

Rivista mensile - Anno XII, Numero 3

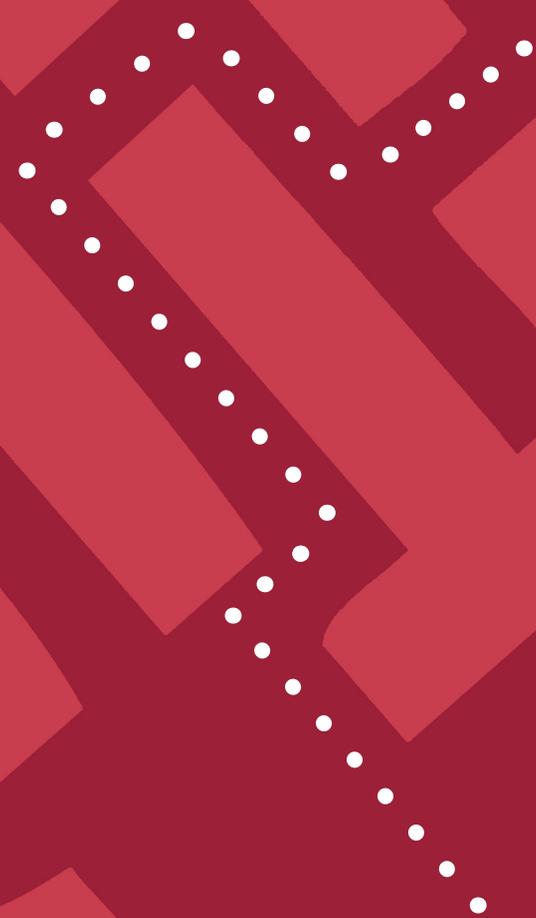
maggio
2022

MEDIA APPALTI

L'Adunanza Plenaria individua nel solo aggiudicatario, e non nell'o.e. "proposto quale aggiudicatario", il soggetto al quale può essere escussa la garanzia provvisoria ex art. 93, comma 6, del Codice dei Contratti Pubblici

Collegio Consultivo Tecnico: Le nuove linee guida ministeriali. Possibile utilizzo per evitare il blocco dei contratti dovuto a rincari e rarefazione materiali?

Clausola sociale e piano di riassorbimento del personale



"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

Medi
Graphic



SGQ UNI EN ISO 9001:2015
Certificato n° 2634



**approfondimento
aggiornamento
giurisprudenza
informazione
consulenza
normativa**

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

**maggio
2022**

Accoglienza

Vivere, in questo mondo, non è equo. Sin dal momento in cui veniamo concepiti. Nascere in un paese invece che in un altro, in una certa regione dello stesso paese, in uno specifico quartiere di una stessa città, in una determinata famiglia di un preciso quartiere, marchia il nostro destino con benefici o disagi che segneranno quasi in maniera indelebile ciò che saremo e faremo.

Secondo un recente rapporto di Oxfam, entro la fine del 2022, 860 milioni di persone si ritroveranno a vivere sotto la soglia di povertà, stimata nella disponibilità di meno di 1,90 dollari al giorno. La pandemia e la guerra in Ucraina stanno aggravando l'emergenza. In questo scenario, potrebbero finire nella fascia di sofferenza più grave 263 milioni di persone in più.

Le disuguaglianze generano flussi di popoli che si spostano verso una terra promessa distante migliaia di chilometri, mesi di sofferenza. Chi fugge da un passato di stenti, attraversa un presente insidioso, faticoso, a volte fatale, per provare a raggiungere un futuro che celato in una coltre di incertezza appare comunque migliore

dell'alternativa di restare. Guerre, povertà, prevaricazioni, limitazioni della libertà, dei diritti fondamentali dell'uomo, tracciano le rotte delle migrazioni.

In un mondo fatto di disuguaglianze, chi è più forte deve farsi carico dei deboli. I paesi più ricchi, meta finale delle lunghe vie della speranza, devono tendere una mano. "Gli esseri umani, essendo persone, sono sociali per natura. Sono nati quindi per convivere e operare gli uni a bene degli altri", così si pronunciava Papa Giovanni XXIII nell'enciclica "*Pacem in terris*" del 1963. Ciò che le nazioni, le organizzazioni di volontariato, i singoli soggetti fanno per alleviare le sofferenze, secondo questa lettura non è qualcosa di straordinario. Non è prerogativa di persone eccezionali. L'impegno a favore dei deboli dovrebbe essere insito nella quotidianità della vita sociale. L'essenza dell'esistere in una società è la convivenza, il vivere con, il vivere insieme. E il miglior modo di stare insieme è la condivisione: mettere a disposizione le proprie risorse, il proprio tempo, le proprie competenze, per migliorare l'esistenza di chi vive in un deficit economico, sociale, esistenziale.

Le rotte delle migrazioni cominciano a portare all'Italia, in maniera sempre più consistente, a partire dagli anni '90 del secolo scorso. Il dramma di chi approda sulle nostre coste occupa un posto fisso nelle cronache dei giornali. Possiamo ancora parlare di emergenza? La macchina dell'accoglienza, dopo oltre un trentennio, dovrebbe essere ben roduta, dovrebbe funzionare secondo meccanismi certi. Ordinari.

È invece in termini di eccezionalità che è gestita l'accoglienza. Secondo i dati esposti da Open polis, il 65,5% dell'accoglienza è oggi affidata ai Centri di Accoglienza Straordinaria (CAS). Si tratta di una rete di centri che nascono come risposta immediata a situazioni emergenziali, sono regolati facendo ricorso alle procedure di affidamento diretto. Un sistema che lascia ampio spazio alla discrezionalità.

Conviviamo con le emergenze che dilagano ovunque sulla Terra. Come paese che può godere di un certo livello di benessere dobbiamo essere in grado di offrire il nostro aiuto. Dobbiamo farlo in maniera coordinata e ordinata, secondo una programmazione che non può più basarsi secondo canoni straordinari ed emergenziali.

Si deve investire nella realizzazione di centri di qualità sia sul versante strutturale sia su quello dei servizi. L'affidamento diretto che sostiene i CAS deve essere accantonato a favore di appalti e concessioni assegnati secondo le regole che garantiscono trasparenza e legalità. L'emergenza perpetua, ossimoro ormai insostenibile di questa gestione dell'accoglienza deve essere dismesso. È l'accesso all'affidamento diretto che non conviene a nessuno. "Chi ci rimette, oltre agli ospiti, è anche la comunità ospitante, che si troverà a interagire con persone alle quali non sono stati forniti gli strumenti per un'efficace e positiva integrazione", affermava Roberto Barberi nel 2015. Il rischio concreto è che in questo modo accedano alla rete dell'accoglienza soggetti dediti al business, per i quali lo scopo essenziale è il profitto a discapito della qualità delle strutture e dei servizi.

È invece necessario procedere con le forme di

assegnazione che garantiscono trasparenza e legalità. Solo in questo modo l'accoglienza sarà indirizzata verso l'offerta di un sincero servizio di emancipazione. Solo in questo modo potremo porre le basi per un'integrazione reale e una convivenza tra genti che, seguendo percorsi differenti, finiscono per condividere uno spazio e un tempo entro i quali costruire un futuro comune.

La crisi ucraina acuisce drammaticamente la situazione. Sarebbero oltre 100 mila i profughi in fuga dalla guerra, giunti in Italia. Questa nuova emergenza umanitaria oltre a prevaricare il sistema di accoglienza ordinaria (SAI), ha colto impreparata anche la rete dei CAS. È stato necessario attivare un terzo livello di accoglienza: il livello emergenziale affidato alla Protezione Civile con il coinvolgimento della società civile.

In questa sfera ricade l'avviso per l'acquisizione delle manifestazioni di interesse per 15 mila posti da destinare all'accoglienza diffusa, scaduto il 22 aprile scorso. L'assegnazione delle risorse sarà eseguita tramite affidamento diretto al terzo settore. Le risorse dello Stato potranno essere destinate ad attori diversi dalle organizzazioni più strutturate come Caritas e Arci. "Ci si apre a riconoscere che esiste un tessuto di famiglie e realtà territoriali, società civile pura, in grado di collaborare con lo Stato" afferma Gianpaolo Silvestri Segretario Generale di AVSI.

Società civile pura, incarnazione delle parole dell'enciclica *Pacem in Terris* che esortavano "a convivere e operare gli uni a bene degli altri".

Se questa porzione di cittadini organizzati in associazioni o nell'ambito delle proprie famiglie, si adoperano per sostenere lo Stato nella missione dell'accoglienza, sembra doveroso avviare canali di accesso ai finanziamenti pubblici. Potrebbero essere attivate regole ispirate agli appalti per fissare certezze sugli standard dei servizi e delle strutture messe a disposizione e garantire un'accoglienza che sia davvero accogliente.

sommario

Editoriale

Accoglienza

4

In evidenza

L'Adunanza Plenaria individua nel solo aggiudicatario, e non nell'o.e. "proposto quale aggiudicatario", il soggetto al quale può essere escussa la garanzia provvisoria ex art. 93, comma 6, del Codice dei Contratti Pubblici.

7

Sotto la lente

Collegio Consultivo Tecnico: le nuove linee guida ministeriali. Possibile utilizzo per evitare il blocco dei contratti dovuto a rincari e rarefazione materiali?

17

Hanno collaborato a questo numero:

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

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

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

Avv. Riccardo Gai
Esperto in materia di appalti pubblici

Avv. Emanuela Pellicciotti
Esperta in infrastrutture e contratti pubblici

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

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

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in materia di appalti pubblici

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

Editore:
Mediagraphic s.r.l.

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

Il Punto

L'affidamento in appalto del servizio di Tesoreria e gli istituti adottabili in caso di modifiche impreviste delle condizioni di mercato

22

Inammissibile la modifica dell'offerta in sede di verifica di anomalia

28

"L'ANAC, il Codice e le locazioni". La storia del convento veneziano che voleva diventare un hotel di lusso, almeno per 60 anni. Ma questa particolare riedizione della favola di Cenerentola, secondo l'ANAC, non si può fare!

36

Il risarcimento della perdita di chance nell'ambito degli appalti

44

Clausola sociale e piano di riassorbimento del personale

51

Pareri & Sentenze

57

A Domanda Rispondiamo

62

In pillole

65

Osservatorio sulla Corte dei Conti

L'Adunanza Plenaria individua nel solo aggiudicatario, e non nell'o.e. "proposto quale aggiudicatario", il soggetto al quale può essere escussa la garanzia provvisoria ex art. 93, comma 6, del Codice dei Contratti Pubblici.

di Adriana Presti

IN
EVIDENZA

Premessa

Qualche tempo fa, la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza non definitiva 4 gennaio 2022 n. 26, ha rimesso alla Plenaria il seguente quesito di diritto: "se l'art. 93, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016 possa (recte, debba) trovare applicazione non solo nei confronti del soggetto cui sia già stata definitivamente aggiudicata la gara, ma anche nei confronti del soggetto che la commissione giudicatrice, dopo le valutazioni di spettanza, abbia proposto per l'aggiudicazione".

La rimessione della predetta questione ha suscitato più di qualche sussulto, poiché, da un lato, si era (e si è tutt'ora) in attesa del pronunciamento della Corte Costituzionale sulla questione deferita dalla V Sezione del Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 3299/2021; la quale ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di

legittimità costituzionale dell'art. 93, comma 6, del Codice, che disciplina la cauzione provvisoria prestata dagli operatori economici che partecipino ad una gara, nel combinato disposto con l'art. 216 del Codice, per contrasto con gli artt. 3 e 117, comma primo (quest'ultimo in relazione all'art. 49, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) della Costituzione, nella parte in cui le citate norme precludano l'applicabilità della più favorevole disciplina sanzionatoria sopravvenuta - introdotta dal nuovo Codice dei contratti, rispetto alla disciplina del previgente Codice di cui al d.lgs. n. 163 del 2016 - che prevede l'escussione della cauzione provvisoria solo a valle dell'aggiudicazione (definitiva) e, dunque, solo nei confronti dell'aggiudicatario di una procedura ad evidenza pubblica, in quanto già in vigore al momento dell'adozione del provvedimento di escussione della garanzia provvisoria.

E, d'altro lato, proprio perché la quarta Sezione, nel qualificare la natura della garanzia provvisoria, a dichiarata differenza di quanto, invece, ritenuto dalla V Sezione nell'ordinanza n. 3299/2021 in relazione al medesimo istituto contemplato al previgente Codice di cui al d.lgs. 163/2006, non ne ha riconosciuto il carattere sanzionatorio, con ogni relativa conseguenza in ordine all'irrelevanza dei principi di diritto di provenienza sovra-statale ed *in primis* della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La rilevanza dell'intreccio delle questioni non è di poco conto.

In primo luogo, avuto riguardo alla definizione della natura nonsanzionatoria assegnata alla garanzia provvisoria nel Nuovo Codice e per la determinazione del preciso ambito di operatività della "garanzia provvisoria", che correda l'offerta dei partecipanti alla procedura di gara, al fine di stabilire se essa copra soltanto i "fatti" che si verificano nel periodo compreso tra l'aggiudicazione e il contratto, ovvero se si estenda anche a quelli che si verificano nel periodo compreso tra la "proposta di aggiudicazione" e l'aggiudicazione.

In secondo luogo, per la ricaduta degli attesi pronunciamenti in relazione alle escussioni già disposte nell'ambito di gare bandite nella vigenza del Nuovo Codice di cui al d.lgs. n. 50/2016 nei confronti del soggetto proposto aggiudicatario ma escluso, prima del perfezionamento dell'aggiudicazione, per difetto dei requisiti di moralità e/o di capacità tecnico-economica e/o negli altri casi contemplati dalla norma (interdittiva antimafia e falsa dichiarazione nell'ambito delle dichiarazioni di avvalimento).

Ed in terzo luogo in relazione alle escussioni automaticamente disposte nel vigore del Nuovo Codice, ma nell'ambito di procedure di gare bandite nella vigenza del precedente d.lgs. n. 163/2006 nei confronti di un concorrente pacificamente non aggiudicatario, perché in posizione non utile in graduatoria, ma sprovvisto dei requisiti di capacità morale e/o tecnico economica o di chi, pur risultando primo in graduatoria, non è stato nemmeno mai provvisoriamente individuato come aggiudicatario. In entrambi i casi, trattandosi di escussione applicata con sicura funzione punitiva.

Per completare il puzzle, è necessario evidenziare che, all'indomani della remissione alla Corte

Costituzionale del quesito di legittimità costituzione testé riferito, il giudice amministrativo, chiamato a pronunciarsi su una questione analoga a quella oggetto dell'ordinanza n. 3299/2021, ai fini della sospensione del giudizio ai sensi degli artt. 79, comma 1, c.p.a. e 295 c.p.c. in attesa del pronunciamento della Corte, ha ritenuto la questione di legittimità non direttamente rilevante nel relativo giudizio, in cui la ricorrente esclusa era prima graduata nella classifica provvisoria (Cons. St., Sez. III, 22 luglio 2021, n. 5517, parzialmente revocata dalla successiva sentenza 10 marzo 2022, n. 1713 in relazione al solo Lotto in cui il concorrente non era primo graduato), così equiparando il primo classificato all'aggiudicatario nella prospettiva della questione di legittimità al vaglio della Consulta. E ciò a differenza di altri provvedimenti giurisdizionali in cui la sospensione impropria del giudizio è stata disposta senza, a quanto è dato comprendere, operare una siffatta distinzione tra soggetto escluso non aggiudicatario primo in graduatoria e soggetto escluso non in posizione utile all'aggiudicazione, sul presupposto che *"la risoluzione della questione di legittimità costituzionale di cui alla ricordata ordinanza n. 3299/2021 [...] rilevante e pregiudiziale anche ai fini della decisione dell'appello in discussione, per evidente sovrapposibilità della fattispecie di cui all'ordinanza di remissione con quella che forma oggetto del presente contenzioso relativo ad analogo provvedimento di escussione della cauzione provvisoria"* (Cons. Stato, Sez. V, Ordinanze 20 ottobre 2021, nn. 7046, 7047, 7048 e 7049).

1. La questione rimessa al vaglio dell'Adunanza Plenaria

Per comprendere la rilevante portata dei suddetti temi occorre soffermarsi sulle ragioni che hanno indotto la remissione della questione alla Adunanza Plenaria.

È necessario, anzitutto, premettere che il previgente testo dell'art. 93, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, recitava come segue: *"La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo"*.

L'art. 59, comma 1, lett. d), del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, ha modificato tale ultimo comma, disponendo che «*la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto*».

Ciò che risalta subito, dal confronto delle versioni della medesima disposizione, è l'espunzione, nel vigente testo, di ogni riferimento all'elemento soggettivo dell'affidatario, viceversa contemplato nella precedente versione.

L'attuale formulazione dell'articolo, infatti, si limita ad individuare, quale presupposto dell'escussione, la sussistenza di un "fatto riconducibile all'affidatario", ovvero "l'adozione di informazione antimafia interdittiva".

Pertanto, secondo l'interpretazione fornita dal Collegio remittente con la sentenza non definitiva della IV Sezione del Consiglio di Stato n. 26/2022:

- la prima locuzione ("fatto riconducibile all'affidatario") esprime un collegamento meramente eziologico fra un "fatto" dell'aggiudicatario e la "mancata sottoscrizione del contratto", richiamando, dunque, una concezione meramente oggettiva dei presupposti per l'applicazione dell'escussione, cui è estranea ogni valutazione circa la colpevolezza di tale "fatto".
- La scelta dell'espressione "fatto", anziché dell'espressione "atto", rafforza questa conclusione, posto che, nel linguaggio tecnico-giuridico, il "fatto" rimanda ad un mero accadimento materiale (dunque anche ad un'azione umana, ma vista esclusivamente nel suo portato materiale e nella sua natura oggettiva), senza alcuna rilevanza circa il sotteso assetto volontaristico del soggetto, proprio, invece, dello "atto" in senso stretto. Tale esegesi trova ulteriore, indiretta conferma nell'individuazione, come ulteriore fattispecie che attiva l'escussione, dell'adozione di informativa antimafia interdittiva.
- Tale provvedimento compete alla Pubblica Autorità a seguito della discrezionale valutazione di elementi sintomatici di

permeabilità mafiosa, ed è emesso senza che sia necessario alcuno scrutinio circa la colpevolezza del soggetto in ordine a tale situazione permeabilità, che ben può essere anche semplicemente subita o tollerata.

Ad avviso del medesimo Collegio, la disposizione in parola prescinde, dunque, da un addebito di colpevolezza in capo all'interessato e pertanto:

- si applica automaticamente al verificarsi, per quanto qui di interesse, di qualunque "fatto" riconducibile alla sfera giuridica dell'affidatario che abbia reso impossibile la stipulazione del contratto, locuzione volutamente ampia al cui interno ben può sussumersi il difetto, originario o sopravvenuto in corso di procedura, dei necessari requisiti di partecipazione stabiliti dalla legge;
- è priva di carattere sanzionatorio, con ogni relativa conseguenza in ordine all'irrelevanza dei principi di diritto di provenienza sovra-statuale, in primis della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretata dalla relativa Corte - circa i caratteri del "diritto punitivo", locuzione che, come noto, in sede sovra-nazionale si protende oltre i confini ascritti in sede nazionale al diritto penale.

Il Collegio, pertanto, rilevava, per completezza, alcune recenti decisioni di segno opposto.

Il riferimento espresso era proprio all'ordinanza della V sezione n. 3299 del 26 aprile 2021 richiamata in premessa, ove si ritiene "*di dover confermare la natura anche sanzionatoria dell'istituto dell'escussione della garanzia provvisoria, per come disciplinato dal d.lgs. n. 163 del 2006*", anche in coerenza con "*la decisione dell'Adunanza plenaria 4 ottobre 2005, n. 8*" e "*la successiva decisione 10 dicembre 2014, n. 34 dell'Adunanza plenaria*", nonché secondo altri arresti ("Cons. Stato, V, 27 giugno 2017, n. 3701; V, 19 aprile 2017, n. 1818; IV, 19 novembre 2015, n. 5280; IV, 9 giugno 2015, n. 2829; V, 10 settembre 2012, n. 4778", "Cons. Stato, V, 10 aprile 2018, n. 2181"). E ciò perché in tale ordinanza si sostiene, in sostanza, che "*l'escussione della cauzione provvisoria assumerebbe anche la funzione di una sanzione amministrativa, seppure non in senso proprio*", posto che "*non può essere considerata una misura meramente ripristinatoria dello status quo ante, né ha natura risarcitoria (o anche solo indennitaria), né mira semplicemente alla prevenzione di nuove*

irregolarità da parte dell'operatore economico" (ad analoghe conclusioni la sentenza, sempre della quarta sezione n. 3255 del 22 aprile 2021).

Il tutto in un contesto in cui che la natura sanzionatoria del provvedimento di escussione della cauzione è tutt'altro che unanimemente sostenuta nella giurisprudenza amministrativa. In senso (almeno) parzialmente contrario è, infatti, la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 34 del 2014, riferita al previgente d.lgs. n. 163 del 2006, in cui, con riferimento alla questione della "legittimità della clausola, contenuta in atti di indizione di procedure di affidamento di appalti pubblici, che preveda l'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatrici, ma solo concorrenti, in caso di riscontrata assenza del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici", si legge che:

- la cauzione provvisoria assolve la funzione di garanzia del mantenimento dell'offerta in un duplice senso, giacché, per un verso, essa presidia la serietà dell'offerta e il mantenimento di questa da parte di tutti partecipanti alla gara fino al momento dell'aggiudicazione; per altro verso, essa garantisce la stipula del contratto da parte della offerente che risulti, all'esito della procedura, aggiudicatario;
- pertanto, in questo senso l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella decisione n. 8 del 2005, ha affermato che la cauzione provvisoria, oltre ad indennizzare la stazione appaltante dall'eventuale mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario (funzione indennitaria), può svolgere altresì una funzione sanzionatoria verso altri possibili inadempimenti contrattuali dei concorrenti;
- l'istituto della cauzione provvisoria, tuttavia, "si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto di integrità cui si vincola chi partecipa ad una gara pubblica", ne presidia "l'obbligo di diligenza" e, "ferma restando la generale

distinzione fra l'istituto della clausola penale (1383 c.c.) avente funzione di liquidazione anticipata del danno da inadempimento e della caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.) avente la funzione di dimostrare la serietà dell'intento di stipulare il contratto sin dal momento delle trattative o del perfezionamento dello stesso", va ricondotto alla caparra confirmatoria, "sia perché è finalizzata a confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro, sia perché tale qualificazione risulta la più coerente con l'esigenza, rilevante contabilmente, di non vulnerare l'amministrazione costringendola a pretendere il maggior danno".

Con la conseguenza che, sempre secondo la prospettazione del Collegio remittente, **l'istituto in esame consisterebbe, dunque, in "una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio, che costituisce**

l'automatica conseguenza della violazione di regole e doveri contrattuali espressamente accettati".

Sicché, sempre ad avviso del Collegio remittente, l'escussione della garanzia è legittimamente disposta dalla stazione appaltante in ogni caso in cui la stipulazione del contratto non sia possibile a motivo di un "fatto" afferente alla sfera giuridica dell'aggiudicatario, quale ben può essere la mancanza o la perdita sopravvenuta dei requisiti cui la legge subordina la partecipazione ad una gara, senza che sia necessaria alcuna ulteriore indagine.

Resta(va), a questo punto, il **distinto profilo della possibilità di equiparare, ai fini de quibus, l'aggiudicatario propriamente detto ed il soggetto a cui favore è stata semplicemente proposta l'aggiudicazione.**

Il profilo, su cui non constavano precedenti, concerneva quindi la disposizione vigente che fa riferimento esclusivamente all'aggiudicatario,

Secondo il Giudice remittente, da una lettura logico-sistematica delle norme, emergeva l'assoluta identità tra la situazione dell'aggiudicatario e quella in cui versa il soggetto "proposto per l'aggiudicazione", che, tuttavia, si sia visto rifiutare la formale aggiudicazione, con contestuale esclusione dalla procedura.



