applicazione della norma di cui all'art. 95 comma 10 del codice, ossia il trattamento salariale retributivo proprio del solo lavoro dipendente come chiarito dall'art. 2099 c.c..

Dal primo novembre tale verifica sarà ancora più agile attesa la previsione introdotta dal Decreto Ministeriale n. 143 del 25/06/2021, del cosiddetto DURC di congruità, il quale ha l'obiettivo di valutare, mediante un sistema di calcolo automatico, se i costi della manodopera sono proporzionati all'incarico affidato.

Si tratta di una norma che, in materia di contratti pubblici, impone alle aziende di ottenere l'attestazione di congruità dalla Cassa Edile territorialmente competente mediante la verifica dell'incidenza della manodopera impiegata nella realizzazione di lavori edili eseguiti da imprese affidatarie, in appalto o subappalto, oppure da **lavoratori autonomi** coinvolti nella loro esecuzione.

Solo nel caso in cui la verifica abbia esito positivo, viene rilasciata l'attestazione, al di sotto dei limiti indicati in tabella, invece, scatta la presunzione di non congruità dell'impresa ed il sospetto di impiego di lavoro non regolare.

Curiosa è l'introduzione della possibilità di valutare la congruità del lavoro autonomo.

L'Ispettorato Nazionale del Lavoro, con nota n. 5223/2021, fornisce alcuni chiarimenti riguardo il nuovo sistema di verifica della congruità

dell'incidenza della manodopera impiegata nella realizzazione di lavori edili.

Il provvedimento in questione attua la previsione di cui all'art. 8, comma 10-bis, del Decreto Legge n. 76/2020 (cd. Decreto Semplificazioni), recependo quanto previsto dall'Accordo collettivo del 10.09.2020 stipulato da ANCE.

Le tabelle allegate all'accordo summenzionato, definiscono gli indici di congruità in riferimento alle singole categorie di lavori, traducendosi in percentuali in cui devono essere ricomprese anche le ore impiegate dal lavoratore autonomo.

La difficoltà dovrebbe consistere nella determinazione di un valore convenzionale per le diverse tipologie di figure autonome da inserirsi nelle percentuali di incidenza minima previste dal decreto, sulle cui modalità al momento non vi sono indicazioni in merito.



MEDIAAPPALTI

Guida pratica in materia di appalti pubblici

Mediappalti ora è disponibile on line

Abbonati su www.mediappalti.it

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

MEDIAAPPALTI

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

**Medi
Graphic**

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

i seminari in programma 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!