*laddove stabilisce che "la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto **dopo l'aggiudicazione**".*

Fatto sta che, il Collegio, nel ritenere doverosa un'esegesi di carattere logico-sistematico e teleologico della disposizione, ha ritenuto, **che emergesse plasticamente l'assoluta identità, ai fini de quibus, tra la situazione dell'aggiudicatario e quella in cui versa il soggetto "proposto per l'aggiudicazione"**, che, tuttavia, si sia visto rifiutare la formale aggiudicazione, con contestuale esclusione dalla procedura, poiché, all'esito dei controlli operati dalla stazione appaltante proprio in vista della stipulazione del contratto, sia emersa l'assenza, non importa se originaria o sopravvenuta, dei necessari requisiti di legge.

In un caso siffatto, la mancata stipulazione del contratto consegue in via diretta, immediata ed esclusiva ad un "fatto" del soggetto già proposto per l'aggiudicazione (dunque già individuato come vincitore della selezione), risultato privo di uno dei requisiti necessari per la stessa partecipazione alla gara. Un'interpretazione siffatta, lungi dal violare la disposizione, ne trae di contro – ad avviso del Collegio – la norma più consona alla sottesa ratio, tesa a concentrare, a differenza che nel passato (cfr. art. 48, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006), i controlli amministrativi sul solo soggetto risultato vincitore della selezione, al fine di alleviare l'onere gravante sulla stazione appaltante e concentrarne le energie sul controllo del solo operatore con cui, all'esito della gara, deve essere stipulato il contratto, di converso limitando a carico di quest'ultimo il rischio dell'eventuale escussione della garanzia.

La disposizione in parola, del resto, ove menziona "la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione", secondo la sentenza non definitiva di rimessione, richiamerebbe quella fase situata dopo l'esito della procedura e prima della sottoscrizione negoziale, ossia proprio la fase in cui si svolgono i controlli sul soggetto proposto per l'aggiudicazione, una volta operato, da parte della commissione giudicatrice, il confronto concorrenziale in cui si sostanzia il senso ed il *proprium* della gara pubblica.

L'esegesi proposta, secondo il Collegio, non avrebbe potuto determinare alcuna violazione

della disposizione - la cui natura non sanzionatoria, peraltro, non impone alcun rigido perimetro all'interprete - ma, al contrario, ne traerebbe, ad avviso del Collegio, la norma più coerente con la più ampia cornice regolatoria recata dal corpus codicistico in cui la disposizione è contenuta: **risulterebbe, invero, contraddittorio e diseconomico** obbligare la stazione appaltante a procedere all'aggiudicazione nei confronti del "proposto" e, subito dopo, ad esercitare l'annullamento in autotutela di tale provvedimento per carenza, in capo all'affidatario, di un imprescindibile requisito soggettivo.

2. Il diverso ragionamento e approdo dell'Adunanza Plenaria

La questione rimessa all'esame dell'Adunanza Plenaria, non pare inutile rimarcare, riguarda esclusivamente l'individuazione dei "soggetti" nei cui confronti può essere escussa la "garanzia provvisoria".

È di estremo interesse ripercorrere il ragionamento giuridico condotto dalla Adunanza Plenaria, la quale, per risolvere il dilemma, ha, dapprima, ricostruito il quadro normativo rilevante operando una comparazione con il Vecchio Codice; ha confermatola natura non sanzionatoria dell'istituto della garanzia provvisoria concepito dal Nuovo Codice, al fine di affermare che il comma 6 dell'art. 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016 – nel prevedere che la "garanzia provvisoria" a corredo dell'offerta «copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario [...]» – delinea un sistema di garanzie che si riferisce al solo periodo compreso tra l'aggiudicazione ed il contratto e non anche al periodo compreso tra la "proposta di aggiudicazione" e l'aggiudicazione.

2.1 Il quadro normativo ricostruito dalla Plenaria in pillole

La disciplina di cui al Codice dei contratti pubblici vigente è basata sulla distinzione tra: i) la fase procedimentale, finalizzata alla selezione del migliore offerente mediante l'adozione, all'esito del procedimento, del provvedimento di aggiudicazione; ii) la fase provvedimentale, che va dall'aggiudicazione alla stipulazione del contratto;

- iii) la fase costitutiva di stipulazione del contratto;
- iv) la fase esecutiva.

Ebbene, **la "proposta di aggiudicazione" si inserisce nella fase procedimentale** (art. 32, comma 5). Il Codice ha previsto che la fase procedimentale e la fase esecutiva siano corredate da un sistema di "garanzie provvisorie" (quelle oggetto di trattazione) e "garanzie definitive".

Ciò posto, la Plenaria ha ritenuto di dover inquadrare l'istituto come disciplinato nella vigenza del d.lgs. n. 163/2006. E ciò al fine di inquadrare il segmento procedurale dove si colloca, oggi, l'istituto in esame di cui all'art. 93.

Nel dettaglio, rilevando che:

- l'art. 75, comma 1 del d.lgs. n. 163/2006, disponeva che l'offerta fosse corredata da una garanzia, pari al due per cento, del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di "cauzione" o di "fideiussione" a scelta dell'offerente.
- L'escussione di tale garanzia poteva avvenire secondo due differenti forme.
- La prima forma era disciplinata dall'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006, che, a sua volta, contemplava ai commi 1 e 2 due diverse fattispecie,
 1. quella dell'esito negativo del c.d. controllo a campione, nel qual caso le stazioni appaltanti dovevano procedere – oltre all'esclusione dalla gara e alla segnalazione all'allora AVCP oggi ANAC– alla «escussione della relativa cauzione provvisoria» (art. 48, comma 1);
 2. e quella concernente la richiesta indirizzata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che seguiva in graduatoria, qualora gli stessi non fossero stati ricompresi fra i concorrenti sorteggiati (art. 48, comma 2).
- La seconda forma era quella prevista dallo stesso art. 75, il quale, al comma 6, disponeva che «la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo».

Nella vigenza del decreto legislativo n. 50 del 2016 è stata, dunque, mantenuta, con modifiche,

soltanto quest'ultima forma di garanzia.

L'art. 93, comma 6, come novellato dall'art. 59, comma 1, lett. d), del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, come si è detto, dispone che «la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto».

La possibilità di escussione della "garanzia provvisoria" per il concorrente è prevista soltanto nel caso di dichiarazioni false rese dall'operatore economico nell'ambito della procedura di avvalimento (art. 89, comma 1).

2.2 La natura e la funzione della garanzia provvisoria

La Adunanza ha, poi, stabilito quali sono la natura e la funzione della "garanzia provvisoria" nell'ambito del Nuovo Codice, operando, ancora una volta, una distinzione tra vecchio Codice e Nuovo Codice.

Quanto al Vecchio Codice, l'Adunanza ha osservato che:

- nella sua vigenza, l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa distingue la "garanzia provvisoria" escussa nei confronti dei concorrenti di cui all'art. 48, comma 1, e la "garanzia provvisoria" escussa nei confronti dell'aggiudicatario di cui all'art. 75, comma 1.
- Alla prima tipologia di garanzia – quella, per intenderci, escussa nei confronti dei concorrenti di cui all'art. 48, comma 1 - **si assegnava natura sanzionatoria, con funzione punitiva**, in quanto l'amministrazione poteva escutere la garanzia, incamerando la somma predeterminata, nei confronti di tutti gli offerenti sorteggiati che non fossero in possesso dei requisiti di partecipazione, con conseguenze economiche sovra-compensative. Ne conseguiva la necessità – in conformità con le regole convenzionali (art. 7 Cedu) – di assicurare il rispetto del principio di legalità e dei suoi corollari della prevedibilità, accessibilità e limiti di applicabilità delle norme

nel tempo.

- Alla seconda tipologia di garanzia- e, cioè, quella escussa nei confronti dell'aggiudicatario di cui all'art. 75, comma 1 - **si assegnava natura non sanzionatoria**, qualificando la "cauzione" quale garanzia avente una valenza analoga a quella della caparra confirmatoria e la "fideiussione" quale contratto di garanzia personale, con funzione di evidenziare «la serietà ed affidabilità dell'offerta» (Cons. Stato, Ad. plen., n. 34 del 2014, cit.), nonché con funzione compensativa dei danni subiti dalla stazione appaltante.

Mentre, nella vigenza del Codice del 2016, è stato affermato che l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa, essendo stata eliminata la prima forma di garanzia, **ha attribuito alla "garanzia provvisoria" natura esclusivamente non sanzionatoria.**

L'Adunanza Plenaria ha dunque statuito che entrambi gli istituti della "Cauzione" o della "fideiussione" di cui all'art. 93, comma 1, del Nuovo Codice, **hanno natura non sanzionatoria, con differente qualificazione giuridica a seconda che venga in rilievo la "cauzione" o la "fideiussione".**

L'operatività di entrambe le forme di garanzia presuppone un "fatto" del debitore principale che viola le regole di gara che comporta - a seguito dell'eliminazione del riferimento al dolo e alla colpa grave da parte del citato decreto legislativo n. 56 del 2017 - **la configurazione di un modello di responsabilità oggettiva, con conseguente esclusione di responsabilità nei soli casi di dimostrata assenza di un rapporto di causalità.**

2.3 L'individuazione dei "soggetti" nei cui confronti può essere escussa la "garanzia provvisoria"

L'orientamento espresso nell'ordinanza di rimessione era nel senso che i "soggetti" erano non solo l'aggiudicatario, ma anche il destinatario di una "proposta di aggiudicazione" per le ragioni di cui si è già detto *infra* al paragrafo § 2.

Ma, l'Adunanza Plenaria ha preferito seguire un orientamento diverso da quello proposto dalla Quarta Sezione con l'ordinanza di rimessione, per ragioni che si fondano sui criteri di interpretazione della legge di cui all'art. 12 delle preleggi.

Nel dettaglio:

1. Sul piano dell'interpretazione letterale:

Il comma 6 dell'art. 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016 è chiaro nello stabilire che «la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario (...)».

Il riferimento sia all'aggiudicazione, quale provvedimento finale della procedura, sia al «fatto riconducibile all'affidatario» e non anche al concorrente destinatario della "proposta di aggiudicazione" **rende palese il significato delle parole utilizzate dal legislatore nel senso di delimitare l'operatività della garanzia al momento successivo all'aggiudicazione** (in questo senso anche Cons. Stato, Sez. IV, 15 dicembre 2021, n. 8367).

L'Adunanza Plenaria afferma il seguente principio di diritto: il comma 6 dell'art. 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016 – nel prevedere che la "garanzia provvisoria" a corredo dell'offerta «copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario (...)» – delinea un sistema di garanzie che si riferisce al solo periodo compreso tra l'aggiudicazione ed il contratto e non anche al periodo compreso tra la "proposta di aggiudicazione" e l'aggiudicazione.

Il comma 9 dello stesso art. 93 prevede, inoltre, che «la stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede contestualmente, nei loro confronti, allo svincolo della garanzia» prestata a corredo dell'offerta.

2. Sul piano dell'interpretazione teleologica, il legislatore ha inteso ridurre l'ambito di operatività del sistema delle garanzie nella fase procedimentale, come risulta dall'analisi della successione delle leggi nel tempo:

Il Codice del 2016 **non ha confermato il sistema previgente disciplinato dall'art. 48 del Codice del 2006**, che prevedeva la possibilità, ricorrendo i presupposti indicati, **di escutere la garanzia, con funzione sanzionatoria, anche nei confronti dei partecipanti alla procedura. Ne consegue che l'estensione del perimetro della "garanzia provvisoria" si porrebbe in contrasto con la ratio legis.**

L'esposta diversità di regime ha indotto il Consiglio di Stato, con la citata ordinanza n. 3299 del 2021, a rimettere alla Corte Costituzionale la questione relativa all'applicazione retroattiva della nuova disciplina della "garanzia provvisoria" (applicata al solo aggiudicatario con funzione compensativa) **perché più favorevole rispetto alla precedente disciplina (applicata anche al concorrente con funzione punitiva).**

3. Sul piano dell'interpretazione sistematica:

In primo luogo, dall'analisi del contesto in cui la norma è inserita e, in particolare, dalla lettura coordinata di alcune disposizioni del Codice risulta chiara la distinzione tra la fase procedimentale relativa alla "proposta di aggiudicazione" e la fase provvedimentale relativa all'"aggiudicazione".

Con riguardo alla "proposta di aggiudicazione" formulata dalla commissione di gara, il Codice – che, come già esposto, ha inteso attribuirle natura autonoma – disciplina il rapporto tra essa e l'aggiudicazione. Il destinatario della proposta è ancora un concorrente, ancorché individualizzato. In questa fase si inseriscono i seguenti adempimenti:

- la stazione appaltante, prima dell'aggiudicazione dell'appalto, «richiede all'offerente cui ha deciso di aggiudicare l'appalto (...) di presentare documenti complementari aggiornati», nel rispetto di determinate modalità, per dimostrare la sussistenza dei requisiti generali e speciali di partecipazione alla gara (art. 85, comma 5);
- la "proposta di aggiudicazione" «è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo

l'ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione da parte dell'organo competente» (art. 33, comma 1);

- la stazione appaltante, dopo la suddetta approvazione, «provvede all'aggiudicazione» (art. 32, comma 5). Nella prospettiva della tutela, la "proposta di aggiudicazione", essendo atto endoprocedimentale, non è suscettibile di autonoma impugnazione.

Con riguardo all'aggiudicazione, il Codice disciplina il rapporto tra essa e il contratto. L'art. 32, comma 6, stabilisce che «l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta», in quanto occorre la stipula del contratto e l'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile per sessanta giorni. Nella prospettiva della tutela, l'aggiudicazione è il provvedimento finale di conclusione del procedimento di scelta del contraente che, in quanto tale, ha rilevanza esterna e può essere oggetto sia di impugnazione in sede giurisdizionale sia di autotutela amministrativa.

In secondo luogo, la valutazione sistematica anche delle regole civilistiche impone di evitare che il terzo – che ha stipulato un contratto autonomo di garanzia collegato al rapporto principale tra amministrazione e partecipante alla procedura di gara – debba eseguire prestazioni per violazioni non chiaramente definite dalle regole di diritto pubblico.

4. Sul piano dell'interpretazione analogica, è stato osservato, come la diversità della disciplina e delle situazioni regolate relativa alle due fasi, risultante dall'applicazione degli esposti criteri interpretativi, impedisce di estendere alla fase procedimentale le "garanzie provvisorie" della fase provvedimentale per i motivi di seguito indicati.

Nel caso di mancata stipulazione del contratto a seguito di una "aggiudicazione", le ragioni, come esposto, possono dipendere sia dalla successiva verifica della mancanza dei requisiti di partecipazione sia, soprattutto, dalla condotta dell'aggiudicatario che, per una sua scelta, decide di non stipulare il contratto. In queste ipotesi la stazione appaltante deve annullare d'ufficio il provvedimento di aggiudicazione e rinnovare il procedimento con regressione alla fase della "proposta di aggiudicazione". In tale contesto i possibili pregiudizi economici

determinati dalla condotta dell'aggiudicatario sono coperti dalla "garanzia provvisoria" che consente all'amministrazione di azionare il rimedio di adempimento della prestazione dovuta con la finalità di compensare in via forfettaria i danni subiti dall'amministrazione per violazione delle regole procedurali nonché dell'obbligo di concludere il contratto.

Nel caso di "mancata aggiudicazione" a seguito di una "proposta di aggiudicazione", i motivi di tale determinazione possono dipendere, oltre che da ragioni relative all'offerta, dalla verifica negativa preventiva del possesso dei requisiti di partecipazione del concorrente individuato.

In queste ipotesi, contrariamente a quanto affermato nell'ordinanza di rimessione, la S.A. non è costretta a procedere all'aggiudicazione e poi ad esercitare il potere di annullamento in autotutela, **potendosi limitare a non adottare l'atto di aggiudicazione e ad individuare il secondo classificato nei cui confronti indirizzare la nuova "proposta di aggiudicazione"**.

I pregiudizi economici legati a questo contesto, se esistenti, hanno portata differente rispetto a quelli che si possono verificare nella fase provvedimentale, con possibilità per l'amministrazione, ricorrendone i presupposti, di fare valere l'eventuale responsabilità precontrattuale del concorrente ai sensi degli artt. 1337-1338 cod. civ..

Rimane fermo, altresì, il potere dell'Autorità nazionale anticorruzione di applicare sanzioni amministrative pecuniarie qualora si accertino specifiche condotte contrarie alle regole della gara da parte degli operatori economici (art. 213, comma 13, d.lgs. n. 50 del 2016).

3. Conclusioni

Di particolare importanza, date le premesse, è la soluzione individuata dall'Adunanza Plenaria.

Il ragionamento, su cui fonda, ruota attorno all'analisi della successione delle leggi nel tempo al fine di fornire un'interpretazione teleologica della disposizione oggetto di scrutinio. Non senza considerare il fedeiussore, quale terzo - che ha stipulato un contratto autonomo di garanzia collegato al rapporto principale tra amministrazione e partecipante alla procedura di gara - debba

eseguire prestazioni per violazioni non chiaramente definite dalle regole di diritto pubblico.

Ciò che è certo è che il legislatore ha ridotto l'ambito di operatività del sistema delle garanzie nella fase procedimentale, come risulta dal confronto tra il Vecchio Codice ed il Nuovo Codice.

La Adunanza è, altresì, di estremo interesse rispetto all'imminente pronunciamento della Corte Costituzionale di cui pure si è detto in premessa.

La Plenaria, forte di una ricostruzione rigorosa dell'Istituto e di una comparazione giuridica dei suoi tratti somatici nel previgente Codice e nel Nuovo Codice, respinge la tesi della quarta Sezione, secondo cui l'ordinanza n. 3299 del 2021 riferirebbe il carattere sanzionatorio anche alla garanzia provvisoria prevista dal Nuovo Codice.

Si potrebbe quasi sostenere che, nel fare ciò, la decisione strizzi l'occhio, non senza sottile grazia, alla questione rimessa al vaglio del Giudice delle Leggi con la citata ordinanza n. 3299 del 2021.

Il tutto, in specie, parrebbe racchiuso in due passaggi nei quali la Plenaria afferma che "il Codice del 2016 non ha confermato il sistema previgente disciplinato dall'art. 48 del Codice del 2006, che prevedeva la possibilità, ricorrendo i presupposti indicati, di escutere la garanzia, con funzione sanzionatoria, anche nei confronti dei partecipanti alla procedura.

Ne consegue che l'estensione del perimetro della "garanzia provvisoria" si porrebbe in contrasto con la ratio legis" e che "L'esposta diversità di regime" nel Vecchio e nel Nuovo Codice" tanto da aver indotto la V Sezione del Consiglio di Stato, con la citata ordinanza n. 3299 del 2021, a rimettere alla Corte Costituzionale la questione relativa all'applicazione retroattiva della nuova disciplina della "garanzia provvisoria" (applicata al solo aggiudicatario con funzione compensativa) perché più favorevole rispetto alla precedente disciplina (applicata anche al concorrente con funzione punitiva)". E forse tanto basta per mettere al sicuro l'aspettativa riposta nella interpretazione demandata al Giudice delle Leggi.

Del resto, dalla natura punitiva dell'escussione della polizza di cui all'art. 48 del D. Lgs. n. 163/2006 consegue il relativo assoggettamento alle garanzie previste dalla Costituzione e dal

diritto internazionale, **ivi compresa la garanzia di retroattività della lex mitior** espressamente sancito dall'art. 49, co. 1, della CEDU ("se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima") e avente il proprio riferimento nell'art. 3 della Costituzione.

Tale principio, come noto, trova applicazione anche con riferimento alle sanzioni amministrative aventi – come certamente è il caso dell'escussione della garanzia provvisoria nel previgente Codice del 2006 – natura e finalità punitiva.

Secondo l'autorevole insegnamento della Corte Costituzionale, infatti, "l'estensione del principio di retroattività della lex mitior in materia di sanzioni amministrative aventi natura e funzione "punitiva" è ... conforme alla logica sottesa alla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi, sulla base dell'art. 3 Cost., in ordine alle sanzioni propriamente penali.

Laddove, infatti, la sanzione amministrativa abbia natura "punitiva", di regola non vi sarà ragione per continuare ad applicare nei confronti di costui tale sanzione, qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento. E ciò salvo che sussistano ragioni cogenti di tutela di controinteressi di rango costituzionale, tali da resistere al medesimo «vaglio positivo di ragionevolezza», al cui metro debbono essere in linea generale valutate le deroghe al principio di retroattività in mitius nella materia penale" (Corte Cost. n. 63/2019).

Di una sola cosa, allo stato, vi è certezza che la questione verrà trattata dalla Corte Costituzionale il prossimo 5 luglio 2022 ...*To be continued.*

Collegio Consultivo Tecnico: le nuove linee guida ministeriali. Possibile utilizzo per evitare il blocco dei contratti dovuto a rincari e rarefazione materiali?

di Stefano de Marinis

SOTTO
LA
LENTE

Premessa

La recente pubblicazione delle nuove linee guida ministeriali destinate a regolare l'operatività del Collegio Consultivo Tecnico (CCT) e la contemporanea istituzione dell'Osservatorio permanente volto ad assicurare il monitoraggio delle relative attività toglie ogni residuo alibi all'inerzia con la quale questo importante istituto è stato fin qui applicato, al tempo evidenziando l'opportunità di ricorrervi anche nei casi in cui è facoltativo. Per le opere finanziate con risorse del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e del Piano Nazionale degli investimenti Complementari (PNC), che come è noto costituiscono priorità del Paese, infatti, la sua attivazione nella formula cosiddetta *ante operam* viene dal provvedimento addirittura raccomandata.

Ci si riferisce al decreto del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibile (MIMS) del 17 gennaio 2022, intitolato "Adozione delle linee guida per l'omogenea applicazione da parte delle stazioni appaltanti delle funzioni del collegio consultivo tecnico", ed all'analogo intervento del successivo 1° febbraio, entrambi pubblicati

sulla Gazzetta Ufficiale n.55, del 7 marzo 2022, che, anche alla luce delle modifiche legislative nel frattempo apportate dal decreto legge semplificazioni 2 alla disciplina introduttiva dell'istituto, supera il precedente analogo intervento del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici di dicembre 2020, peraltro all'epoca privo di copertura normativa.

Si deve, infatti, all'art. 51 del decreto-legge 31 maggio 2021, n.77, l'inserimento, nell'articolo 6 del decreto 16 luglio 2020, n.76, del nuovo comma 8 bis che dispone l'adozione di apposite linee guida per definire, *i requisiti professionali e i casi di incompatibilità dei membri e del Presidente del collegio consultivo tecnico, i criteri preferenziali per la loro scelta, i parametri per la determinazione dei compensi rapportati al valore e alla complessità dell'opera, nonché all'entità e alla durata dell'impegno richiesto ed al numero e alla qualità delle determinazioni assunte, le modalità di costituzione e funzionamento del collegio e il coordinamento con gli altri istituti consultivi, deflattivi e contenziosi esistenti*, adempimento questo che, come detto, in precedenza non compariva.

Compariva, viceversa una precisa indicazione che, a testimonianza del rilievo che il legislatore annetteva allo strumento del CCT, per i contratti di importo superiore alla soglia comunitaria ne imponeva la costituzione finanche per quelli in corso, entro 30 giorni dall'entrata in vigore del decreto legge 76, avvenuta il 17 luglio del 2020; comunque prima della consegna dei lavori, ovvero non oltre dieci giorni da tale momento, per quelli ancora da avviare.

L'obiettivo di questo istituto, che richiama nella denominazione prescelta uno già esistente, peraltro contemporaneamente soppresso, ma dotato di caratteristiche di sostanza profondamente innovative, non è tanto, e non solo, quello di prevenire/gestire il possibile contenzioso tra stazione appaltante ed operatore economico affidatario, quanto quello di favorire la continuità operativa dei contratti, ovvero di riavvianne prontamente l'esecuzione laddove sospesi, nell'ottica di sostenere in tal modo il ciclo economico e la ripresa produttiva, quanto mai necessaria all'atto del superamento della fase di blocco più dura legata all'esigenza del contenimento della pandemia. Tale obiettivo risulta per tutto ribadito dal successivo decreto 77/2021 e dalle linee guida testé adottate.

1. La Linea Guida Ministeriale

In questo senso la Linea Guida ministeriale sottolinea che il CCT *ha una funzione preventiva di risoluzione di tutte le controversie e le dispute che possano rallentare o compromettere l'iter realizzativo dell'opera pubblica o comunque influire sulla regolare esecuzione dei lavori, ivi comprese quelle che possono generare o hanno generato riserve e la finalità istituzionale di accompagnare l'intera fase di esecuzione, dall'avvio dei lavori e fino al collaudo degli stessi, per intervenire in tempo reale su tutte le circostanze che possano generare problematiche incidenti sull'esecuzione.* Il tutto tramite la costituzione, per ciascun

contratto, di un collegio dalle competenze miste, tecniche economiche e giuridiche, rispetto alle ultime delle quali il TAR del Lazio ha recentemente rimosso qualsivoglia limitazione sulla possibilità di assumere il ruolo di presidente (ord. 19 aprile 2022, n. 2585), al quale formulare appositi quesiti ai quali deve esser data risposta nel termine di 15 giorni, o al massimo 20 nelle ipotesi più complicate.

Al riguardo posto che in nessun caso il CCT *può intervenire autonomamente o emettere pareri in assenza dei quesiti di parte*, precisa anzitutto il punto 4.1.3. della nuova linea guida che *l'inosservanza di tale divieto comporta la nullità delle determinazioni eventualmente assunte.*

Obiettivo del Collegio Consultivo Tecnico è: evitare che i lavori si fermino; riavviare prontamente quelli sospesi

L'intervento del CCT peraltro comporta un doppio effetto di rassicurazione e sostegno rispetto al l'attività da svolgersi dai RUP, per legge deputati a gestire gli interventi in corso d'opera destinati ad incidere sui tempi ed i costi realizzativi:

il primo consegue all'espressa esclusione di responsabilità per danno erariale prevista in tutti i casi in cui la scelta finale si conformi a quanto indicato dal Collegio (art.6, comma 3, terzo periodo, dl 76/20); vi si aggiunge l'analogo regime di esclusione stabilito in via generale dall'articolo 21 dello stesso decreto legge 76 per tutti i casi in cui l'operatore soggetto alla giurisdizione della Corte dei Conti abbia assunto comportamenti non omissivi, fatto salvo il caso del dolo.

Nonostante il rilievo dello strumento, è noto come la sua attivazione abbia fin qui segnato il passo, registrando ostacoli ed incertezze di ogni tipo, inclusa l'attesa delle più recenti linee guida considerate strumentalmente necessarie, in quanto queste (e solo queste) previste per legge; in specie per la determinazione dei corrispettivi di competenza dei componenti i collegi e le modalità di affidamento degli incarichi.

Collegio Consultivo Tecnico: soluzioni rapide con doppio effetto escludente la responsabilità dei RUP

Premesso che la legittimità di tale approccio pretestuoso è smentita dallo stesso decreto

ministeriale che, così come le precedenti linee guida, reca espressa disciplina transitoria per il caso di CCT già costituiti alla data della sua entrata in vigore, nel senso che le parti, ove lo ritengano, mediante specifico accordo scritto possono adeguare l'entità dei compensi diversamente stabiliti (punto 7.2.6.), oltre alla riduzione della parte fissa dei compensi per i componenti dei CCT riferiti a lavori in corso al 17 luglio e non ancora costituiti (punto 7.2.6.), va detto che l'intervento ministeriale più recente serve anzitutto a calare nel precedente testo le modifiche legislative da ultimo sopravvenute rispetto alla disciplina originaria.

2. Gli adeguamenti conseguenti alle modifiche del decreto legge 77/2021

Relativamente ai contenuti maggiormente rilevanti recate dalla nuova versione delle linee guida, oltre alla competenza sulla loro adozione, direttamente radicata in capo al MIMS, rileva in modo particolare la previsione che introduce la possibilità di attivazione dei poteri sostitutivi ad opera dell'interessato, laddove il CCT non sia stato costituito.

Dispone espressamente in tal senso l'articolo 50, comma 3, del dl 77/2021.

Altra novità riguarda la possibilità di individuare i componenti del CCT anche tra i dipendenti di ciascuna parte, ovvero tra persone ad esse legate da rapporti di lavoro autonomo o di collaborazione anche continuativa in possesso dei prescritti requisiti, come previsto dall'articolo 51, comma 1, lett. e), del dl in parola. In ordine all'esercizio dei poteri sostitutivi rilevano il punto 2.3.2. della Linea Guida in senso meramente riproduttivo della legge, oltre al punto 3.3.5. relativamente al caso in cui la documentazione inerente al contratto, incluse le eventuali modifiche e varianti intervenute durante il periodo di efficacia del contratto stesso, non venga messa interamente a disposizione del CCT.

Sulla nomina dei dipendenti pubblici nei Collegi, il punto 7.7.4, della Linea Guida espressamente prevede che *il compenso*

spetta a tutti i componenti del CCT, compresi i pubblici dipendenti, anche interni alle stazioni appaltanti; aggiunge il successivo 7.7.5. che per evitare che l'appartenenza ad una determinata pubblica amministrazione possa creare situazioni di disparità di trattamento e di sperequazione tra i dipendenti pubblici nominati membri del Collegio, l'assunzione degli incarichi ... è regolata unicamente dai vigenti limiti di legge.

3. Ulteriori previsioni

Per il resto la Linea Guida amplia l'ambito soggettivo di operatività del CCT, espressamente includendo, tra i soggetti ai quali si applica, i Commissari nominati ai sensi dell'articolo 4 del dl 16 aprile 2019, n.32 (sbloccacantieri), laddove abbiano assunto funzioni di stazione appaltante (punto 1.1.1.).

Sul piano oggettivo, viceversa, se ne esclude - *a contrario* - l'operatività per il caso di lavori di manutenzione ordinaria (punto 1.2.1.), mentre per l'ipotesi di accordi quadro, è previsto che se stipulati con un singolo operatore

economico, ai fini dell'obbligo di costituzione l'importo di riferimento è *quello dell'accordo quadro stesso*; se stipulati con più operatori vale quello dei singoli accordi attuativi (punto 1.2.3).

In caso di appalti aggiudicati per lotti distinti, il ricorso al CCT è obbligatorio con riferimento ai soli lotti di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del codice, senza riguardo al valore complessivo stimato della totalità di tali lotti (punto 1.2.4.).

Relativamente al favore con cui il Governo guarda all'istituto, ulteriore testimonianza si riscontra nell'affermazione secondo la quale, nel caso di contratti misti, la costituzione è disposta ogni qualvolta la parte dei lavori supera la soglia comunitaria ed *in tal caso il CCT può comunque conoscere delle questioni riguardanti l'intero contratto* (punto 1.2.2.).

Ulteriore questione sulla quale il nuovo intervento ministeriale apporta elementi di novità

La possibilità di attivare poteri sostitutivi in caso di mancata attivazione



La possibilità di nominare componenti dei Collegi i dipendenti



rispetto alla precedente formulazione riguarda la natura delle decisioni da adottarsi dai CCT ed il relativo valore.

Al riguardo, in precedenza si parlava solo genericamente di pareri e di determinazioni oltre alla possibilità di operare come collegio arbitrale, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 808-ter del codice di procedura civile, con il consenso ritualmente prestato dalle parti ai sensi dell'articolo 6, comma 3, quarto periodo del dl 76/2021.

Viceversa, la nuova formulazione distingue espressamente i casi in cui si adottano pareri obbligatori non vincolati, oppure provvedimenti, o ancora pareri facoltativi.

In particolare, nel caso in cui i lavori non possano proseguire per: cause previste dalla legge penale, dal codice antimafia (d.lgs.n.159/11), da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea; gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria; gravi ragioni di pubblico interesse (lett. a), b) e d) dell'art.5 comma 1, del dl 76/20); per qualsiasi motivo con il soggetto designato, incluse lo stato di crisi o l'insolvenza dell'esecutore anche in caso di concordato con continuità aziendale o di autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa (art.5 comma 4); il CCT rende pareri obbligatori ma non vincolanti.

Nel caso di gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte del l'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti (lett. c) del l'art.5 comma 1, del dl 76/20) le decisioni hanno natura di determinazioni dispositive, salva la facoltà delle parti di negare loro la natura di lodo contrattuale, ex art. 808- ter, c.p.c.

In tutti gli altri casi il CCT rende pareri facoltativi.

Ulteriore precisazione riguarda, poi, il rapporto tra richieste dell'appaltatore formulate tramite

appositi quesiti e riserve: chiariscono al riguardo la Linea Guida che *se l'appaltatore, al fine di non incorrere in decadenze, iscriva riserve senza formulare anche il relativo quesito al CCT, il quesito deve essere formulato dal responsabile del procedimento se la riserva è tale da incidere sulla regolare esecuzione dei lavori* (punto 4.1.3.).

Inoltre, laddove le parti precisino che non intendono riconoscere alle determinazioni del CCT la natura di lodo contrattuale le pretese oggetto di riserva potranno continuare ad esser fatte valere a mezzo di accordo bonario o altro rimedio (punto 5.1.4.).

Con particolare riferimento ai lavori in corso di esecuzione al 17 luglio 2020 (entrata in vigore del dl n. 76/2020), *il CCT può assumere determinazioni o rendere pareri solo su questioni che non siano già state devolute all'autorità giudiziaria o per le quali non siano in corso procedure di accordo bonario* (punto 6.1.5.).

4. Collegio Consultivo tecnico e aumento dei prezzi

Ultimo aspetto, non certo per importanza, riguarda la possibilità di utilizzare il CCT anche quale strumento particolarmente idoneo a risolvere gli aspetti conseguenti, specie da ultimo, all'abnorme incremento dei prezzi di materiali, energia e trasporti, ovvero delle componenti in genere necessarie a dar corso agli investimenti, per l'effetto del combinato generatosi tra ripresa produttiva post Covid e conflitti bellici in Ucraina.

Non v'è dubbio, infatti, che i descritti fenomeni possano mettere ragionevolmente in crisi i profili esecutivi dei contratti, rendendo difficile la prosecuzione dei rapporti in corso causa la grave alterazione economica che si proietta sul sinallagma contrattuale, oltre al distinto tema del rispetto delle tempistiche esecutive messo in discussione dall'impossibilità di reperire sui mercati numerosi elementi.

Gli atti del Collegio Consultivo Tecnico: pareri o determinazioni



Rapporto tra richieste dell'appaltatore formulate tramite quesiti e riserve



Tali problemi possono peraltro porsi anche in fase di affidamento, rischiando di mandare le gare deserte.

Al riguardo va ricordato che, relativamente agli effetti in parte analoghi registratisi a seguito della pandemia, l'articolo 8, comma 4, lett. b), del decreto semplificazioni 2020 disponeva espressamente il riconoscimento agli appaltatori, a valere sulle somme a disposizione della stazione appaltante indicate nei quadri economici dell'intervento e, ove necessario, utilizzando anche le economie derivanti dai ribassi d'asta, dei maggiori costi sopportati, specie per adeguare ed integrare i piani di sicurezza e coordinamento in attuazione delle misure disposte dalla legge per il contenimento della pandemia; la successiva lett. c) altresì prevedeva che il rispetto di dette misure, ove d'impedimento, anche solo in parte, per la regolare esecuzione dei lavori, dei servizi o delle forniture, costituiva causa di **forza maggiore** anche nel caso di mancato rispetto del termine contrattualmente previsto, quale circostanza non imputabile all'esecutore ai fini della proroga di detto termine.

Relativamente alla possibilità di considerare come causa di forza maggiore gli aumenti dei prezzi senza precedenti originati, oltre che dalla disordinata ripresa produttiva conseguente al superamento del *lock down* dovuto alla pandemia, dagli eventi bellici dell'Ucraina, va detto che formula del tutto analoga a quella dell'articolo 8, comma 4, lett. c) testé citato era stata annunciata nel decreto legge 21 marzo 2022, n.21, risultando,

peraltro, stralciata all'atto della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale con la motivazione dell'inutilità di ribadire, per casi specifici, un principio di generale vigenza.

Prendendo atto dell'affermazione, e nell'oggettiva evidenza di come le riferite circostanze possano porre a rischio l'esecuzione dei contratti, a partire dal rallentamento o dalla sospensione dell'attività giungendo sino alle istanze di risoluzione senza oneri per gli appaltatori, pare potersi sensatamente concludere circa l'utilizzabilità dello strumento del CCT per scongiurare i blocchi operativi dovuti a tali circostanze, e dare adeguato supporto a quanti dovranno opera le scelte nell'individuazione delle relative soluzioni.

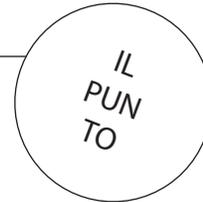
In tal senso, il coinvolgimento del CCT può riguardare tanto la gestione delle difficoltà esecutive legate all'impossibilità, temporanea o assoluta, di proseguire il rapporto, sia il riconoscimento dei costi non coperti dai meccanismi di revisione operanti per legge, con

la relativa quantificazione; allo stesso modo per aggiornare i prezzi dei singoli contratti applicativi di Accordi Quadro già stipulati, rispetto ai quali il legislatore prevede la possibilità, per le stazioni appaltanti, di procedere in via autonoma, così come per l'adeguamento dei prezzari necessari a determinare gli importi a base di gara; per tali finalità parrebbe, quindi, opportuno esercitare la facoltà di attivare i Collegi anche laddove non sussista un obbligo, ossia per importi sotto soglia comunitaria e, in ogni caso, per la fase cosiddetta *ante operam*.

**Aggiornamento dei
prezzi a base di gara
ed Accordi Quadro:
Collegi Consultivi
anche sotto soglia
e nella formula ante
operam**

L'affidamento in appalto del servizio di Tesoreria e gli istituti adottabili in caso di modifiche impreviste delle condizioni di mercato

di Beatrice Corradi



1. I presupposti della qualificazione del servizio di tesoreria come appalto di servizi. Il criterio di aggiudicazione

Al fine di inquadrare correttamente il servizio di tesoreria – dato dal complesso delle operazioni legate alla gestione finanziaria di un ente affidate ad un istituto bancario - può essere utile richiamare la giurisprudenza del Consiglio di Stato quando afferma *“che le concessioni, nel quadro del diritto comunitario, si distinguono dagli appalti non per il titolo provvedimento dell’attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, (che sarebbe un fenomeno tipico della concessione in una prospettiva coltivata da tradizionali orientamenti dottrinali), né per la loro natura autoritativa o provvedimento rispetto alla natura contrattuale dell’appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell’alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato”* (cfr. Sez. VI 15 maggio 2002, n. 2634; Consiglio di Stato, sez. V, 25/02/2014, n. 877).

Quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sostanzialmente sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone, tariffa o diritto, allora si ha concessione: è la modalità, tra l'altro, della remunerazione, quindi, uno dei tratti distintivi della concessione dall'appalto di servizi.

Si è di fronte ad una concessione quando l'operatore si assuma in concreto i rischi economici della gestione del servizio rifacendosi essenzialmente sull'utenza, mentre si ha appalto quando l'onere del servizio stesso grava sostanzialmente sull'amministrazione la quale paga un corrispettivo, sotto forma di canone ad esempio, al tesoriere (tale assunto è stato confermato anche dalla Corte di Giustizia CE - Corte Giustizia CE, Sez. III, 15 ottobre e 2009, C - 196/08).

Nella nuova definizione di "concessione", prevista dal d.lgs. 50/2016, si richiede la necessaria assunzione in capo al concessionario del "rischio operativo" legato alla gestione dei servizi, "in cui, in condizioni operative normali - per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili - non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti

per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione" (art. 3, comma 1 lett. zz), del d.lgs. 50/2016); ciò si differenzia da una prima qualificazione del servizio di tesoreria basato invece "sul conferimento di funzioni pubblicistiche quali il maneggio del denaro pubblico e il controllo sulla regolarità dei mandati".

Venendo meno la definizione di concessione quale traslazione delle funzioni pubbliche, è difficile poter qualificare il servizio di tesoreria quale contratto di concessione, proprio per l'assenza di un effettivo rischio ordinario operativo. Inoltre è di rilievo un altro elemento. Il servizio di tesoreria, ex art. 209 T.U.E.L., consiste nel complesso di operazioni legate alla gestione finanziaria dell'ente e finalizzate al pagamento delle spese,

alla custodia dei valori e titoli; pertanto lo
Quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sostanzialmente sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone, tariffa o diritto, allora si ha concessione: è la modalità, tra l'altro, della remunerazione, quindi, uno dei tratti distintivi della concessione dall'appalto di servizi.

Si è di fronte ad una concessione quando l'operatore si assuma in concreto i rischi economici della gestione del servizio rifacendosi essenzialmente sull'utenza, mentre si ha appalto quando l'onere del servizio stesso grava sostanzialmente sull'amministrazione la quale paga un corrispettivo, sotto forma di canone ad esempio, al tesoriere (tale assunto è stato confermato anche dalla Corte di Giustizia CE - Corte Giustizia CE, Sez. III, 15 ottobre e 2009, C - 196/08).

Nella nuova definizione di "concessione", prevista dal d.lgs. 50/2016, si richiede la necessaria assunzione in capo al concessionario del "rischio operativo" legato alla gestione dei servizi, "in cui, in condizioni operative normali - per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili - non sia garantito

il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione" (art. 3, comma 1 lett. zz), del d.lgs. 50/2016); ciò si differenzia da una prima qualificazione del servizio di tesoreria basato invece "sul conferimento di funzioni pubblicistiche quali il maneggio del denaro pubblico e il controllo sulla regolarità dei mandati".

Venendo meno la definizione di concessione quale traslazione delle funzioni pubbliche, è difficile poter qualificare il servizio di tesoreria quale contratto di concessione, proprio per l'assenza di un effettivo rischio ordinario operativo. Inoltre è di rilievo un altro elemento. Il servizio di tesoreria, ex art. 209 T.U.E.L., consiste nel

Quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sostanzialmente sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone, tariffa o diritto, allora, si è in presenza di una concessione. La modalità della remunerazione è il tratto distintivo della concessione, dall'appalto di servizi e questo è possibile verificarlo anche nel servizio di tesoreria.



complesso di operazioni legate alla gestione finanziaria dell'ente e finalizzate al pagamento delle spese, alla custodia dei valori e titoli; pertanto locoincidere (TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 28 novembre 2018, n. 2518).

2. Il regime di tesoreria unica

Il "servizio di tesoreria" in appalto include il complesso di operazioni legate alla gestione finanziaria di un ente e finalizzate in particolare alla riscossione delle entrate, al pagamento delle spese, alla custodia di titoli e valori ed agli adempimenti connessi previsti dalla legge, dagli Statuti, dai Regolamenti dell'ente, nel rispetto della Legge 29/10/1984 n. 720 e successive modificazioni ed integrazioni, la cui tabella A individua gli enti soggetti a regime di "tesoreria unica".

La tesoreria unica (TU) è un sistema di regole e procedure che accentra presso la tesoreria statale le risorse liquide di enti e organismi pubblici diversi dallo Stato.

Tale modalità riguarda tutti gli Enti e organismi pubblici la cui gestione finanziaria interessi "direttamente o indirettamente la finanza pubblica". Tali enti ricevono trasferimenti continuativi dallo Stato o da altri enti pubblici (anche se vi sono coinvolti anche gli enti cui è affidata la riscossione di entrate per conto dello Stato, ad esempio, le Camere di commercio).

Sono assoggettati al regime di tesoreria unica gli enti territoriali, del comparto sanitario, gli enti di ricerca, le università, le istituzioni scolastiche, gli enti previdenziali. Un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, periodicamente aggiornato, individua gli enti soggetti alla tesoreria unica.

Con apposite circolari il Ministero dell'Economia

e delle Finanze dispone regole procedurali e raccomandazioni. Al momento non sono presenti in tale elenco, ad esempio, i Consigli regionali.

Come si evince dai comunicati della Ragioneria Generale dello Stato: "L'evoluzione del rapporto finanziario tra lo Stato e gli Enti pubblici, con particolare riferimento agli enti territoriali, da un sistema a finanza derivata a un sistema regolato dai principi del federalismo fiscale, ha portato a ripensare il sistema di tesoreria unica, limitando

il versamento sui conti aperti presso la tesoreria statale ai soli trasferimenti provenienti direttamente dal bilancio dello Stato e consentendo agli Enti di mantenere le risorse diverse da quelle provenienti dal bilancio statale presso il proprio tesoriere bancario".

Quanto riportato è definito come "tesoreria unica mista", regime applicato a importanti categorie di enti, quali gli enti territoriali, quelli del servizio sanitario nazionale, le università.

Al momento però si applica, in via generale, un sistema di tesoreria unica "tradizionale" che presuppone che gli enti assoggettati, tranne alcuni enti di maggiori dimensioni che possono avere un'articolata organizzazione sul territorio nazionale, mantengano tutte le proprie risorse liquide su conti aperti presso la Banca d'Italia, ripartite in un sottoconto fruttifero, per le

entrate proprie, e in uno infruttifero per le altre entrate.

La tesoreria unica (TU) è un sistema di regole e procedure che accentra presso la tesoreria statale le risorse liquide di enti e organismi pubblici diversi dallo Stato. Un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, periodicamente aggiornato, individua gli Enti soggetti alla tesoreria unica. Con apposite circolari il Ministero dell'Economia e delle Finanze dispone regole procedurali e raccomandazioni. Al momento, ad esempio, non sono presenti in tale elenco i Consigli regionali.

3. La stima del valore di gara e del contratto di tesoreria. L'assoggettamento o meno all'imposta sul valore dei redditi dei servizi prestati

Le valutazioni che l'Amministrazione deve porre in essere quando predispone gli atti di gara devono

condurre alla corretta individuazione dell'importo massimo stimato, quale valore contrattuale dell'appalto (comprensivo di opzioni, rinnovi, proroghe).

La base d'asta, invece, rappresenta il dato economico di riferimento per gli appaltatori per la presentazione delle offerte economiche.

Nell'appalto *de quo* il valore complessivo tiene conto, naturalmente, di eventuali opzioni, in considerazione di possibili variazioni in fase di esecuzione anche in considerazione della natura del servizio e della relativa imprevedibilità e alea di rischio, in ogni caso, sempre presenti.

La conseguente base d'asta tiene conto di alcuni elementi tra cui: la giacenza media; i costi di tenuta di conto; le commissioni su bonifici e della remuneratività dell'operatore.

Con riferimento al regime IVA delle prestazioni fornite dal Tesoriere è utile introdurre il concetto di "accessorietà" della prestazione, ai sensi dell'art. 12 del Dpr. n. 633/1972 e delle pregresse risoluzioni dell'Agenzia delle Entrate (n. 216/E del 2002 n. 283/E del 2009) in base alle quali l'esenzione da IVA della prestazione principale, comporta che tutte le prestazioni ad essa accessorie scontino lo stesso regime IVA.

In particolare, la prestazione accessoria di una operazione esente Iva è anch'essa esente Iva, come definito inoltre dalla Cassazione, Sezione Tributaria, Sentenza n. 24029 del 16 novembre 2011. Secondo questa originaria posizione giurisprudenziale, se il servizio è considerato accessorio al medesimo si applica il regime di esenzione Iva ex 10, n. 1), Dpr. n. 633/1972, visti i contenuti di tale norma e le caratteristiche della prestazione principale di Tesoreria (cfr. Sentenza Ue C-463/16 del 18 gennaio 2018). In tal caso la prestazione complessiva è considerata unica, pur

constando di elementi distinti (tra cui, ad esempio, il servizio di amministrazione titoli e valori).

Al riguardo, sia la normativa comunitaria sia quella interna non danno una vera e propria definizione di accessorietà. Pertanto, al fine di determinare la portata della categoria è necessaria un'analisi, caso per caso, dei requisiti necessari per qualificare un'operazione come accessoria sulla base di quanto espresso dalla giurisprudenza comunitaria e dalla prassi nazionale.

I requisiti necessari per qualificare un'operazione come accessoria, secondo la prassi e gli orientamenti dell'Agenzia delle Entrate, presuppongono che: sia l'operazione principale che quella presunta accessoria convergono verso la realizzazione di un unico obiettivo; esista un nesso di dipendenza funzionale dell'operazione accessoria rispetto a quella principale.

In particolare, occorre che le prestazioni accessorie siano effettuate proprio per il fatto che esiste una prestazione principale, in combinazione con la quale possono portare a un determinato risultato e l'operazione accessoria venga posta in essere dal medesimo soggetto che realizza l'operazione principale. L'operazione accessoria deve infine avere lo scopo di integrare, completare o rendere possibile l'operazione principale.

Alla luce di quanto espresso, il principio di accessorietà comporta che una prestazione unica composta da più elementi distinti, uno principale e altri accessori, deve essere tassata alla sola aliquota iva applicabile a tale prestazione unica.

Si richiama, per completezza, l'ultimo parere - n. 8/2022 - dell'Agenzia delle Entrate il quale evidenzia che l'articolo 10, comma 1, n. 1), del d.P.R. n. 633 del 1972 prevede l'esenzione da IVA, tra le

Negli atti di gara occorre indicare sia l'importo a base d'asta, sia il valore complessivo stimato dell'appalto, che terrà conto di tutte le eventuali opzioni. Per gli appalti pubblici di servizi, e nello specifico con riferimento ai servizi bancari ed agli altri servizi finanziari, il valore da porre come base per il calcolo del valore stimato dell'appalto, comprende gli onorari, le commissioni da pagare, gli interessi e altre forme di remunerazione.



altre, per "le operazioni, compresa la negoziazione, relative a depositi di fondi, conti correnti, pagamenti, giroconti, crediti e ad assegni o altri effetti commerciali, ad eccezione del recupero di crediti"; inoltre, ai sensi del successivo n. 4) dello stesso articolo, sono esenti da IVA "le operazioni relative ad azioni, obbligazioni o altri titoli ... eccettuati la custodia e l'amministrazione dei titoli".

Sono quindi esenti da IVA le operazioni di "riscossione delle entrate" ed "il pagamento delle spese facenti capo all'ente"; prestazioni di servizio che rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 10, primo comma, n. 1), del d.P.R. n. 633 del 1972, il cui corrispettivo annuo è esente da IVA; qualora l'Amministrazione richieda - e questa sia resa - la custodia e l'amministrazione di titoli e valori, tale attività sarà invece soggetta ad IVA.

4. Modifiche delle condizioni e loro sostenibilità

In questi ultimi anni le procedure di gara aventi ad oggetto il servizio di tesoreria hanno rilevato frequentemente esiti infruttuosi, risultando, infatti, deserte. Le ragioni nascono in concreto dalle condizioni di mercato che costituiscono, ormai ordinariamente e soprattutto negli ultimi tempi, una alea di rischio troppo elevata, imprevedibile e non conveniente in termini economici nel medio termine, tanto da non permettere agli istituti di poter disporre di una programmazione adeguata, rispetto alle condizioni applicabili ai contratti pubblici.

Gli enti, a loro volta, dato quindi il citato contesto, devono adottare soluzioni al fine di ottenere, nei contratti pluriennali, condizioni economiche convenienti e soprattutto "controllabili", evitando

Secondo un originario orientamento qualora si sostenga l'esenzione da Iva della prestazione principale, tutte le prestazioni ad essa accessorie scontano lo stesso regime Iva. La prestazione accessoria, di una operazione esente Iva, è quindi anch'essa esente Iva. L'ultimo parere n. 8/2022 della medesima Agenzia richiama le disposizioni del d.P.R. n. 633 del 1972, art. 10, comma 1, n. 4, affermando in particolare l'applicazione dell'imposta, con riferimento alla custodia e amministrazione dei titoli, qualora la medesima prestazione sia stata resa.



proroghe od affidamenti diretti i cui contratti hanno breve termine.

Tra le soluzioni che l'ente potrà adottare in termini istruttori, vi è sicuramente la durata del contratto la quale potrebbe essere triennale, ad esempio, salvo rinnovo (e non quinquennale come generalmente accade) al fine di permettere al Tesoriere di impegnarsi per un periodo utile rispetto alle proprie valutazioni complessive di sostenibilità.

Altra soluzione procedurale potrà essere rappresentata dall'avviare il relativo procedimento con ampio anticipo, al fine di adottare rimedi amministrativi in caso di non partecipazione di alcun istituto di credito; garantendo, in ogni caso, continuità al servizio di tesoreria, il quale è necessario e normativamente previsto come servizio da

gestire da parte di soggetti terzi.

Gli atti di gara necessariamente dovranno prevedere modifiche delle condizioni economiche durante l'esecuzione del contratto - in conseguenza dell'imprevedibilità delle stesse, dato il verificarsi di particolari eventi nel mercato finanziario - le quali, per quanto possibile, saranno regolate in termine di revisione dei prezzi, ai sensi dell'art. 106 del D.lgs. 50/2016.

Le modifiche, derivanti quindi dalla sopravvenienza di nuove disposizioni applicabili al mercato di riferimento o di nuove situazioni di fatto connesse all'appalto, saranno relative e conseguenti, ad esempio, alla maggiore giacenza e/o alle variazioni in aumento dei tassi di riferimento sui depositi presso la BCE.

L'ente dovrà quindi individuare ed esprimere negli atti di gara, le regole da applicarsi in caso di modifiche - che si rileveranno necessarie - delle condizioni stabilite in sede di gara.

Ad esempio, nel caso in cui la giacenza media, durante l'esecuzione del contratto, si rivelasse superiore a quanto stabilito come giacenza media nel Capitolato, si applicherà una revisione delle condizioni proporzionale a quanto offerto.

A tal fine l'ente dovrà individuare negli atti di gara, il valore di giacenza superiore a quello dichiarato dalla stazione appaltante a seguito del quale si applicherà la revisione (in termini certi e proporzionali a quanto offerto). La stazione appaltante stabilirà inoltre che le condizioni (ad esempio trimestralmente, applicando nuove commissioni) saranno modificate a favore dell'affidatario, dato un determinato superamento della giacenza dichiarata.

Nel caso invece di variazioni in aumento del tasso d'interesse sui depositi presso la BCE, rispetto al tasso presente

al momento di pubblicazione del bando, con conseguenti condizioni più favorevoli per l'Affidatario, l'offerta economica dovrà adeguarsi, a decorrere dalla data di variazione del tasso, in misura corrispondente.

Le modifiche, derivanti dalla sopravvenienza di nuove disposizioni applicabili al mercato di riferimento o di nuove situazioni fattuali, sono relative e conseguenti, ad esempio, alla maggiore giacenza e/o alle variazioni in aumento dei tassi di riferimento sui depositi presso la BCE. In generale, per essere adottate, le suddette variazioni non devono alterare la natura generale del contratto o l'equilibrio economico del contratto.

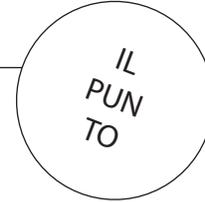


In generale le suddette variazioni non devono alterare, nè la natura generale del contratto, nè l'equilibrio economico, in quanto previste nella stima del valore complessivo e definite con clausole chiare negli atti.

Qualora vi siano le condizioni per la risoluzione del contratto (da parte del tesoriere) data l'impossibilità di interruzioni del servizio, il contratto dovrà prevedere l'impegno del tesoriere a garantire il servizio nelle more di altra soluzione amministrativa.

Inammissibile la modifica dell'offerta in sede di verifica di anomalia

di Riccardo Gai



1. Il principio di immodificabilità dell'offerta

Come noto, le procedure ad evidenza pubblica, mirando alla cura di interessi pubblici generali, sono ispirate al rispetto dei principi costituzionali ed eurounitari di imparzialità, buon andamento trasparenza, nonché ai principi di concorrenza e di par condicio tra gli operatori economici che prendono parte alla procedura concorsuale.

Corollario di tali principi è la vigenza in materia delle regole generali della immodificabilità e della non ambiguità dell'offerta, poste a garanzia della imparzialità e trasparenza nell'operato della stazione appaltante.

In applicazione del principio di immodificabilità dell'offerta, vanno esclusi dal novero degli elementi emendabili quelli che attengano alla sfera della valutazione di convenienza dell'operatore economico, il quale ben potrebbe aver interesse,

in virtù di sopravvenienze legate alle condizioni di mercato, o alla conoscenza delle condizioni d'offerta dei suoi concorrenti, a modificare la formulazione della propria offerta, e costruirsi così un vantaggio competitivo.

La stazione appaltante deve infatti osservare il rispetto dei principi di imparzialità, buon andamento e trasparenza di cui all'art. 97 della Costituzione, i quali impongono di garantire ad ogni operatore economico le stesse possibilità di accesso alla procedura di aggiudicazione, e gli stessi poteri competitivi, onde evitare inammissibili squilibri di mercato che, oltre a ledere la sfera degli interessi legittimi dei singoli partecipanti alla procedura, metterebbero a repentaglio lo stesso interesse pubblico generale, perimetrato dai principi di concorrenza, efficienza, efficacia ed economicità, consentendo ad un'impresa, potenzialmente incapace di adempiere alle richieste della gara, di rimettersi in gioco con indebite correzioni della propria offerta.

Si discute in dottrina e in giurisprudenza sull'operatività o meno del principio di immodificabilità dell'offerta anche per i casi di formulazioni imprecise, con conseguente elaborazione interpretativa della volontà contrattuale dell'impresa offerente.

La giurisprudenza prevalente sostiene in proposito che, in applicazione del principio di portata generale di immodificabilità dell'offerta, nelle gare pubbliche è ammissibile un'attività meramente interpretativa della volontà dell'impresa partecipante alla gara da parte della stazione appaltante, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, ma a patto che si giunga ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essa assunto.

In tal senso si è concordi nel sottolineare come il corretto svolgimento del procedimento di aggiudicazione presupponga l'effettività del contraddittorio tra stazione appaltante e concorrente, di cui costituiscono necessari corollari l'immodificabilità dell'offerta, la sicura modificabilità delle giustificazioni, nonché l'ammissibilità di giustificazioni sopravvenute e di compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e dia garanzia di una seria esecuzione del contratto.

Il principio di immodificabilità dell'offerta, volto a tutelare, come abbiamo detto, sia la *par condicio* fra i concorrenti, sia l'affidabilità del contraente, attiene quindi non ad ogni aspetto della stessa, bensì ai profili economici e tecnici essenziali della medesima.

Si è infatti evidenziato che le offerte, intese come atto negoziale, sono suscettibili di essere interpretate in modo tale da ricercare l'effettiva volontà del dichiarante senza peraltro attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta

In applicazione del principio di immodificabilità dell'offerta, vanno esclusi dal novero degli elementi emendabili quelli che attengono alla sfera della valutazione di convenienza dell'operatore economico, il quale ben potrebbe aver interesse, in virtù di sopravvenienze legate alle condizioni di mercato, o alla conoscenza delle condizioni d'offerta dei suoi concorrenti, a modificare la formulazione della propria offerta, e costruirsi così un vantaggio competitivo



medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente (V. Ex plurimis Cds, VI, n.978/2017; Cds, IV, n.1827/2016).

In particolare, la giurisprudenza si è orientata a ritenere che l'attività della commissione di gara debba essere limitata ad una mera correzione dell'errore di calcolo, al fine di non ledere in alcun modo in concreto la *par condicio* dei concorrenti.

In altre parole, tale attività <<integra, di conseguenza, un mero esercizio del potere – dovere di interpretazione dell'offerta alla luce degli elementi oggettivi in essa contenuti allorquando l'offerta economica appare

univoca e intrinsecamente coerente, nonché determinata e oggettivamente verificabile in tutti i suoi elementi>> (Cds, Sez. V, n.113/2018).

Il rilievo centrale della pronuncia in questione riguarda l'oggetto della correzione, ovvero il mero errore di calcolo; unico elemento dell'offerta in grado di essere corretto senza arrecare danno al diritto alla parità di trattamento dei concorrenti.

La citata sentenza continua infatti sottolineando che <<non vi è alcuna inammissibile attività manipolativa ad opera della Commissione quando si è limitata a correggere un mero errore materiale, a fronte di una volontà correttamente espressa dalla partecipante in relazione all'offerta economica, nei limiti indicati dalla consolidata giurisprudenza in materia: ed invero, l'errore materiale direttamente emendabile è soltanto quello che può essere percepito o rilevato *ictu oculi*, dal contesto stesso dell'atto e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive di una volontà agevolmente individuabile e chiaramente riconoscibile da chiunque>>.

In altri termini, l'obiettivo è quindi quello di evitare ogni forma di attività manipolativa a opera della Stazione appaltante al fine di non ledere in concreto i principi di parità e trasparenza.

2. Il principio di non ambiguità e il soccorso istruttorio

Accanto a quello di immodificabilità dell'offerta vi è certamente anche il principio di non ambiguità, anch'esso posto a presidio dei sommi principi di tutela della *par condicio* dei concorrenti, buon andamento, imparzialità e concorrenza, che presiedono all'attività della pubblica amministrazione.

Detto principio opera con riferimento alle ipotesi di offerte imprecise dal punto di vista contenutistico, tali da costituire un mezzo per alterare i risultati delle operazioni di valutazione già effettuati. Elementi fondamentali dell'offerta sono infatti la puntualità e l'esattezza del suo contenuto dispositivo, viceversa operando si consentirebbe la partecipazione alla gara di imprese non in possesso dei requisiti tecnico-economici necessari, che ciò nonostante potrebbero "speculare" sulla formulazione di un'offerta vaga, senza scoprire la presenza di propri elementi non concorrenziali, e confidando comunque in un successivo emendamento del difetto, dissimulandolo dietro istituti consentiti, quali ad esempio il soccorso istruttorio.

Nello specifico, occorre porre particolare attenzione al rapporto esistente tra il principio di non ambiguità e l'istituto del soccorso istruttorio, precisando, sulla base di consolidati principi di elaborazione giurisprudenziale, che il soccorso istruttorio non può essere utilizzato per correggere *ex post* le ambiguità contenute in un'offerta formulata in modo impreciso, poiché da ciò deriverebbe la deleteria conseguenza di consentire al

concorrente che ha formulato l'offerta ambigua, di correggere (o rettificare) la sua partecipazione a gara già avviata, conformandola utilmente al raggiungimento del risultato. Il che finirebbe con l'alterare la *par condicio* dei concorrenti.

Il soccorso istruttorio e/o l'acquisizione di chiarimenti volti ad ottenere precisazioni in ordine al concreto contenuto propositivo di un'offerta possono costituire utili strumenti procedurali atti a far chiarezza solamente nella misura in cui non diano la possibilità al concorrente di scegliere tardivamente fra due opzioni parimenti praticabili. In sostanza, occorre eliminare ogni rischio di interpretazioni alternative in caso di offerte che siano formulate in modo vago e ambiguo, che se corrette in corso d'opera con i chiarimenti o con il soccorso istruttorio, altererebbero senza dubbio la procedura concorsuale, permettendo una modifica dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione, con conseguente violazione dei principi di concorrenza e *par condicio* a tutela degli altri concorrenti, oltre che e dei principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento.

Emerge quindi lo stretto rapporto che lega i principi dell'immodificabilità dell'offerta e della non ambiguità con l'istituto del soccorso istruttorio, disciplinato dall'art. 83, co.9 del Codice dei contratti pubblici.

Nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, il soccorso istruttorio è lo strumento che consente infatti di rimediare ad eventuali

omissioni, incompletezze e/o irregolarità circa le informazioni e documenti necessari per la partecipazione ad una gara pubblica. Questo opera mediante integrazione o regolarizzazione

I giudici amministrativi hanno aperto la strada ad un'interpretazione maggiormente estesa del soccorso istruttorio nelle gare d'appalto, allargando gli orizzonti dell'applicazione dell'istituto medesimo, sino ad affermare che sussiste la possibilità di esperire un procedimento di soccorso istruttorio anche in relazione agli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica, nella misura in cui la richiesta della stazione appaltante sia finalizzata a ottenere dal concorrente chiarimenti che, senza assumere carattere integrativo dell'offerta, risultino esclusivamente mirati a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del medesimo concorrente (Cds, III, 9 febbraio 2021, n. 1225).

della documentazione già presentata ma risultata viziata da irregolarità o errori materiali.

La *ratio* dell'istituto è quella di limitare l'esclusione di un operatore economico ai soli casi di carenze gravi e sostanziali dei requisiti di partecipazione, attraverso la possibilità di integrazione o regolarizzazione di ogni elemento formale della domanda ad esclusione di quelli incidenti sull'offerta economica e tecnica, che rimangono quindi imm modificabili.

L'attuale Codice dei contratti conferma in particolare la sanabilità delle sole carenze "formali" degli elementi da produrre in sede di gara, ma non anche delle carenze "sostanziali" dei requisiti di partecipazione.

È quindi emendabile ad esempio l'errore materiale legato alla mancata allegazione della dichiarazione del costo complessivo dell'opera, se questo è ricavabile dalle varie componenti unitarie se specificate. Non può dirsi altrettanto per l'emendamento legato ad una modifica o all'inserimento ex novo di elementi che già *ictu oculi* devono risultare esistenti ed oggettivamente valutabili.

La portata applicativa dell'istituto è stata indagata anche dall'ANAC, che ha riconosciuto l'inevitabile intreccio del soccorso istruttorio con le cause tassative di esclusione. L'Autorità ha in tal senso ritenuto legittimo il ricorso al soccorso istruttorio al fine di integrare la documentazione e le dichiarazioni mancanti relative solo a requisiti di partecipazione già sussistenti, e questo anche nei casi in cui la *lex specialis* non lo prevedeva e comminava espressamente l'esclusione dalla gara (V. Parere di Precontenzioso n. 606 del 31/05/2017; Parere di Precontenzioso n. 1340 del 20/12/2017).

Sono invece esclusi dal soccorso istruttorio i vizi dell'offerta tecnica ed economica, dovuti a mancanza, incompletezza e ad ogni altra irregolarità, alla quale va quindi assimilata la modifica dell'offerta già presentata. Il comma 9 dell'art. 83 D. Lgs. 50/16 è chiaro nell'ammettere il soccorso istruttorio nelle ipotesi suddette, "con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica", nell'ottica del rispetto dei principi di concorrenza e parità del trattamento tra gli offerenti.

Tuttavia, i giudici amministrativi hanno aperto la strada ad un'interpretazione maggiormente estesa del soccorso istruttorio nelle gare d'appalto, allargando gli orizzonti dell'applicazione dell'istituto medesimo, sino ad affermare che sussiste la possibilità di esperire un procedimento di soccorso istruttorio anche in relazione agli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica, nella misura in cui la richiesta della stazione appaltante sia finalizzata a ottenere dal concorrente chiarimenti che, senza assumere carattere integrativo dell'offerta, risultino esclusivamente mirati a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del medesimo concorrente (Cds, III, 9 febbraio 2021, n. 1225).

Tale operazione prende il nome di "*soccorso istruttorio procedimentale*", da tenere ben distinto dal "canonico" soccorso istruttorio, che serve invece a regolarizzare e integrare dichiarazioni, documenti ed elementi diversi, per l'appunto, da quelli essenziali dell'offerta tecnica ed economica, al fine porre rimedio all'eventuale incompletezza, erroneità o carenza formale delle dichiarazioni e della documentazione presentate in gara.

3. Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta

Alla Stazione appaltante, ed alla commissione di gara da quest'ultima nominata, spetta dunque l'operazione valutativa delle offerte presentate dai concorrenti.

In particolare, può accadere che tali offerte risultino "anomale", per cui il D.lgs. 50/2016, all'art. 97, ha previsto che gli operatori economici siano chiamati a fornire, su richiesta della stazione appaltante, 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 dell'offerta.

In particolare, il predetto articolo 97 delinea due fattispecie di verifica di anomalia: una obbligatoria e una facoltativa.

Ai fini dell'attivazione della verifica cd. obbligatoria di anomalia (nelle ipotesi in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta

economicamente più vantaggiosa), è necessario che sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, siano entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara. Quindi, se i punti relativi al solo prezzo non sono pari o superiori a tale limite, non può essere attivata la verifica obbligatoria. Tuttavia, poiché la norma in esame richiama il successivo comma 6, che prevede la verifica cd. facoltativa di anomalia, può essere ciò nondimeno attivata tale seconda fattispecie di verifica.

La cd. verifica facoltativa dell'anomalia dell'offerta presentata in sede di gara pubblica, di cui al comma 6, ultima parte, dell'art. 97, d.lgs. n. 50 del 2016 configura una potestà ampiamente discrezionale, che prescinde dall'uso di particolari forme, salva la necessità della individuazione espressa degli indicatori che – in assenza della condizione di superamento dei 4/5 di entrambe le componenti tecnica ed economica dell'offerta predeterminata legislativamente per la verifica di anomalia – facciano ritenere l'opportunità di procedere alla suddetta verifica; pertanto la verifica facoltativa, a differenza di quella obbligatoria, è caratterizzata da una più ampia discrezionalità tecnica della stazione appaltante, che si estende anche all'an della verifica stessa.

Ciò detto, il procedimento è finalizzato ad accertare la complessiva attendibilità e serietà dell'offerta, sulla base di una valutazione, ad opera della stazione appaltante, che ha natura globale e sintetica e che costituisce, in quanto tale, espressione di un tipico potere

tecnico-discrezionale riservato, in via di principio insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che per ragioni legate alla eventuale (e soprattutto dimostrata) manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato dell'amministrazione, tale da rendere palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta, non potendo risolversi in una parcellizzazione delle singole voci di costo ed in una caccia all'errore nella loro indicazione nel corpo dell'offerta (v. Cds, V, n. 5283/2021; n. 4867/2021).

Il procedimento di verifica dell'anomalia è finalizzato ad accertare la complessiva attendibilità e serietà dell'offerta, sulla base di una valutazione, ad opera della stazione appaltante, che ha natura globale e sintetica e che costituisce, in quanto tale, espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato, in via di principio insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che per ragioni legate alla eventuale (e soprattutto dimostrata) manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato dell'amministrazione, tale da rendere palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta, non potendo risolversi in una parcellizzazione delle singole voci di costo ed in una caccia all'errore nella loro indicazione nel corpo dell'offerta (v. Cds, V, n. 5283/2021; n. 4867/2021).

Va detto inoltre che la verifica della congruità dell'offerta non ha, dunque, per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, ma mira ad accertare se in concreto essa, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto.

Secondo i consolidati principi di matrice giurisprudenziale, nelle gare pubbliche d'appalto, in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta o di mancata verifica della stessa, il giudizio della stazione appaltante, cui compete il più ampio margine di apprezzamento, costituisce esplicitazione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza; in tal caso, l'obbligo di motivare in modo completo e approfondito sussiste solo nel caso in cui la stazione appaltante esprima un giudizio negativo che faccia venir meno l'aggiudicazione,

non richiedendosi, per contro, una motivazione analitica nel caso di esito positivo della verifica di anomalia; di conseguenza incombe sul soggetto, che contesta l'aggiudicazione, l'onere di

individuare gli specifici elementi da cui il giudice amministrativo possa evincere che la valutazione tecnico-discrezionale dell'amministrazione sia stata manifestamente irragionevole ovvero sia stata basata su fatti erronei o travisati.

Ne deriva, da un punto di vista pratico, che il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della Pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma non procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica amministrazione e tale sindacato rimane limitato ai casi di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto.

Quanto, poi, al procedimento di verifica facoltativa dell'anomalia, è stato ulteriormente precisato che la Stazione appaltante dispone di una discrezionalità quanto mai ampia in ordine alla scelta se procedere a verifica facoltativa della congruità dell'offerta, il cui esercizio (o mancato esercizio) non necessita di una particolare motivazione e può essere sindacato solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto (v. Cds, VI, n. 604/2017).

4. La (inammissibile) modifica dell'offerta in sede di anomalia

Come abbiamo visto ai paragrafi che precedono, la verifica di congruità non è diretta ad evidenziare singole inesattezze dell'offerta (la c.d. "caccia all'errore"), ma mira ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile ed affidabile e, dunque, se sia o meno in grado di offrire serio affidamento circa la corretta esecuzione della prestazione richiesta e che, nell'ambito di tale indagine, la stazione appaltante goda di margini di discrezionalità tecnica per cui il proprio giudizio si configura come pressoché insindacabile.

Nella casistica giurisprudenziale, tuttavia, ci si è occupati di verificare se vi siano e quali siano, d'altro canto, i margini di "modificabilità" dell'offerta nell'ambito della verifica della congruità della stessa, e quanto sia perciò possibile "rimaneggiare" l'offerta medesima da parte del concorrente.

Ciò che rimane fermo è senz'altro il principio per cui l'offerta, una volta presentata, non è suscettibile di modificazione, pena la violazione della *par condicio* tra i concorrenti e fermo restando la legittimità di limitati aggiustamenti, pur essendo ammissibile che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e, dunque, inattendibili, l'impresa dimostri che, per converso, altre voci sono state inizialmente sopravvalutate e che, in relazione alle stesse, è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo di altre voci, fermo restando il valore complessivo dell'offerta presentata.

Come affermato dai giudici amministrativi, in sede di verifica delle offerte anomale, <<è da ritenere ammissibile una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo (rispetto alle giustificazioni eventualmente già fornite), lasciando, però, le voci di costo invariate, ovvero un aggiustamento di singole voci di costo che trovi il suo fondamento in sopravvenienze di fatto o normative, che comportino una riduzione dei costi, o che consistano in originari e comprovati errori di calcolo o in altre ragioni plausibili; è anche ammesso che l'impresa possa intervenire riducendo l'utile esposto, a condizione che tale voce non risulti del tutto azzerata, perché ciò che rileva è che l'offerta rimanga nel complesso seria>> (TAR Lombardia, I, 3 gennaio 2019, n. 1). Sempre ad avviso della medesima sentenza, anche se nel corso della verifica della congruità delle voci di costo, compreso quella della manodopera, è ammissibile la correzione di errori materiali, tuttavia l'errore materiale direttamente emendabile è soltanto quello che può essere percepito o rilevato *ictu oculi*, dal contesto stesso dell'atto e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive di una volontà agevolmente individuabile e chiaramente riconoscibile da chiunque. Tale principio è strettamente correlato a quello dell'immodificabilità sostanziale dell'offerta, posto a tutela sia della imparzialità e della trasparenza dell'agire della stazione appaltante, sia del valore della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici che prendono parte alla procedura concorsuale.

Nella specie la sentenza in rassegna ha rilevato che la circostanza che l'esposizione del costo della manodopera per 220.000,00 euro, in luogo del valore - successivamente indicato - di 620.196,27

euro, fosse riconducibile ad un mero errore materiale non integrasse un dato immediatamente emergente, *ictu oculi*, dalla lettura dell'offerta, tanto che la stessa concorrente aveva ritenuto di dover palesare l'esistenza di tale errore solo in risposta alla richiesta di chiarimenti avanzata dall'amministrazione. Onde tale errore non era riconoscibile e non poteva dare luogo a modifica dell'offerta.

A corollario dei principi sin qui passati in rassegna, si pone una recentissima sentenza con la quale è stato giudicato legittimo il provvedimento con il quale un Comune ha escluso una società da una gara indetta per la conclusione di un accordo quadro con un unico operatore economico, ai sensi dell'art. 54 comma 3 del d. lgs. 50/2016 (nella specie, si trattava di una gara per l'affidamento di lavori e di servizi di manutenzione e gestione strade), che sia motivato con riferimento al fatto che il concorrente interessato, in sede di verifica di anomalia dell'offerta, non si è limitato a particolari aggiustamenti, ma ha cercato di rimodulare l'offerta sulla base di giustificazioni generiche e non plausibili, così violando il principio di immodificabilità delle offerte **(TAR LOMBARDIA, I, 19 aprile 2022 n. 876)**.

Ad avviso dei giudici, in applicazione dei suddetti principi <<il concorrente sottoposto a valutazione di anomalia o di congruità, da un lato, non può fornire giustificazioni tali da integrare un'operazione di "finanza creativa", modificando, in aumento o in diminuzione, le voci di costo, pur mantenendo fermo l'importo finale, dall'altro, può introdurre limitati aggiustamenti, riducendo anche l'utile, a condizione che quest'ultimo non venga annullato o ridotto ad una misura inconsistente>>.

Più in dettaglio, <<il concorrente, fermo restando l'importo complessivo, può procedere a limitate correzioni, sicché si ritiene ammissibile che, a

fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l'impresa dimostri che, per converso, altre voci sono state inizialmente sopravvalutate e che in relazione alle stesse è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo di altre voci; in altre parole, è possibile una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo (rispetto alle giustificazioni eventualmente già fornite), lasciando, però, le voci di costo stesse invariate nella loro consistenza, ovvero un aggiustamento di singole voci di costo, che trovi il suo fondamento in sopravvenienze di fatto o normative, che comportino una riduzione dei costi, o in originari e comprovati errori di calcolo, o in altre ragioni plausibili voci>>.

Orbene, nel caso di specie <<la ricorrente non si è limitata a particolari aggiustamenti, ma ha cercato di rimodulare l'offerta sulla base di giustificazioni generiche e non plausibili; vale evidenziare che il Rup non ha contestato isolate voci di costo, ma ha evidenziato che l'offerta nel suo complesso, da un lato,

presenta notevoli margini di incertezza, dall'altro, non è giustificata rispetto a rilevanti voci di costo, infine, non è aderente all'offerta tecnica, che risulta modificata per aspetti tutt'altro che marginali>>.

I giudici hanno infine chiosato precisando che <<non è sufficiente affermare che il ribasso offerto trova giustificazione in: a) economie aziendali nella prestazione dei servizi; b) condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per le prestazioni dei servizi; si tratta, difatti, di giustificazioni generiche, prive di reali riscontri e non inserite nello specifico contesto della particolare organizzazione aziendale>>.

Il descritto orientamento giurisprudenziale pare costituire l'ideale crasi tra il principio di

Il concorrente sottoposto a valutazione di anomalia o di congruità, da un lato, non può fornire giustificazioni tali da integrare un'operazione di "finanza creativa", modificando, in aumento o in diminuzione, le voci di costo, pur mantenendo fermo l'importo finale, dall'altro, può introdurre limitati aggiustamenti, riducendo anche l'utile, a condizione che quest'ultimo non venga annullato o ridotto ad una misura inconsistente (TAR LOMBARDIA, I, 19 aprile 2022 n. 876)



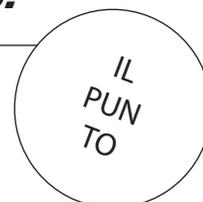
immodificabilità dell'offerta e la valorizzazione del contraddittorio procedimentale, anche alla luce del fatto che la legittimità dell'offerta debba essere valutata *ex ante*, al momento della sua presentazione e non in sede di esecuzione, onde evitare che la lettura dell'offerta, come operata dall'Amministrazione, determini una violazione del principio di parità di trattamento e di imparzialità, consentendo in astratto la modifica di un'offerta persino originariamente contrastante con il bando di gara.

Diversamente opinando, si avallerebbe un'indebita quanto inammissibile attività di indagine circa la volontà negoziale dell'offerente, che dovrebbe invece essere già ben determinata e verificabile in ogni suo elemento in modo oggettivo, oltre che univoca e intrinsecamente coerente.

“L’ANAC, il Codice e le locazioni”

La storia del convento veneziano che voleva diventare un hotel di lusso, almeno per 60 anni. Ma questa particolare riedizione della favola di Cenerentola, secondo l’ANAC, non si può fare!

di Emanuela Pellicciotti



Introduzione

Tra gli addetti ai lavori che si occupano anche di sviluppi edilizi, ha suscitato particolare attenzione la Delibera dell’ANAC n. 155 del 30 marzo 2022, con la quale l’Autorità ha sostanzialmente bloccato una operazione di valorizzazione di un immobile appartenente ad un ente pubblico veneziano, che sarebbe stato adibito ad *hotel de charme*, a fronte di un contratto di locazione della durata di 60 anni. Il vivo interesse scaturito dalla lettura della Delibera è soprattutto legato all’annoso (per non dire, “costoso”) tema più ampio della valorizzazione degli immobili appartenenti al patrimonio disponibile degli enti pubblici, in particolare di quegli immobili che necessitano di particolari cure manutentive e che, in mancanza di una adeguata valorizzazione, rischierrebbero concretamente di essere chiusi e dimenticati, “mancando” così alla funzione pubblicistica che gli è propria: quella della fruizione da parte dei cittadini.

Ebbene, il contesto in cui si muove la Delibera ANAC n. 155/2022 è sicuramente emblematico di questa problematica, e al contempo, è talmente “scenografico” da non potersi obliterare senza immedesimarsi nella disamina.

1. La storia del convento che voleva diventare un *hotel de charme*: ma l'ANAC dice "no"

Ebbene, nel cuore di una città a grande vocazione artistica e turistica come Venezia, precisamente alla Giudecca, sorge un antico convento (meglio, "ospizio"), un tempo destinato ad accogliere giovani orfane. Si tratta di un immobile del sedicesimo secolo che sembra sia stato progettato niente meno che dal Palladio.

L'immobile, che da tempo non è più destinato al suo scopo istituzionale, è nel patrimonio di un ente pubblico (nato nel 2020 dalla fusione di due istituzioni con scopo di assistenza pubblica), con finalità di socio assistenziale.

Il bene, quindi, è dichiaratamente patrimoniale e, come tale, valorizzabile.

Esso è stato concesso in "locazione", dapprima ad una società che l'ha trasformato in uno spazio per eventi artistici e, poi, in un albergo. Tutti i contratti di locazione sono stati stipulati con durata infra-novennale, ma nel 2019 la società conduttrice viene acquistata da un'altra società, leader dello sviluppo alberghiero "di lusso" e i notevoli investimenti necessari ad attuare la trasformazione in *hotel de charme* inducono a "ritoccare" – da un lato - la durata della locazione e – dall'altro lato – il canone.

E così, nel 2019, prima della fusione delle due istituzioni benefiche, l'immobile viene concesso in locazione per 30 anni ad una Società, che si impegna a trasformarlo in albergo di lusso, così provvedendo alla sua manutenzione e, in questo senso, anche alla valorizzazione.

Dopo la fusione, un'altra Società chiede di poter utilizzare l'immobile per il medesimo scopo e per altri 30 anni dalla scadenza della precedente "locazione" e l'ente proprietario acconsente ... ma non si avvede che le due conduttrici fanno capo al medesimo azionariato e centro di interesse.

A questo punto, nel dicembre 2021 l'ANAC chiede giustificazioni in ordine all'assegnazione – senza gara – di tali "locazioni", che secondo l'Autorità sono riconducibili (sostanzialmente) alla medesima Società (pur con una diversa ragione sociale), il che violerebbe il disposto dell'art. 1573 cod. civ. (in tal senso, la Suprema Corte, con sentenza n. 2137/2006 ha ricordato "il limite massimo previsto

dall'art. 1573 c.c. deve intendersi applicabile non solo quando sia stata pattuita sin dall'inizio una durata eccedente i trenta anni ma anche quando, pur pattuita una durata inferiore, sia stata in contratto altresì prevista la rinnovazione del rapporto per un numero indeterminato di volte, in quanto la pattuizione della rinnovazione è valida ed efficace soltanto nei limiti temporali del trentennio, altrimenti realizzandosi attraverso la pattuizione di successive rinnovazioni proprio ciò che la norma ha inteso escludere in occasione della prima stipulazione del rapporto, con conseguente elusione del divieto dalla stessa norma stabilito." E similmente ha argomentato anche con la sentenza n. 10869/2021), ma anche – e qui il rilievo di più stretta competenza dell'Autorità – i principi di imparzialità e libera concorrenza che presiedono anche all'accesso ai beni pubblici.

La ragione dell'estensione al caso di specie dei suddetti principi, che governano le gare pubbliche, è da ricercarsi non tanto nella natura oggettiva del negozio giuridico – infatti, la locazione è esclusa dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici (come precisa l'art. 17 del Codice stesso) –, quanto invece nella tipologia soggettiva dell'ente, proprietario del bene in questione.

L'ente attualmente titolare dell'immobile (di fatto "subentrato" nel "primo contratto" e parte effettiva del "secondo contratto"), infatti, è un "organismo di diritto pubblico", quindi "è tenuto" a rispettare il Codice dei Contratti pubblici per tutto ciò che attiene le procedure di acquisito e cessione (e anche locazione, a questo punto) di beni (in particolare, se tali beni appaiono di peculiare rilevanza pubblicistica, anche in ragione del loro particolare pregio artistico).

L'Autorità, poi, non manca di sottolineare che il compendio immobiliare in questione è "di altissimo valore e riconducibile ai "contratti attivi" della Pubblica Amministrazione", per i quali – ancora una volta – è necessario rispettare "i principi di economicità, imparzialità, trasparenza e pubblicità, ... proprio per le potenzialità economiche" che ne derivano.

La conseguenza di tali riflessioni apre uno scenario di grande attenzione, non solo per il caso concreto, ma anche per gli altri affidamenti di locazioni di beni pubblici, con finalità di valorizzazione dei beni stessi. Da qui, l'importanza di comprendere

le motivazioni poste a fondamento della suddetta Delibera dell'Autorità, verificando se ed in che misura siano "esportabili" a casi consimili.

Il "secondo" contratto di locazione (dal 2049 al 2079), infatti, è da ritenersi nullo per violazione dell'art. 1573 cod. civ. (*"Salvo diverse norme di legge, la locazione non può stipularsi per un tempo eccedente i trent'anni. Se stipulata per un periodo più lungo o in perpetuo, è ridotta al termine suddetto."*) e, quindi, perché colpito da nullità "per violazione di norma imperativa", ex art. 1344 cod. civ. Il che, peraltro, potrebbe porre il tema della possibile "conservazione degli effetti del contratto", ex art. 1424 cod. civ., in ossequio al principio per cui *"utile per inutile non vitiatur"*.

Ma secondo l'Autorità, anche il "primo" contratto di locazione (dal 2019 al 2049) è da ritenersi nullo, per essere stato affidato "in via diretta", in violazione dei principi di imparzialità e libera concorrenza di cui si è detto.

E tali vizi si estendono anche all'altro contratto. L'ANAC non ha la competenza di annullare il contratto (ovvero, i contratti) asseritamente illegittimo, però conclude per l'invio della propria Delibera ai soggetti interessati (per l'adozione di eventuali provvedimenti di tutela o autotutela) ed all'ente vigilante, la Regione Veneto, postulando l'avvio di una indagine in sede contabile.

E infatti, deduce: *"Così operando, tuttavia, il confronto concorrenziale non ha avuto modo di esplicarsi in alcun modo atteso che si è proceduto, sostanzialmente, all'affidamento diretto della gestione di un bene (locazione) che costituisce un'occasione di guadagno rilevante. Inoltre, il principio di economicità citato ... a sostegno della legittimità del proprio operato, se giustifica il ricorso al modulo della locazione onde assicurare lo sfruttamento delle potenzialità economiche del bene, non consente tuttavia di pretermettere il (concorrente e non alternativo) principio di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, tanto più nei casi in cui, come quello in esame, non è stata compiuta alcuna analisi dei costi/benefici derivanti da siffatta scelta. ... infatti, nel corso di istruttoria, ha indicato i vantaggi economici conseguiti attraverso le rinegoziazioni ed il relativo progressivo aumento del canone; tuttavia, non ha fornito elementi atti a comprovare la misura del risparmio conseguito*

attraverso il meccanismo della risoluzione anticipata e contestuale nuova stipula, rispetto alla disdetta al termine del contratto con indicazione di una procedura comparativa per l'individuazione del nuovo conduttore. Per le osservazioni di cui sopra, si ritiene che ... abbia disatteso le regole minimali di pubblicità, trasparenza e concorrenza richieste dall'art. 4 del d.lgs. 50/2016."

2. Il profilo soggettivo: perché il titolare dell'immobile è tenuto al rispetto del Codice dei Contratti pubblici

Innanzitutto, nella Delibera ci si concentra sulla natura pubblicistica dell'ente titolare dell'immobile. Da qui, secondo l'ANAC discende in limine l'applicabilità del Codice dei Contratti pubblici ai "contratti attivi" (da intendersi, questi ultimi, come i contratti dai quali il soggetto pubblico trae un introito di natura economica.).

La prima parte della Delibera in commento, quindi si apre con una attenta ricostruzione delle norme di riferimento applicabili agli enti con finalità socio assistenziali: l'attuale ente proprietario, infatti, non solo ha questa finalità, ma è nato dalla fusione – sancita da un Decreto regionale del dicembre 2019 – di due enti con le stesse finalità.

A seguito della sentenza della Consulta n. 396/1988 sembra venire meno l'aspetto pubblicistico di quelle particolari categorie di enti chiamati "IPAB" (Istituti Pubblici di Assistenza e Beneficenza), costituiti in forza del R.D. n. 2841/1923 che, quindi, *"potevano continuare a sussistere assumendo la personalità giuridica di diritto privato, qualora in possesso dei requisiti di un'istituzione privata."*

In seguito, con la L. n. 207/2001 (emanata in attuazione della Legge Delega n. 328/2000) le IPAB *"sono quindi entrate a pieno titolo nel meccanismo della produzione e dell'erogazione dei servizi di assistenza, sia mediante modelli gestionali e organizzativi di stampo aziendalistico, mantenendo la natura giuridica di diritto pubblico (ASP), sia trasformandosi in più flessibili schemi privatistici."*

Ma la vera e propria "svolta in senso pubblicistico" delle IPAB avviene, con la riforma del Titolo V della Costituzione, che ha assegnato alle Regioni

la competenza in materia di assistenza sociale e, di fatto, ha consentito a ciascuna Regione di *“produrre una legislazione differenziata e creando diversi sistemi di assistenza (pur richiamando, in molti casi, la legislazione statale di riferimento). Sulla base degli interventi di cui sopra, si è venuto delineando un sistema di ex IPAB caratterizzate da «una intensa disciplina pubblicistica con una notevole permanenza di elementi privatistici, il che conferisce ad esse una impronta assai peculiare rispetto ad altre istituzioni pubbliche ...una sorta di natura ibrida» (Corte Cost. sentenza n. 161/2012).”*. In questo alveo di discrezionalità, la Regione Veneto *“nonostante i vari progetti di legge presentati negli anni, non è ancora addivenuta ad un riordino della disciplina di cui trattasi”*.

Pertanto, l'ANAC desume la natura di *“organismo di diritto pubblico”* esaminando lo statuto e le finalità dell'ente (come previsto dall'art. 3, comma 1 lett. d) D.Lgs. n. 50/2016, ove si identifica l'*“organismo di diritto pubblico”* in quelle fattispecie in cui siano compresenti i tre requisiti esplicitati dalla norma stessa, cioè quello *“teleologico”*, quello *“personalistico”* e quello *“dell'influenza dominante”*) *“con le evidenti conseguenze in punto di disciplina applicabile.”*, perché *“La nozione di organismo di diritto pubblico deriva dalla disciplina europea dei contratti pubblici e risulta ispirata alle esigenze di tutela della concorrenza. La ratio sottesa agli interventi della Corte di Giustizia Europea sull'argomento in esame, si apprezza in merito alla necessità di prevenire, da parte di enti formalmente privati ma di fatto esercitanti attività di interesse generale non rientrante nel libero mercato, la possibile elusione delle norme sulla concorrenza ed in particolare l'obbligo di gara previsto dal Codice dei contratti pubblici per la pubblica amministrazione sottratta, ontologicamente, alla disciplina ed alle conseguenze del fallimento.”*.

In tale contesto, poi, è di particolare interesse l'inciso *“L'organismo di diritto pubblico ha rappresentato, e rappresenta, quindi, strumento essenziale di riequilibrio di mercato successiva al fenomeno delle privatizzazioni, concretizzatasi nell'annoso dibattito sulla qualificazione giuridica dei nuovi enti nonché, conseguentemente, sulla disciplina loro applicabile.”*.

L'Autorità rileva, nel caso dell'ente proprietario dell'immobile, la compresenza dei tre requisiti

normativamente richiesti per poter qualificare il soggetto come *“organismo di diritto pubblico”*: infatti, l'ente ha una propria soggettività giuridica, ha indiscutibilmente una finalità pubblicistica di interesse generale (*id est* l'assistenza sociale) e viene governato da un Consiglio di Amministrazione nominato interamente da soggetti pubblici (prefetto di Venezia e Comune di Venezia).

In sintesi, citando la decisione del Consiglio di Stato n. 6272 del 3 settembre 2021, *“ricorre il requisito teleologico se l'organismo è stato costituito da un soggetto pubblico appartenente al perimetro allargato della pubblica amministrazione, per dare esecuzione ad un servizio che è necessario, in quanto strettamente connesso alla finalità pubblica dello stesso. In questa prospettiva, dunque, i compiti assegnati all'organismo, e posti alla base della sua istituzione, assumono un carattere “preminente” rispetto alle modalità con cui vengono svolte le attività allo stesso demandate, poiché mentre i primi “sono alla base della nuova modalità organizzativa scelta per perseguire finalità amministrative di interesse generale, dunque concretizzano un particolare modo di auto-organizzarsi della pubblica amministrazione in riferimento al perseguimento di finalità che comunque le appartengono”, le seconde “riflettono il modo di porsi dell'organismo in rapporto al mercato”. Anzi, queste ultime sono destinate a cedere rispetto ai compiti assegnati, in quanto: “a) non sono espressamente citate dalle disposizioni, neppure quelle eurolunitarie; b) sono in realtà inidonee a differenziare con chiarezza l'azione pubblica da quella di un operatore economico privato [...]; c) sono potenzialmente mutevoli nel tempo, perché non si può escludere che de facto un'attività originariamente non remunerativa lo divenga nel tempo; e viceversa, perda, per l'andamento dei mercati – il cui grado di concorrenzialità buon ben variare – tale effettiva capacità: sicché si tratta di un indicatore in realtà instabile perché soggetto a contingenti circostanze esterne, dunque non preciso e dirimente.”*.

Nello specifico, la finalità di interesse generale si rinviene anche dalla considerazione che proprio i beni patrimoniali conferiti all'ente (tra cui, ovviamente, quello oggetto di locazione) assolvono a funzioni sociali e culturali (l'art. 5 dello Statuto dell'ente dispone che *“il patrimonio dell'Ente non può essere distolto dal perseguimento delle finalità istituzionali”*) e sono gestiti senza perseguire scopi

di lucro (non esiste alcuna norma statutaria che preveda distribuzione di utili, "a conferma del fatto che le rendite vengono utilizzate principalmente come forma di reinvestimento nelle attività statutariamente previste.").

Tale rilievo non è influente, giacché, come si osserverà in prosieguo, la natura stessa del contratto di "locazione" prevede che - alla scadenza - l'immobile torni nella disponibilità del proprietario, che lo utilizza "sic", per i suoi interessi (nel caso di specie, le finalità istituzionali dell'ente); e, per l'immobile di che trattasi, mal si concilia la trasformazione in *hotel de charme*, con le finalità socio-assistenziali (svolte non a livello imprenditoriale) del proprietario.

A seguito dell'analitica disamina, l'ANAC desume che l'ente non abbia ancora subito quella trasformazione in senso privatistico (ipotizzata dalla Consulta con la citata sentenza n. 161/2012) che consentirebbe di non applicare il Codice dei Contratti pubblici e, per converso, la riscontrata natura di Organismo di diritto pubblico conferma "la conseguente sottoposizione dell'attività contrattuale dell'ente alle regole dell'evidenza pubblica. Infatti, come già evidenziato ai sensi del combinato disposto degli artt. 1, comma primo e 3, comma primo lett. a) del d.lgs. 50/2016, l'organismo di diritto pubblico è amministrazione aggiudicatrice e dunque, dal punto di vista soggettivo, ... è tenuto ad applicare le disposizioni del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50".

Ma non è tutto. L'Autorità, infatti, ritiene applicabili i (soli) principi generali del Codice dei Contratti pubblici anche per ragioni oggettive, legate alla natura stessa dei contratti di "locazione".

3. Una breve digressione sulla natura dei contratti in esame

Prima di procedere con l'esposizione delle considerazioni dell'Autorità, sia consentita una breve digressione, volta ad illustrare le personali perplessità in ordine alla natura dei contratti in esame.

La locazione, infatti, è un contratto con una causa tipica, ben delineata dall'art. 1571 cod. civ. che qualifica la locazione come "il contratto con cui una parte ... si obbliga a far godere all'altra parte

... una cosa mobile o immobile per un dato tempo verso un determinato corrispettivo".

Nella causa tipica del contratto di locazione, quindi, non è prevista alcuna necessità di procedere alla trasformazione fisica dell'immobile e della sua destinazione d'uso, né alcun obbligo di valorizzazione immobiliare dell'asset. Anzi, sovente tali modifiche sono espressamente vietate.

Nei contratti di che trattasi, invece, l'immobile - inizialmente adibito prevalentemente ad ospitare attività culturali - è diventato un *hotel de charme*.

Da un lato, ha recuperato il suo splendore artistico, dall'altro viene utilizzato "dal locatore" a scopo di lucro e non per quegli "interessi generali" che identificano le finalità dell'ente titolare.

E, una volta retrocesso al proprietario a "fine-locazione", l'immobile - divenuto nel frattempo *hotel de charme* - come può assolvere alle finalità socio assistenziali proprie del titolare?

A questo punto, viene da domandarsi se i contratti in esame non siano più propriamente riconducibili ad una tipologia concessoria.

Certamente, nell'indagine sulla natura dei contratti di che trattasi, non si può dimenticare che la Direttiva Concessioni (n. 23/2014/UE) al "considerando" n. 15 prevede: "Inoltre, taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica ... mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva. Ciò vale di norma per i contratti di locazione di beni o terreni di natura pubblica che generalmente contengono i termini che regolano la presa di possesso da parte del conduttore, la destinazione d'uso del bene immobile, gli obblighi del locatore e del conduttore per quanto riguarda la manutenzione del bene immobile, la durata della locazione e la restituzione del possesso del bene immobile al locatore, il canone e le spese accessorie a carico del conduttore."

Apparentemente, dunque, i "beni di natura pubblica" (concetto ben più ampio rispetto ai "beni demaniali" del primo periodo) concessi in "locazione" - anche ai fini della modifica della destinazione d'uso - finalizzata allo sfruttamento dei beni stessi, non rientrano nel novero delle "concessioni".

A fortiori, quindi si comprende il dispositivo dell'art. 10, comma 8, lett. a) della stessa Direttiva, ove si prescrive che *"La presente direttiva non si applica alle concessioni per: ... a) l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni;"*.

Dunque, nel caso in esame si tratterebbe non necessariamente di un "contratto di locazione" - inteso nella causa tipica a questo attribuita - ma piuttosto di un modello molto simile a quello delle "concessioni" demaniali, ovvero le ben note "concessioni di valorizzazione", recentemente balzate alla ribalta della cronaca - ancora risuonano le decisioni "gemelle" dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 2021, cui recentemente ha fatto eco la Suprema Corte, Sez. III con la sentenza n. 15676 del 22 aprile 2022 - proprio per le medesime problematiche legate alle modalità di attribuzione e di rinnovo delle stesse.

In altre parole, quindi, è proprio la natura "ibrida" dei contratti di che trattasi, che esula dalla tipicità della locazione, che sembra riproporre le stesse tematiche già affrontate dall'Adunanza Plenaria e dalla Suprema Corte - e dalla Corte di Giustizia e dall'Autorità Antitrust prima di esse -, quasi invogliando l'ANAC ad esprimere anch'essa le sue considerazioni sul punto.

Ma anche l'ANAC non riesce - su questo punto - a fornire indicazioni precise sulle modalità da seguire per l'affidamento di questo tipo di "locazioni/concessioni" e così, anche in questa occasione, traspare l'esigenza di predisporre un "modello" a sé stante.

Proprio per tenere conto delle peculiarità legate alla manutenzione e sfruttamento commerciale degli immobili pubblici - che comunque deve tenere conto della fluttuante realtà urbanistica e socio-economica in cui detti immobili sono collocati - occorrerebbe predisporre un modulo

di gara affine alla concessione, o ad altri modelli di partenariato pubblico privato, che essendo "dedicato" alla rivalutazione e utilizzazione dei beni immobili pubblici, si potrebbe perciò denominare "partenariato per la valorizzazione".

Invero, questa tipologia di "concessione" non è che la moderna erede dei "programmi unitari di valorizzazione" e delle "concessioni di valorizzazione" che, sempre con particolare riguardo ai beni culturali, erano prototipi di strumenti di partenariato già disciplinati dall'art. 3-bis nel D.L. n. 351/2001 (convertito con la L. n. 410/2001), ove si preconizzava di attivare meccanismi di sviluppo e trasformazione urbana con i quali si poteva provvedere anche alla trasformazione in senso imprenditoriale dei beni pubblici, garantendone in definitiva la conservazione e la fruizione.

Lo stesso iter, poi, è stato ri-editato nella successiva stagione delle cartolarizzazioni, avviata con l'art. 58 L. n. 133/2008 - stavolta con l'importante distinzione che venivano escluse le locazioni dei beni pubblici, affidate all'Agenzia del Demanio con l'art. 12 L. n. 111/2011 -.

Il semplice meccanismo alla base di queste forme di partenariato consiste nell'individuazione di un immobile che necessita di attenzione e manutenzione, nel consentirne la riqualificazione, anche riconvertendone l'uso con finalità imprenditoriali ed affidandolo a soggetti privati, nel fissare la durata del contratto commisurandola all'equilibrio economico/finanziario degli investimenti effettuati.

Invece, l'Autorità si limita a ricordare: *"in ogni caso, per quanto concerne l'ambito di applicazione oggettiva dell'evidenza pubblica, occorre riferirsi anche principi generali dei Trattati a tutela della concorrenza, da cui derivano i principi di pubblicità, trasparenza, non discriminazione e mutuo riconoscimento. Tali principi sono stati dettati in maniera più specifica delle Direttive del 2014 in tema di appalti e concessioni di servizi e recepiti dal legislatore nazionale con il d.lgs. 50/2016."*. Ecco, quindi, il riferimento ai "principi generali" ispiratori delle Direttive euro-unitarie, trasfusi nel Codice dei Contratti Pubblici, ma nulla si dice sullo "strumento" utilizzabile, salvo (poco oltre) qualche accenno al modello della "gara informale, previa pubblicazione di un avviso pubblico o manifestazione di interesse".

Anche in questo caso, quindi, il Legislatore è il convitato di pietra presente al tavolo, ma non gli vengono "apparecchiati" gli strumenti per poter prendere una decisione, in termini normativi o almeno procedurali.

4. Il profilo oggettivo: perché anche un contratto di locazione di un immobile pubblico è assoggettato al rispetto del Codice dei Contratti pubblici

Come si è detto, l'Autorità ritiene che il negozio giuridico posto in essere sia riconducibile ai "contratti attivi" stipulati da uno dei soggetti tenuti all'applicazione del Codice dei Contratti pubblici.

E questo, indipendentemente dalla circostanza (che l'ente titolare non ha mancato di sottolineare) che i contratti attivi di locazione non sono soggetti alle disposizioni del D.Lgs. n. 50/2016.

"Nella comunicazione di avvio dell'istruttoria è stato invece evidenziato come il correttivo al Codice dei contratti (d.lgs. n. 56 del 2017) abbia inserito all'art. 4 del d.lgs. 50/2016 la locuzione "contratti attivi", recependo le indicazioni formulate dal Consiglio di Stato nel parere n. 782 del 30 marzo 2017. Ne consegue che l'affidamento dei contratti attivi, e dunque anche le locazioni quali quelle di cui trattasi, pur non essendo sottoposto alla disciplina di dettaglio del d.lgs. 50/2016, è comunque sottoposto all'osservanza dei principi generali a tutela della concorrenza previsti dall'art. 4 per tutti i contratti esclusi dall'ambito di applicazione oggettiva del Codice dei contratti pubblici.". Ciò, quindi, "avrebbe imposto, per l'individuazione del conduttore, l'espletamento quantomeno di una gara informale, previa pubblicazione di un avviso pubblico o manifestazione di interesse, che individuasse gli elementi essenziali del contratto di locazione ed i criteri di individuazione del locatore, assicurando l'attuazione dei principi comunitari di pubblicità trasparenza, imparzialità e par condicio, oltre che corollari del principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione."

L'ANAC, poi, riprende il *fil rouge* già presente nelle già citate decisioni "gemelle" dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 2021, osservando: "occorre altresì tenere conto

del vantaggio economico che i privati trarranno dal bene, espressamente adibito, in base ai contratti di locazione, a struttura ricettiva alberghiera, e dunque costituente un'occasione di guadagno rilevante, che avrebbe imposto, anche sotto questo aspetto, l'adozione di una procedura trasparente, con criteri di assegnazione prestabiliti, all'esito di una comparazione tra più soggetti potenzialmente interessati all'utilizzo del bene, a tutela dei principi comunitari pro-concorrenziali."

E, ancor più, l'Autorità sembra fare il controcanto all'Adunanza Plenaria quando sottolinea che: "per il diritto comunitario, infatti, i contratti pubblici costituiscono un'occasione di guadagno per gli operatori economici, essendo in grado di attribuire vantaggi economicamente rilevanti e di alterare il funzionamento del mercato. Le libertà economiche sancite dal Trattato e i principi di libero mercato e tutela della concorrenza sarebbero infatti vanificati se l'affidamento dei contratti pubblici che comportano un'occasione di guadagno venissero affidati sulla base di criteri non concorrenziali, in assenza di procedure in grado di assicurare la par condicio e la trasparenza."

Come si enunciava, però, al momento di indicare – come pure sarebbe nelle sue attribuzioni – una procedura corretta da seguire per l'assegnazione di queste tipologie di contratti, ebbene, in questo punto l'ANAC non procede oltre, riservandosi soltanto considerazioni di carattere generale.

Tra queste, emblematicamente, l'osservazione che risponde ai dubbi espressi dall'ente proprietario circa l'inapplicabilità del Codice dei Contratti pubblici alle locazioni: "L'obbligo di gara, ancorché informale, che si desume dai principi generali a tutela della concorrenza, è stato, infatti, esteso dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia anche ai contratti diversi da quelli oggetto delle direttive ... ai contratti gratuiti ma economicamente interessati ed ai contratti attivi. Tali contratti costituiscono infatti, un'opportunità di guadagno economicamente rilevante, anche indiretta, in grado di alterare il funzionamento del mercato".

Ma in questo inciso, probabilmente, v'è cercata quell'aportata "espansiva" della Delibera, che porta a ritenere i concetti espressi come "esportabili" ad altri casi consimili. Ove vi fossero dubbi, sul punto, l'Autorità reitera il motivo delle sue censure, appuntandole, infine, anche

contro la rinegoziazione del "primo contratto" di locazione: anche questa effettuata con modalità ritenute anticoncorrenziali e non sufficientemente trasparenti.

Secondo l'ANAC, infatti, l'ente titolare dell'immobile *"nel corso di istruttoria, ha indicato i vantaggi economici conseguiti attraverso le rinegoziazioni ed il relativo progressivo aumento del canone; tuttavia, non ha fornito elementi atti a comprovare la misura del risparmio conseguito attraverso il meccanismo della risoluzione anticipata e contestuale nuova stipula, rispetto alla disdetta al termine del contratto con indicazione di una procedura comparativa per l'individuazione del nuovo conduttore."*, perciò *"si ritiene che ... abbia disatteso le regole minimali di pubblicità...poste a tutela della trasparenza e concorrenza e richieste dall'art. 4 D.Lgs. 50/2016."*.

E *"tale meccanismo, che si traduce in sostanza in un affidamento diretto di un bene contendibile al livello comunitario, appare lesivo dei principi di libera concorrenza, par condicio e pubblicità al pari delle proroghe e dei rinnovi dei contratti pubblici, ammessi solo in ipotesi eccezionali, come ha più volte ribadito l'Autorità in materia di contratti di appalto (si vedano ex multis le Delibere n. 576 e 591 del 28 luglio 2021)"*.

Con riguardo all'ultima linea difensiva dell'ente proprietario – che sosteneva la sostanziale "convenienza" dell'operazione effettuata, con un maggiore introito in termini di canoni di locazione – l'Autorità ha ancora una volta posto in dubbio la bontà della strategia adottata; in particolare, ha sottolineato l'impossibilità di valutare la presunta "convenienza", in mancanza di prove comparative. Anche sotto tale aspetto, quindi, sarebbe stata auspicabile una indagine di mercato che avrebbe potuto consentire di verificare la convenienza di rinegoziare il contratto di locazione, in luogo della indicazione di una nuova procedura di affidamento.

E, nel frattempo, il vecchio convento si interroga su quando arriverà il suo momento di potersi legittimamente fregiare del titolo di *hotel de charme*: Cenerentola non abita nel 2022!

Il risarcimento della perdita di chance nell'ambito degli appalti

di Paola Cartolano

IL
PUN
TO

Premesse

Nell'ambito del diritto amministrativo il riconoscimento della risarcibilità della perdita di *chance* è giunto all'esito di una lenta evoluzione interpretativa in ambito giurisprudenziale.

In particolare, la figura della "*chance*" è stata individuata soprattutto con riferimento alle vicende legate alla contrattualistica pubblica.

I primordi del dibattito che hanno portato alla definizione della risarcibilità del danno da perdita di *chance* di possano rintracciare già nella storica pronuncia delle **Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 22 luglio 1999 n. 500** la quale ha statuito lo storico principio secondo il quale «*La lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, rientra*

nella fattispecie della responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto. Ciò non equivale certamente ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale. Potrà infatti pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo»

Con la richiamata pronuncia è stato quindi ritenuto **ammissibile il risarcimento della posizione giuridica soggettiva corrispondente all'interesse legittimo**, benchè con la precisazione per cui non si possa approdare ad una indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale, bensì si possa pervenire al risarcimento soltanto nel caso in cui l'attività illegittima della Pubblica Amministrazione abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimoeffettivamente si collega.

Detta storica pronuncia ha consentito il superamento dell'interpretazione restrittiva delle fattispecie di responsabilità extracontrattuale "privatistica" ai sensi dell'articolo 2043 c.c. oggetto di risarcimento, fino a giungere alla codificazione dell'azione risarcitoria ai sensi dell'articolo 30 c.p.a.¹, il quale riprende le medesime locuzioni contenute all'articolo 2043 c.c. ai fini della richiesta di ristoro di danno ingiusto per la lesione di un interesse legittimo.

La risarcibilità della perdita di *chance*, riconosciuta in ambito giurisprudenziale già prima dell'emanazione del Codice del Processo Amministrativo, con esplicito riferimento alla materia degli appalti è stata poi codificata

per effetto delle modifiche apportate all'art. 245-*quinquies*² del D.Lgs. 163/2006 (il quale nella versione originaria prevedeva il risarcimento dei danni per il solo "avente titolo all'aggiudicazione"), nella trasposizione della disciplina nell'ambito dell'art. 124 c.p.a.³.

Proprio il richiamo alla fattispecie dell'articolo 2043 c.c. nella citata sentenza delle Sezioni Unite e dal legislatore nell'articolo 30 c.p.a. e poi nell'art. 124 c.p.a. ha portato l'orientamento giurisprudenziale maggioritario ad inquadrare la responsabilità amministrativa nell'alveo della responsabilità aquiliana (extracontrattuale).

Uno dei principali profili applicativi nell'ambito del diritto amministrativo, a far data dalla suddetta storica pronuncia, è stato quello relativo all'ammissibilità del risarcimento del danno da *chance* perduta in relazione alla posizione giuridica di interesse legittimo.

Nell'ambito del diritto amministrativo il riconoscimento della risarcibilità della perdita di chance è di derivazione giurisprudenziale.



1. La lesione della chance

Il concetto di "lesione della *chance*" è stato impiegato in giurisprudenza amministrativa allo scopo di riconoscere una qualche tutela – seppur per equivalente – a fronte delle deluse aspettative del privato in ragione dell'illegittimo



1. Articolo 30 (Azione di condanna) c.p.a. «...2. Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica. 3. La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti...».

2. Articolo 245-quinquies (Tutela in forma specifica e per equivalente) D.Lgs. n. 163/2006«1. La tutela in forma specifica e per equivalente è disciplinata dal codice del processo amministrativo».

3. Articolo 124 (Tutela in forma specifica e per equivalente) c.p.a.«1. L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato. 2. La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile».

espletamento, od anche mancato espletamento, di un procedimento amministrativo.

In via generale, può dirsi che il danno da perdita di *chance* si verifica nel caso di definitiva perdita della possibilità, già concretamente esistente nel patrimonio del danneggiato, di conseguire un risultato vantaggioso ovvero di evitarne uno sfavorevole.

Trattasi di una figura dai confini labili, che ha registrato in ambito giurisprudenziale differenze applicative.

Il risarcimento della *chance* ha trovato ampia applicazione con riferimento agli appalti pubblici nell'ipotesi in cui il privato non aggiudicatario provi che a seguito dell'illegittima condotta della Stazione Appaltante sia stata negata la possibilità di conseguire un risultato utile (l'aggiudicazione) che tuttavia sarebbe stato prevedibile nel caso di condotta lecita da parte della Stazione Appaltante.

Più propriamente il danno da «perdita di *chance*» in giurisprudenza è stato definito «*da intendersi, in linea di principio, quale lesione della concreta occasione favorevole di conseguire un determinato bene, occasione che non è mera aspettativa di fatto, ma entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione*» (Consiglio di Stato, sez. V, 30.06.2015 n. 3249).

Ancora è stato di recente osservato che «*Mentre nel diritto privato le ipotesi più ricorrenti riguardano la responsabilità medica (quando si imputa la mancata attivazione di una cura o intervento sanitario il cui esito sarebbe stato tuttavia incerto), nel campo del diritto amministrativo la lesione della 'chance' viene invocata per riconoscere uno sbocco di tutela (sia pure per equivalente) a quelle **aspettative andate 'irrimediabilmente' deluse a seguito dell'illegittimo espletamento (ovvero del mancato espletamento) di un procedimento amministrativo** La fattispecie presa in considerazione è quella in cui il vizio accertato dal giudice amministrativo consiste nella violazione di una norma di diritto pubblico che – non ricomprendendo nel suo raggio di protezione*

Il danno da perdita da chance" è stato impiegato per riconoscere una qualche tutela del privato in ragione dell'illegittimo espletamento, od anche mancato espletamento, di un procedimento amministrativo



*l'interesse materiale – assicura all'istante soltanto la possibilità di conseguire il bene finale. L'«ingiustizia» del documento assume ad oggetto soltanto il 'quid' giuridico, minore ma autonomo, consistente nella **spettanza attuale di una mera possibilità**. Nella moderna economia di mercato, del resto, anche la diminuzione di probabilità di eventi patrimoniali favorevoli può rilevare come perdita patrimoniale, non solo i danni fisici intesi come distruzione di ricchezza tangibile.»* (Consiglio di Stato, sez. sez. VI, 13.09.2021 n. 6268).

2. L'accertamento del danno da perdita di *chance*

In ambito giurisprudenziale è stato sottolineato come in sede di azione di risarcimento per perdita di *chance*, «*poiché l'esigenza giurisdizionale è quella di riconoscere all'interessato il controvalore della mera possibilità – già presente nel suo patrimonio – di vedersi aggiudicato un determinato vantaggio, l'an del giudizio di responsabilità deve coerentemente consistere soltanto nell'accertamento del **nesso causale** tra la condotta antigiuridica e l'evento lesivo consistente nella perdita della predetta possibilità; la tecnica probabilistica va quindi impiegata, non per accertare l'esistenza della *chance* come bene a sé stante, bensì per misurare in modo equitativo il 'valore' economico della stessa, in sede di liquidazione del 'quantum' risarcibile; con l'avvertenza che, anche se commisurato ad una frazione probabilistica del vantaggio finale, il risarcimento è pur sempre compensativo (non del risultato sperato, ma) della privazione della possibilità di conseguirlo»* (Consiglio di Stato, sez. VI, 13.9.2021 n. 6268).

La perdita di *chance*, pertanto, ad avviso del medesimo Consiglio di Stato è risarcibile a condizione che il danneggiato dimostri la sussistenza di un valido nesso causale. Il Consiglio di Stato specifica, altresì, che la *chance* perduta da risarcire deve essere **di una certa entità** «...al fine di non riconoscere valore giuridico a *chance* del

tutto accidentali, va appurato che la possibilità di realizzazione del risultato utile rientri nel contenuto protettivo delle norme violate».

Sull'entità del danno il medesimo Consiglio di Stato nella recente pronuncia citata non ha mancato di rimarcare come «Al fine però di non incorrere in una forma inammissibile di responsabilità senza danno, è necessario che, per raggiungere la soglia dell'«ingiustizia», la 'chance' perduta sia 'seria'. A tal fine: da un lato, va verificato con estremo rigore che la perdita della possibilità di risultato utile sia effettivamente imputabile alla condotta altrui contraria al diritto; sotto altro profilo, al fine di non riconoscere valore giuridico a 'chance' del tutto accidentali, va appurato che la possibilità di realizzazione del risultato utile rientri nel contenuto protettivo delle norme violate. Al fine poi di scongiurare azioni bagatellari o emulative, il giudice dovrà disconoscere l'esistenza di un 'danno risarcibile' (1223 c.c.) nel caso in cui le probabilità perdute si attestino ad un livello del tutto infimo» (Consiglio di Stato, sez. VI, 13.09.2021 n. 6268).

Un'altra importante pronuncia del Giudice Amministrativo ci consente di delineare i **presupposti per il risarcimento da perdita di chance nelle aggiudicazioni degli appalti pubblici**: «La risarcibilità del danno da perdita di chance è stata riconosciuta nelle sole ipotesi in cui l'illegittimità dell'atto ha provocato, in via diretta, una lesione della concreta occasione di conseguire un determinato bene e quest'ultima presenti un **rilevante grado di probabilità (se non di certezza) di ottenere l'utilità sperata** (Cons. St., sez. V, 1° ottobre 2015, n.4592).

È stato, inoltre, chiarito, che, nelle pubbliche gare, il predetto diritto risarcitorio spetta solo se l'impresa illegittimamente pretermessa dall'aggiudicazione illegittima riesca a dimostrare, con il dovuto rigore, che la sua offerta sarebbe stata selezionata come la migliore e che, quindi, l'appalto sarebbe stato ad essa aggiudicato, con un elevato grado di probabilità (Cons. St., sez. V, 22 settembre 2015, n. 4431).

La perdita di chance è risarcibile a condizione che il danneggiato dimostri la sussistenza di un valido nesso causale tra il comportamento della stazione appaltante il danno lamentato



Il danneggiato risulta, perciò, gravato dell'onere di provare l'esistenza di un nesso causale tra l'adozione o l'esecuzione del provvedimento amministrativo illegittimo e la perdita dell'occasione concreta di conseguire un determinato bene della vita (Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2015, n.4115), con la conseguenza che il danno in questione può essere risarcito solo quando sia collegato alla dimostrazione della probabilità del conseguimento del vantaggio sperato, e non anche quando le chance di ottenere l'utilità perduta restano nel novero della mera possibilità (Cons. St., sez. IV, 23 giugno 2015, n.3147).

Mentre, infatti, nel primo caso (probabilità di conseguimento del bene della vita) appare ravvisabile un nesso causale, da valersi quale indefettibile elemento costitutivo dell'illecito aquiliano, tra condotta antiggiuridica e danno risarcibile, nella seconda ipotesi (mera possibilità di conseguimento del vantaggio perduto) risulta interrotta proprio la sequenza causale tra l'atto illegittimo e la perdita patrimoniale rivendicata dal danneggiato.

Nel caso, in cui, quest'ultimo non riesca a dimostrare che, senza l'adozione dell'atto illegittimo, avrebbe certamente (o molto probabilmente) conseguito il vantaggio che, invece, l'attività provvedimento lesiva gli ha impedito di ottenere, non appare ravvisabile alcuna perdita patrimoniale eziologicamente riconducibile all'atto invalido, nelle forme del lucro cessante e, cioè, nella perdita di un'occasione concreta e molto probabile di accrescimento del patrimonio del danneggiato» (Consiglio di Stato, sez. III, 9.2.2016 n. 559).

3. Il danno da perdita di chance negli appalti pubblici

Diverse sono le fattispecie oggetto di pronuncia da parte del Giudice Amministrativo, in particolare per le ipotesi di riconoscimento del danno da perdita di chance per mancata aggiudicazione ovvero in caso di illegittima scelta della Stazione Appaltante di affidare in via diretta un contratto. Nelle controversie aventi ad oggetto le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, la perdita

di *chance* può essere azionata in giudizi in cui viene dichiarata l'illegittimità dell'esclusione del concorrente da una gara o nei casi in cui il concorrente escluso dimostri che, se la procedura fosse stata regolarmente condotta, la sua offerta avrebbe avuto concrete probabilità di essere selezionata come la migliore, provando il nesso causale diretto tra la violazione accertata e la perdita patrimoniale in ragione della possibilità sottratta di conseguire l'aggiudicazione.

In taluni casi, in cui viene giudicato illegittimo l'affidamento diretto di un appalto ma non è possibile offrire tutela mediante **reintegrazione in forma specifica** (art. 124, comma 1, prima parte c.p.a.) a carattere integralmente satisfattorio (ovvero tramite il c.d. "subentro" nel contratto), l'impresa che lo ha impugnato riceve in via generale una tutela risarcitoria cd. **per equivalente** (art. 124, comma 1, seconda parte c.p.a.) per via della riformulazione della gara imposta all'esito del giudizio.

Come osservato in una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato in un caso in cui il danno da perdita di *chance* era lamentato per la mancata partecipazione ad altre procedure di gara., «secondo la costante giurisprudenza in materia **"la risarcibilità della "chance" di aggiudicazione è ammissibile solo allorché il danno sia collegato alla dimostrazione di una seria probabilità di conseguire il vantaggio sperato**, dovendosi, per converso, escludere la risarcibilità allorché la "chance" di ottenere l'utilità perduta resti nel novero della mera possibilità (ex multis Cons. Stato, Sez. IV, 23 giugno 15 n. 3147); pertanto "per ottenere il risarcimento del danno anche per perdita di una "chance" è, comunque, necessario che il danneggiato dimostri, seppur presuntivamente ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra la condotta lesiva e la ragionevole probabilità del conseguimento del vantaggio alternativo perduto e provi, conseguentemente, la sussistenza, in concreto, dei presupposti e delle condizioni del raggiungimento del risultato

sperato ed impedito dalla condotta illecita, della quale il danno risarcibile deve configurarsi come conseguenza immediata e diretta" ... Ed invero come chiarito anche da ultimo da Cons. giust. amm. Sicilia, 15 ottobre 2020, n. 914 "ai fini della risarcibilità di una perdita di chance la giurisprudenza insegna, infatti, che la relativa tecnica risarcitoria garantisce l'accesso al risarcimento per equivalente solo se la chance abbia effettivamente raggiunto un'apprezzabile consistenza, di solito indicata dalle formule "probabilità seria e concreta" o anche "elevata probabilità" di conseguire il bene della vita sperato; e che in caso di mera "possibilità" vi è solo un ipotetico danno, non meritevole di reintegrazione poiché in pratica nemmeno distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto (C.d.S., sez. V, 15 novembre 2019, n. 7845; IV, 23 settembre 2019, n. 6319; III, 27 novembre 2017, n. 5559); l'accoglimento della relativa domanda esige, pertanto, che sia stata fornita la prova, anche presuntiva, dell'esistenza di elementi oggettivi dai quali desumere, in termini di certezza o di elevata probabilità, ma non di mera potenzialità, l'esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile (Cass. civ., Sez. I, 13 aprile 2017, n. 9571; Sez. lavoro, 11 ottobre 2017, n. 23862)"» (Consiglio di Stato, sez. V, 11.04.2022 n. 2709).

Circa la **quantificazione del danno da perdita di chance negli appalti pubblici** con riferimento alle ipotesi di mancata aggiudicazione è stato osservato che «..il risarcimento del danno da perdita di chance (ex multis, Cons. Stato, V, 26 aprile 2018, n. 2527) esprime uno schema di **reintegrazione patrimoniale** riguardo un bene della vita connesso ad una situazione soggettiva che, quando è sostitutiva di una reintegrazione in forma specifica come nei contratti pubblici, poggia sul fatto che un operatore economico che partecipa ammissibilmente a una procedura di evidenza pubblica, per ciò solo, è stimabile come portatore di un'astratta e potenziale chance di aggiudicarsi il contratto (così come chiunque, in generale, partecipi ad una procedura comparativa per la possibilità di conseguire il bene o l'utilità messi

**Negli appalti
la risarcibilità
della "chance" di
aggiudicazione è
ammissibile solo
allorché il danno
sia collegato alla
dimostrazione di una
seria probabilità
di conseguire il
vantaggio sperato**

a concorso). La chance iniziale e virtuale, che muove dall'essere in potenza la medesima per tutti i concorrenti, varia poi nel concretizzarsi e diviene misurabile in termini: non trattandosi di competizione di azzardo ma di contesa professionale in cui occorre mostrare titoli e capacità, diviene effettiva e aumenta o diminuisce nel corso della procedura fino a concentrarsi nella dimensione più elevata in capo all'operatore primo classificato al momento della formulazione della graduatoria finale, sfumando progressivamente in capo agli altri...».

Alla luce di detto assunto, il Consiglio di Stato ha rilevato che «...se, nel corso della procedura, condotte illegittime dell'amministrazione contrastano la normale affermazione della chance di aggiudicazione, viene leso l'interesse legittimo dell'operatore economico e - se è precluso anche il bene della vita cui l'interesse è orientato - è lui dovuto il risarcimento del danno nella misura stimabile della sua chance perduta...», secondo una tecnica risarcitoria che «...impone un ulteriore necessario passaggio: posto che l'illegittima condotta dell'amministrazione ha determinato un danno risarcibile nei termini indicati, **per la sua quantificazione occorre definire la misura percentuale che nella situazione data presentava per l'interessato la probabilità di aggiudicazione - la chance appunto - tenendo conto della fase della procedura in cui è stato adottato l'atto illegittimo e come poi si sarebbe evoluta...Si tratta di passaggio necessario: per la giurisprudenza l'operatore può beneficiare del risarcimento per equivalente solo se la sua chance di aggiudicazione ha effettivamente raggiunto un'apprezzabile consistenza, di solito indicata dalle formule "probabilità seria e concreta" o anche "significativa probabilità" di aggiudicazione del contratto...la quantificazione percentuale della figurata lesione della chance identifica la dimensione effettiva di un lucro cessante; del resto, l'operatore che partecipa alla gara non è titolare attuale di un elemento patrimoniale che viene leso dall'attività amministrativa, ma di una situazione soggettiva strumentale al conseguimento di un'utilità futura» (Consiglio di Stato, sez. V, 11.7.2018 n. 4225).**

La giurisprudenza negli anni ha operato con una quantificazione per equivalente spettante al concorrente escluso illegittimamente, con una valutazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c..

La giurisprudenza negli anni ha operato con una quantificazione per equivalente spettante al concorrente escluso illegittimamente, con una **valutazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c..**

Sul punto, «*Il risarcimento per equivalente della perdita di chance di aggiudicazione dell'appalto in caso di annullamento degli atti della procedura può essere quantificato con la tecnica della determinazione dell'utile conseguibile in caso di vittoria, scontato percentualmente in base al numero dei partecipanti alla gara*» (Consiglio di Stato, Sez. VI, 11.3.2010, n. 1443). E ancora, «*Il risarcimento per equivalente della perdita di chance viene quantificato con la tecnica della determinazione dell'utile conseguibile in caso di vittoria, scontato percentualmente in base al numero dei partecipanti alla gara o concorso*» (Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 maggio 2002, n. 2485).

In altri casi in cui non era possibile determinare la spettanza del bene (aggiudicazione) in via probabilistica e percentuale la giurisprudenza ha definito tale probabilità solo con la c.d. "ripetizione della gara virtuale", ovvero mediante la nomina di una nuova commissione con il compito di effettuare, esclusivamente ai fini risarcitori, il giudizio tecnico relativo alle offerte e alla formazione della graduatoria.

Sul punto, «*L'appello deve, in conclusione, essere accolto, nei termini di cui sopra e, poiché il presente giudizio è quello proposto per l'ottemperanza al giudicato, va disposta la ripetizione virtuale della gara di cui si tratta. A tal fine, la Sezione dispone che la commissione*

sia composta da tre membri... La commissione, così nominata, acquisirà immediatamente gli atti di gara dalla stazione appaltante, darà alle parti comunicazione, presso i domicili eletti per questo grado del giudizio, salvo diversa comunicazione, dell'inizio dei lavori e concluderà gli stessi entro sessanta giorni dalla consegna degli atti, dandone comunicazione alle parti con le stesse modalità di cui sopra» (Consiglio di Stato, Sez. VI, 11.1.2012, n. 105).

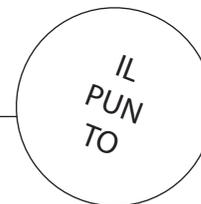
4. Conclusioni

L'analisi del danno da perdita di *chance* nelle gare di appalto, nei presupposti fondanti come individuati in ambito giurisprudenziale, individua detta *chance* come riferita alla possibile occasione contrattuale rispetto alla partecipazione a una procedura di gara.

Come visto, tuttavia, incombe sul ricorrente danneggiato il gravoso onere di dimostrare in concreto gli elementi costitutivi del titolo risarcitorio, in particolare il nesso di causalità tra il comportamento della stazione appaltante il danno da perdita di *chance* lamentato, ai fini della corretta formulazione della domanda giudiziale così da consentire al giudice da valutarne l'accoglimento o il rigetto.

Clausola sociale e piano di riassorbimento del personale

di Stefano Usai



Premessa

Recentissima giurisprudenza ha avuto modo di tornare sulla questione dei rapporti tra la c.d. clausola sociale (art. 50 del Codice dei contratti) la cui funzione è quella di mantenere stabile il livello occupazionale prevedendo l'esigenza del prioritario assorbimento del personale già alle dipendenze del pregresso affidatario da parte del nuovo aggiudicatario e il c.d. piano di riassorbimento.

1. Il piano di riassorbimento del personale

Il piano di riassorbimento trova una sua puntuale disciplina nelle linee guida ANAC n. 13/2019 pubblicate in Gazzetta Ufficiale 28/02/2019, n. 50. Si tratta delle linee guida vincolanti visto che dalle indicazioni in esse contenute l'eventuale scostamento richiede adeguata motivazione.

In relazione al piano di riassorbimento nel documento si legge che "La stazione appaltante prevede, nella documentazione di gara, che il concorrente alleggi all'offerta un progetto di assorbimento, comunque denominato, atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico)".

Si tratta, nella ricostruzione dell'ANAC di un documento che illustra, pertanto, la strategia che l'operatore intende proporre in sede di offerta circa l'assorbimento e l'utilizzo del personale del pregresso affidatario in applicazione, appunto, della clausola sociale.

È bene annotare che secondo la giurisprudenza in relazione alla compilazione del piano in parola la stazione appaltante può prevedere anche l'assegnazione di uno specifico punteggio (in questo senso lo stesso parere del Consiglio di Stato n. 2703/2018).

La possibilità in parola, di assegnare uno specifico punteggio, non ripresa dall'ANAC nella predisposizione definitiva, oggettivamente, complica il compito dell'appaltatore visto che la clausola sociale, in realtà, secondo la lettura effettuata anche in sede comunitaria non introduce un autentico obbligo assunzionale. Si tratta, in realtà, di un vincolo temperato nel senso che la percentuale di assorbimento del personale viene stabilita autonomamente dall'appaltatore in base alle proprie esigenze organizzative.

È chiaro che se sul piano si prevede l'assegnazione di un punteggio lo stesso farà parte non della documentazione amministrativa ma di atto che deve essere inserito nella proposta tecnico economica incidendo anche sull'attivazione del soccorso istruttorio integrativo (art. 83, comma 9 del Codice).

Per intendersi, se il piano fa parte della documentazione amministrativa, la stazione appaltante in caso di omessa produzione è tenuta ad attivare il soccorso istruttorio e l'eventuale produzione sana il difetto. Nel caso in cui, evidentemente, la documentazione in parola debba essere inserita o compresa nei documenti dell'offerta l'eventuale carenza, trattandosi di carenza sostanziale dell'offerta tecnico/economica non potrà consentire il soccorso istruttorio integrativo.

In relazione al primo aspetto, del resto, le stesse linee guida precisa che solo "la mancata presentazione del progetto, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio (...)" determina l'esclusione.

Ed è proprio su questo aspetto che si sofferma recentissima giurisprudenza fornendo una lettura che non emerge dalle linee guida in argomento.

2. La mancata produzione del piano di riassorbimento

Secondo le linee guida, la mancata produzione del progetto di riassorbimento determina esclusione dalla competizione equivalendo "a mancata accettazione della clausola sociale".

In sostanza, sulla questione del soccorso istruttorio in relazione alla clausola sociale occorre quindi distinguere due ipotesi: la prima riguarda la dichiarazione di accettazione della clausola sociale, la seconda attiene agli adempimenti connessi al piano di riassorbimento.

Se all'atto della presentazione della domanda manca la dichiarazione o è assente il piano, il RUP deve attivare il soccorso istruttorio la mancata integrazione dell'una o dell'altra determina, secondo l'ANAC, estromissione del concorrente.

Non si legge, nelle linee guida una ulteriore ipotesi che invece è stata prospettata dalla giurisprudenza ovvero il caso in cui l'appaltatore presenta la documentazione di gara accettando la clausola ma non produce il piano di riassorbimento nonostante l'attivazione del soccorso istruttorio.

In questo caso, come visto, per l'ANAC la mancata produzione equivale a mancata accettazione non così per la recente giurisprudenza.

3. La recente giurisprudenza

La questione viene affrontata e risolta dal Consiglio di Stato, sez. III, con la recente sentenza n. 2814/2022.

Nel caso di specie, il ricorrente, già soccombente in primo grado (Tar Piemonte, sez. I, sent. n. 747/2021) ribadisce l'illegittimità dell'aggiudicazione per effetto della mancata presentazione, "a corredo dell'offerta, del progetto di assorbimento del personale, in violazione di quanto prescritto dal Capitolato tecnico".

È bene annotare che secondo la giurisprudenza in relazione alla compilazione del piano in parola la stazione appaltante può prevedere anche l'assegnazione di uno specifico punteggio (in questo senso lo stesso parere del Consiglio di Stato n. 2703/2018)

Già in primo grado si è valorizzato l'aspetto sostanziale delle dichiarazioni dell'operatore che, pur senza presentare l'allegato (il progetto di riassorbimento) ha adempiuto sostanzialmente alle richieste della legge di gara accettando la clausola sociale ed "illustrando *in primis* le concrete modalità di applicazione relativamente al numero dei lavoratori nei cui confronti verrà applicata la clausola ed *in secundis* l'inquadramento e il trattamento economico applicabili".

Questa riflessione viene condivisa dal Consiglio di Stato stante le precisazioni contenute nella relazione tecnica presentata.

Effettivamente, l'appaltatore dichiarava di impegnarsi ad assumere tutto il personale avente diritto alla assunzione (in realtà, è bene evidenziare che detto personale ha solo una prerogativa e non un autentico diritto ad essere assorbito) dichiarando altresì di rispettare "l'inquadramento contrattuale ed il relativo trattamento economico in essere con il precedente gestore, qualora sufficiente a coprire tutti i turni di servizio necessari per il corretto svolgimento dello stesso".

A questo punto, praticamente, la giurisprudenza – ed in specie il Consiglio di Stato -, forniscono pertanto una mera lettura formale dell'adempimento collegato al piano di riassorbimento. Per intendersi, il piano di riassorbimento potrebbe essere considerato come adempimento in realtà non necessario a differenza di quanto precisa l'ANAC con le linee guida n. 13. Ulteriori, sia consentito, formalismi che oggettivamente finiscono con l'appesantire il procedimento d'appalto.

In realtà, come prosegue la sentenza, una lettura di questo tipo non appare corretta visto che lo stesso Consiglio di Stato ne evidenzia l'esigenza – a differenza di quanto previsto nelle linee guida -, di tipo, si potrebbe dire residuale ovvero: il piano di riassorbimento è necessario nel momento in cui l'offerente non intende assumere in toto (visto che non è obbligato) il personale.

In questo senso, è interessante, sotto il profilo pratico, l'ulteriore interpretazione fornita dal giudice secondo cui dalla mancata produzione del documento formale non si può rilevare il tentativo dell'aggiudicatario di sottrarsi "dagli impegni rivenienti dalla clausola sociale".

In realtà, si legge in sentenza, l'obbligo previsto dalle linee guida n. 13, laddove affermano l'obbligo per il concorrente di presentare a corredo dell'offerta un progetto di assorbimento atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, deve essere inteso nel senso che tale produzione è obbligatoria ma solo se l'impegno, che l'appaltatore intende assumere, è parziale.

Più nel dettaglio, l'obbligo formale di produzione si deve ritenere imposto quando "l'assorbimento non è totale" e "presenta limitazioni per qualifiche, variazioni sul piano contrattuale o tempistiche particolari e differenziate, ma

certamente è ridondante ove, come nel caso di specie, il rispetto della clausola sociale sia promesso in senso assoluto (totale assorbimento nel pieno rispetto dei contratti in essere col precedente gestore)".

La giurisprudenza – ed in specie il Consiglio di Stato -, forniscono pertanto una mera lettura formale dell'adempimento collegato al piano di riassorbimento. Per intendersi, il piano di riassorbimento potrebbe essere considerato come adempimento in realtà non necessario a differenza di quanto precisa l'ANAC con le linee guida n. 13

4. Considerazioni

La sentenza, pur autorevole, presenta aspetti non totalmente persuasivi. La prima questione che si pone sotto il profilo pratico è che dalla redazione del progetto di riassorbimento la misura dell'impegno che l'appaltatore assume – soprattutto se prevista l'assegnazione di un punteggio -, è chiara ed univoca. Nel caso di una mera dichiarazione, in cui l'appaltatore si impegna ad assorbire tutto il personale non sembra possibile la stessa affermazione. Con la sola clausola, ad esempio, l'appaltatore potrebbe opporre l'interpretazione comunitaria (e della giurisprudenza consolidata ed unanime) secondo cui non esiste un reale obbligo di riassorbimento della totalità del personale pregresso. Così come non è rinvenibile

l'applicazione dello stesso contratto e/o il mantenimento di pari condizioni/mansioni. Il personale, ad esempio, potrebbe essere utilizzato per mansioni diverse purché equivalenti rispetto alla pregressa adibizione.

L'accettazione della sola clausola, per intendersi, sembra non in grado di garantire la stazione appaltante sugli obblighi conseguenti. Mentre una chiara predisposizione del piano di riassorbimento consente di comprendere chiaramente la misura degli obblighi che l'appaltatore intende assumersi.

Del resto, in relazione all'accettazione della clausola sociale la stessa ANAC puntualizza che tale accettazione deve essere intesa nel senso che il vincolo conseguente è condizionato dalla decisione dell'appaltatore e dalle sue esigenze organizzative.

Ulteriore questione, poi, è che le stesse linee guida rammentano che la stazione appaltante implica il rispetto delle obbligazioni assunte dall'appaltatore che saranno "oggetto di monitoraggio da parte della stazione appaltante durante l'esecuzione del contratto".

Si ripete, il rischio, nella sola accettazione della clausola senza piano, è che l'appaltatore possa eccepire di non avere alcun obbligo perché, ad esempio, con la propria organizzazione è in grado di eseguire il contratto senza necessità di ulteriori assunzioni.

5. Clausola sociale e contratti del recovery fund

La questione della clausola sociale, per effetto dei provvedimenti semplificazione (DL 76/2020 e DL 77/2021) ora di obbligatorio inserimento anche negli appalti sottosoglia (sempre che l'appalto sia caratterizzato dall'alta intensità di

La questione della clausola sociale, per effetto dei provvedimenti semplificazione (DL 76/2020 e DL 77/2021) ora di obbligatorio inserimento anche negli appalti sottosoglia (sempre che l'appalto sia caratterizzato dall'alta intensità di manodopera come previsto ai sensi dell'articolo 50 del Codice) assume rilievo anche in relazione ai contratti del PNRR ed ai cc.dd. obblighi assunzionali di cui all'articolo 47 del DL 77/2021



manodopera come previsto ai sensi dell'articolo 50 del Codice) assume rilievo anche in relazione ai contratti del PNRR ed ai cc.dd. obblighi assunzionali di cui all'articolo 47 del DL 77/2021.

La norma in parola, infatti, obbliga le stazioni appaltanti a prevedere l'assunzione - qualora necessario per l'esecuzione del contratto - di una percentuale, anche, di "genere" (e favorire l'occupazione giovanile) nella misura minima del 30% della forza assunzionale da assumere (tanto da parte dell'appaltatore ma anche dello stesso, eventuale, subappaltatore). Si tratta di obbligo che in certi casi può essere ricalibrato al ribasso qualora il mercato non consenta assunzioni di genere nella misura predetta. La determina a contrarre, dovrà riportare ovviamente adeguata motivazione.

Le stesse linee guida elaborate dal MIMS del 7 dicembre pubblicate in G.U. a fine anno però prevedono delle esclusioni dall'obbligo in parola.

L'obbligo ad esempio recede nel caso in cui il contratto preveda la clausola sociale (che costituirà una costante nei servizi ad alta intensità di manodopera).

In sostanza, il Ministero ha ritenuto che, in presenza della clausola sociale introdurre l'ulteriore obbligo assunzionale ex art. 47 del DL 77/2021 avrebbe per effetto di penalizzare eccessivamente l'aggiudicatario.

6. L'adeguamento del bando tipo 1/2021

L'autorità anticorruzione, con la recente deliberazione n. 154/2022 - a sottolineare la rilevanza delle questioni assunzionali nei contratti PNRR -, ha provveduto ad adeguare il bando tipo 1/2021 (forniture e servizi nel sopra soglia comunitario) ai nuovi obblighi documentali e

assunzionali imposti agli operatori partecipanti alla gara, ed agli aggiudicatari, per contratti finanziati anche solo in parte con il PNRR/PNC (art. 47 del DL 77/2021 convertito con legge 108/2021).

In sintesi si può rammentare che, il paragrafo 5 del bando, che dispone sui "requisiti generali", ora chiarisce le conseguenze del mancato rispetto degli obblighi assunzionali previsti dalla legge 68/1999.

In questo senso la prescrizione puntualizza che costituisce "causa di esclusione degli operatori economici dalla procedura di gara il mancato rispetto, al momento della presentazione dell'offerta, degli obblighi in materia di lavoro delle persone con disabilità di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68, oltre che ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera i), del Codice".

È bene annotare che l'articolo 47 del DL 77/2021, convertito con legge 108/2021, impone precisi obblighi documentali oltre che precisi impegni assunzionali (nel caso di assunzioni per l'esecuzione del contratto).

Sul primo tema si prevede che "sono esclusi dalla procedura di gara gli operatori economici che occupano oltre cinquanta dipendenti, nel caso di omessa produzione, al momento della presentazione dell'offerta, di copia dell'ultimo rapporto periodico sulla situazione del personale maschile e femminile redatto ai sensi dell'articolo 46, decreto legislativo n. 198 del 2006, con attestazione della sua conformità a quello eventualmente già trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e ai consiglieri regionali di parità ovvero, in mancanza, con attestazione della sua contestuale trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità".

Il riferimento è relativo all'obbligo della redazione e la produzione del rapporto sulla situazione

del personale, di cui all'articolo 46 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 (art. 47, comma 2). L'obbligo riguarda le imprese con almeno 50

dipendenti visto che la legge 5 novembre 2021, n. 162, come si ricorda nelle linee guida DPCM del 17 dicembre MIMS, "ha ridotto la soglia dimensionale delle imprese tenute alla redazione del rapporto, che ora deve essere predisposto e trasmesso da operatori che occupano oltre cinquanta dipendenti, mentre in precedenza doveva essere redatto dalle imprese con oltre cento dipendenti, deve ritenersi che le imprese con un numero di dipendenti compreso tra cinquantuno e cento dovranno produrre, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, copia dell'ultimo rapporto redatto, con attestazione della sua contestuale trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità".

Questi obblighi, precisa il MIMS, si applicano a prescindere dal fatto che l'obbligo risulti

chiaramente esplicitato negli atti di gara visto che si tratta di previsioni di legge.

In ogni caso però, "per esigenza di certezza dei rapporti giuridici e di tutela dell'affidamento degli operatori economici è senz'altro opportuno che il contenuto di detti obblighi sia espressamente indicato nel bando di gara e nel contratto".

Il rapporto in parola è un documento che le aziende devono obbligatoriamente predisporre e trasmettere con cadenza biennale alle rappresentanze sindacali aziendali. La consigliera e il consigliere regionale di parità elaborano i relativi risultati trasmettendoli alla consigliera o al consigliere nazionale di parità, al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, al Dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri, all'Istituto nazionale di statistica e al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro.

L'autorità anticorruzione, con la recente deliberazione n. 154/2022 – a sottolineare la rilevanza delle questioni assunzionali nei contratti PNRR -, ha provveduto ad adeguare il bando tipo 1/2021 (forniture e servizi nel sopra soglia comunitario) ai nuovi obblighi documentali e assunzionali imposti agli operatori partecipanti alla gara, ed agli aggiudicatari, per contratti finanziati anche solo in parte con il PNRR/PNC (art. 47 del DL 77/2021 convertito con legge 108/2021)



Il mancato adempimento impedisce la possibilità di acquisire contributi, nel caso degli appalti sia il bando tipo sia le linee guida sanciscono l'esclusione. Ma si deve ritenere che l'esclusione operi al mancato riscontro del soccorso istruttorio. Ad esempio nel caso in cui chi partecipa alla competizione abbia omissa la sua produzione per mera dimenticanza. Considerazione che appare coerente con i principi oramai consolidati in tema di soccorso istruttorio integrativo.

Non a caso nel successivo paragrafo 13 del bando tipo (in cui si dispone in tema di "soccorso istruttorio") si precisa che la mera violazione formale è sanabile. La previsione recita che "sono sanabili l'omessa dichiarazione sull'aver assolto agli obblighi di cui alla legge 68/1999 e, per i concorrenti che occupano oltre cinquanta dipendenti, l'omessa presentazione di copia dell'ultimo rapporto periodico sulla situazione del personale maschile e femminile, redatto ai sensi dell'articolo 46 decreto legislativo n. 198 del 2006, e la trasmissione dello stesso alle rappresentanze sindacali e ai consiglieri regionali di parità".

7. La clausola sugli obblighi assunzionali

La seconda parte della clausola in commento riguarda proprio gli obblighi assunzionali (eventuali).

Ogni operatore partecipante alla gara, anche in ossequio a quanto imposto dall'articolo 47 del DL 77/2021, si deve impegnare - qualora risultasse aggiudicatario dell'appalto -, ad assumere (anche in concerto con l'eventuale subappaltatore) la percentuale - fissata dalla stazione appaltante -, di assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto.

Il MIMS, con il parere 1133/20222 ha chiarito che di obbligo si può parlare (per l'aggiudicatario), solo se è necessario assumere del personale per l'esecuzione del contratto.

La clausola riportata nel bando tipo è abbastanza chiara e sintetica prevedendo che "Il

concorrente si impegna, a pena di esclusione, in caso di aggiudicazione del contratto, ad assicurare:

1. una quota pari al ... per cento [indicare la quota percentuale scelta] di occupazione giovanile
2. una quota pari al ... per cento [indicare la quota percentuale scelta] di occupazione femminile".

La previsione viene chiarita nello stesso bando con la sottolineatura (che riguarda il RUP della stazione appaltante) secondo cui "la quota percentuale scelta, deve essere almeno pari al 30 per cento, ovvero inferiore; in tal caso le stazioni appaltanti motivano le ragioni della deroga, richiamando espressamente la determina a contrarre o l'atto immediatamente esecutivo della stessa ovvero l'atto espresso del responsabile della stazione appaltante adottato prima o contestualmente all'avvio della procedura ad evidenza pubblica, contenenti adeguata e specifica motivazione della deroga] delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali [calcolate secondo le modalità di cui alle linee guida approvate con Decreto ministeriale della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle pari opportunità, del 7 dicembre 2021 (Adozione delle linee guida volte a favorire la pari opportunità di genere e generazionali, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 30 dicembre 2021, n. 309".

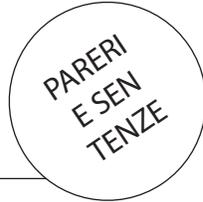
L'omesso impegno, non trattandosi di una semplice dichiarazione, evidentemente, non consente l'attivazione del soccorso istruttorio che avrebbe per effetto di alterare la par condicio tra gli operatori.

Il MIMS, con il parere 1133/20222 ha chiarito che di obbligo assunzionale si può parlare (per l'aggiudicatario), solo se è necessario assumere del personale per l'esecuzione del contratto



Infatti, sempre nel paragrafo 13 la nuova specifica chiarisce - a beneficio degli operatori economici -, come non sia "sanabile mediante soccorso istruttorio l'omessa dichiarazione sull'obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, l'assunzione di una quota di occupazione giovanile e femminile di cui all'articolo 5 del presente bando".

Pareri & Sentenze



TAR Lecce, Sez. II, 03/05/2022, n. 695

Gara telematica: È sufficiente la sottoscrizione con firma digitale dell'unico file zippato contenente tutti i documenti

"... la sottoscrizione con firma digitale del file compresso in formato "zip" ad opera dell'operatore economico accreditato sulla piattaforma di gara appare sufficiente ad assicurare certezza sulla provenienza e sull'integrità dei documenti da cui detto file è composto, garantendo il sostanziale rispetto del principio di par condicio tra i concorrenti in gara; il Collegio richiama al riguardo la giurisprudenza secondo cui la funzione della sottoscrizione della documentazione e dell'offerta è di renderla riferibile al presentatore dell'offerta vincolandolo all'impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulti in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell'amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni formali delle prescrizioni di gara (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2016, n. 4881; Sez. V, 27 aprile 2015, n. 2063; Sez. VI, 15 dicembre 2010, n. 8933)."

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 26/4/2022, n. 7

"la "garanzia provvisoria" a corredo dell'offerta «copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario (...)» – delinea un sistema di garanzie che si riferisce al solo periodo compreso tra l'aggiudicazione ed il contratto e non anche al periodo compreso tra la "proposta di aggiudicazione" e l'aggiudicazione"

"La questione posta all'esame dell'Adunanza Plenaria attiene all'ambito di operatività della "garanzia provvisoria", che correda l'offerta dei partecipanti alla procedura di gara, al fine di stabilire se essa copra soltanto i "fatti" che si verificano nel periodo compreso tra l'aggiudicazione e il contratto ovvero se si estenda anche a quelli che si verificano nel periodo compreso tra la "proposta di aggiudicazione" e l'aggiudicazione. ... Sul piano dell'interpretazione letterale, il comma 6 dell'art. 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016 è chiaro nello stabilire che «la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario (...)». Il riferimento sia all'aggiudicazione, quale provvedimento finale della procedura amministrativa, sia al «fatto riconducibile all'affidatario» e non anche al concorrente destinatario della "proposta di aggiudicazione" rende palese il significato delle parole utilizzate dal legislatore nel senso di delimitare l'operatività della garanzia al momento successivo all'aggiudicazione (in questo senso anche Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2021, n. 8367, che ha esaminato una questione analoga a quella in esame, con decisione, però, assunta successivamente alla camera di consiglio con cui è stata disposta la remissione all'Adunanza Plenaria). Il comma 9 dello stesso art. 93 prevede, inoltre, che «la stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede contestualmente, nei loro confronti, allo svincolo della garanzia» prestata a corredo dell'offerta. ... L'Adunanza Plenaria afferma il seguente principio di diritto: il comma 6 dell'art. 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016 – nel prevedere che la "garanzia provvisoria" a corredo dell'offerta «copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario (...)» – delinea un sistema di garanzie che si riferisce al solo periodo compreso tra l'aggiudicazione ed il contratto e non anche al periodo compreso tra la "proposta di aggiudicazione" e l'aggiudicazione."

Consiglio di Stato, Sez. III, 14/04/2022, n. 2819

La nomina dei commissari di gara non necessità di un vero e proprio "regolamento"

"L'ultima disposizione applicabile *ratione temporis* che si è occupata della materia, il c.d. "Sblocca Cantieri" (di cui al d.l. n. 32 del 2019, conv. con mod. in l. n. 55 del 2019), all'art. 1, comma 1, lett. c), della l. n. 55 del 2019, nel prevedere la sospensione, fino al 31 dicembre 2020 (prorogata al 31 dicembre 2021), dell'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti dall'Albo gestito dall'ANAC (art. 77, comma 3, e art. 78 del d. lgs. n. 50 del 2016), ha mantenuto fermo il solo obbligo «di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante». ... Al riguardo, questa stessa sezione del Consiglio di Stato, nella sentenza n. 4865 del 10 luglio 2019 (ma v. già Cons. St., sez. III, 11 gennaio 2019, n. 276), aveva già chiarito che la norma codicistica (combinato disposto degli artt. 77 e 78 del d. lgs. n. 50 del 2016) non deve essere interpretata letteralmente come necessità di un vero e proprio "regolamento" in quanto ciò che rileva, sotto il profilo sostanziale, è che la Commissione di gara risulti oggettivamente costituita secondo regole di trasparenza e competenza e che la stazione appaltante dia adeguato conto, nella determina di nomina, delle motivazioni sottese alla stessa. ... L'assenza di criteri previamente stabiliti non determina mai, *ex se*, l'illegittimità della nomina della Commissione, poiché «occorre dimostrare che, in concreto, siano totalmente mancate le condizioni di trasparenza e competenza»."

Consiglio di Stato, Sez. V, 11/04/2022, n. 2709

Sulla risarcibilità del danno per perdita di chance di aggiudicazione

“secondo la costante giurisprudenza in materia “la risarcibilità della “chance” di aggiudicazione è ammissibile solo allorché il danno sia collegato alla dimostrazione di una seria probabilità di conseguire il vantaggio sperato, dovendosi, per converso, escludere la risarcibilità allorché la “chance” di ottenere l’utilità perduta resti nel novero della mera possibilità (ex multis Cons. Stato, Sez. IV, 23 giugno 15 n. 3147) ... Ed invero come chiarito anche da ultimo da Cons. giust. amm. Sicilia, 15 ottobre 2020, n. 914 “ai fini della risarcibilità di una perdita di chance la giurisprudenza insegna, infatti, che la relativa tecnica risarcitoria garantisce l’accesso al risarcimento per equivalente solo se la chance abbia effettivamente raggiunto un’apprezzabile consistenza, di solito indicata dalle formule “probabilità seria e concreta” o anche “elevata probabilità” di conseguire il bene della vita sperato; e che in caso di mera “possibilità” vi è solo un ipotetico danno, non meritevole di reintegrazione poiché in pratica nemmeno distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto (C.d.S., sez. V, 15 novembre 2019, n. 7845; IV, 23 settembre 2019, n. 6319; III, 27 novembre 2017, n. 5559); l’accoglimento della relativa domanda esige, pertanto, che sia stata fornita la prova, anche presuntiva, dell’esistenza di elementi oggettivi dai quali desumere, in termini di certezza o di elevata probabilità, ma non di mera potenzialità, l’esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile (Cass. civ., Sez. I, 13 aprile 2017, n. 9571; Sez. lavoro, 11 ottobre 2017, n. 23862).”

Consiglio di Stato, Sez. V, 05/04/2022, n. 2529

“l’operazione ... volta a colmare l’omessa indicazione del prezzo unitario offerto per la singola opzione, non configura affatto mera rettifica di errore materiale”

“Nel caso di specie l’operazione prospettata dall’appellante, volta a colmare l’omessa indicazione del prezzo unitario offerto per la singola opzione, non configura affatto mera rettifica di errore materiale che, come evidenziato, non può sostanziarsi in operazioni manipolative e di adattamento dell’offerta, risultando altrimenti violati la par condicio, l’affidamento nelle regole di gara e le esigenze di trasparenza e certezza (cfr. ex multis, Cons. Stato, Sez. III, 20 marzo 2020, n. 1998; Cons. Stato, Sez. VI, 13 febbraio 2013, n. 889): la volontà dell’offerente non può qui essere ricostruita né mediante l’operazione aritmetica descritta nell’appello né attraverso il mero riferimento al contesto stesso degli atti di gara; tantomeno può essere desunta da un’interpretazione sistematica e complessiva dell’offerta alla luce del prezzo indicato per le altre opzioni internet ivi presenti.”

TAR Lazio Roma, Sez. III quater, 05/04/2022, n. 3942

Le misure di self-cleaning hanno effetto pro-futuro, ovvero per la partecipazione a gare successive all'adozione delle misure stesse

"... dalla sequenza temporale dei fatti come documentalmente accertati, risulta chiaramente che la misura di self cleaning è stata adottata successivamente alla presentazione dell'offerta.

Sul punto, il C. di St. con sentenza n. 2260/2020 ha affermato che "risponde a logica, prima che a norme, che le misure di self-cleaning... abbiano effetto pro-futuro, ovvero per la partecipazione a gare successive all'adozione delle misure stesse. È infatti inimmaginabile un loro effetto retroattivo", con la conseguenza che qualsivoglia misura di c.d. "dissociazione" fosse stata o venga presa, mai potrebbe realizzare una sanatoria dell'ormai definitivamente integrata causa di esclusione dalla gara in oggetto (nello stesso senso: C. di St. -OMISSIS-886/2021 e n. 178/2020; TAR Firenze n. 77/2021).

Invero, in tema di apprezzamento di dette misure, l'accertamento della tempestività delle stesse non richiede valutazioni discrezionali ma è connotato da obiettività, di talché le misure adottate (più o meno adeguate) o sono tempestive o non lo sono, senza alcun margine di opinabilità."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 152 del 30 marzo 2022****PREC 41/2022/F**

"Procedura negoziata - gara telematica - registrazione sul portale - partecipazione di società diversa da quella registrata ma facente parte dello stesso gruppo societario - ammissibilità"

"In un caso di società facenti parte dello stesso gruppo societario è ammissibile la partecipazione alla gara di una società diversa da quella registrata sul portale, in quanto la preventiva registrazione al portale ha solo una funzione di abilitazione tecnica mentre solo la presentazione dell'offerta instaura una relazione giuridicamente rilevante tra l'operatore economico e la stazione appaltante."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 146 del 30 marzo 2022****PREC 27/2022/L**

"Appalto pubblico - Lavori - Scelta del contraente - Requisiti - Esclusione - Motivi - Grave illecito professionale - Indagini penali - In corso di gara - Rilevanza - Sussiste"

"Il principio del necessario possesso dei requisiti di partecipazione senza soluzione di continuità impone una valutazione effettiva, in concreto ed esplicita (da svolgersi in contraddittorio con l'operatore economico coinvolto) dei fatti, anche sopravvenuti in corso di gara, astrattamente integranti un grave illecito professionale, tra cui vi rientra anche la pendenza di indagini penali o il rinvio a giudizio del legale rappresentante della società aggiudicataria"

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 144 del 30 marzo 2022
PREC 23/2022/S**

"Servizio di ristorazione scolastica – CAM - criteri ambientali minimi - mancata osservanza – non conformità"

"Sebbene rientri nell'esercizio della discrezionalità tecnica propria della stazione appaltante individuare una base d'asta congrua e tale da garantire la qualità delle prestazioni, il mancato rispetto dei parametri indicati dal vigente d.m. 10 marzo 2020 sui criteri ambientali minimi per il servizio di ristorazione rende l'iter logico seguito dalla stazione appaltante non coerente con la normativa di settore."

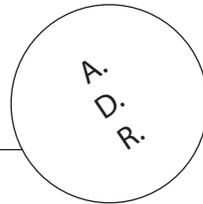
Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 112 del 9 marzo 2022
PREC 18/2022/L**

Della "natura meramente strumentale dell'informatica applicata all'attività della pubblica amministrazione"

"da quanto rappresentato dalla stazione appaltante e dal fornitore della piattaforma di e-procurement, la comunicazione via PEC è stata inviata automaticamente dal sistema informatico con una finalità diversa da quella della variazione della data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte e l'indicazione errata di tale data sarebbe dovuta a una anomalia, o bug, della quale invero non è stata fornita evidenza ma che, in assenza di elementi oggettivi che depongano in senso contrario, è data per acquisita ai fini del presente parere; la giurisprudenza amministrativa, con riferimento alle gare svolte con il supporto di piattaforme informatiche, ha affermato a più riprese che le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi sono da ritenersi collocate in una posizione necessariamente servente rispetto a questi, non essendo concepibile che l'ordinato svolgimento dei rapporti fra privato e pubblica amministrazione sia ostacolato da problematiche di tipo tecnico. Dalla natura meramente strumentale dell'informatica applicata all'attività della pubblica amministrazione, il giudice amministrativo fa discendere il corollario dell'onere dell'amministrazione di accollarsi il rischio dei malfunzionamenti e degli esiti anomali dei sistemi informatici di cui la stessa si avvale, essendo evidente che l'agevolazione che deriva all'amministrazione, sul fronte organizzativo interno, dalla gestione digitale dei flussi documentali, deve essere controbilanciato dalla capacità di rimediare alle occasionali possibili disfunzioni che possono verificarsi nell'utilizzo dei sistemi (Cfr. TAR Puglia, Bari, I, n. 1094/2015; TAR Lombardia, Milano, I, n. 40/2019; Tar Puglia, Lecce, II, n. 977/2019; TAR Puglia, Bari, III, n. 461/2020); ... nel caso in esame non pare revocabile in dubbio che la data da considerare utile al fine della presentazione delle offerte sia quella indicata nella lettera di invito, e soprattutto nella piattaforma informatica, rimasta immutata dopo la comunicazione. Depone inequivocabilmente per questa soluzione il principio che orienta l'interpretazione delle eventuali ambiguità della lex specialis di gara verso l'opzione favorevole alla più ampia partecipazione, in nome del principio del favor participationis e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale; ... Considerato ulteriormente che il potenziale effetto preclusivo della partecipazione indotto dalla apparente anticipazione della scadenza in realtà non si è prodotto, perché tutte le imprese invitate, ivi compreso l'operatore economico istante, hanno potuto presentare regolarmente la propria offerta"

A Domanda Rispondiamo



1

Cosa succede in caso di mancata nomina formale del Responsabile Unico del Procedimento?

Non prevedendo l'art. 31 del Codice una specifica disciplina da applicarsi alla ipotesi in cui non vi sia stata, una formale nomina del responsabile (unico) del procedimento, risulta applicabile la regola generale della l. 241/1990, in particolare la previsione recata nell'art. 5, in virtù della quale, nel caso di mancata nomina di un funzionario quale responsabile del procedimento, deve intendersi che tale funzione sia attribuita "automaticamente e naturalmente" al dirigente responsabile dell'ufficio e del procedimento ovvero al funzionario che detto ufficio dirige (nel caso in cui l'organigramma dell'ente-stazione appaltante non preveda, in pianta organica, la presenza di posizioni dirigenziali). Può quindi affermarsi che, anche nella vigenza del nuovo 'Codice' dei contratti pubblici, nel caso di mancata nomina espressa di un responsabile (unico) del procedimento, deve intendersi automaticamente assunta tale funzione dal dirigente o dal funzionario responsabile dell'ufficio, senza che la mancata espressione manifesta e formale della nomina del responsabile (unico) del procedimento si possa tradurre in un vizio invalidante della procedura.

2

In presenza di violazioni "non definitivamente accertate" l'esclusione di un operatore economico dalla procedura di gara è automatica?

La disposizione di cui dall'art. 80, comma 4, d.lgs. 12 aprile 2016, n. 50 come integrata con D.L. n. 76 del 2020 distingue due ipotesi concernenti, rispettivamente:

- la commissione di violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse (o dei contributi previdenziali), in presenza delle quali è prevista l'automatica esclusione dell'operatore;
- la commissione di gravi violazioni, non definitivamente accertate, agli obblighi relativi al pagamento l'inadempimento agli obblighi di pagamento delle imposte e delle tasse (o dei contributi previdenziali) che, viceversa, "può" comportare l'estromissione del partecipante laddove l'Amministrazione ne sia a conoscenza e possa adeguatamente dimostrarlo.

Secondo un prevalente orientamento giurisprudenziale, la valutazione di gravità è predeterminata dal legislatore al raggiungimento della soglia (€ 5.000,00) di cui all'art. 48 bis del D.P.R. n. 602/1972 nel primo caso e € 35.000,00 nel secondo caso. La differenza tra le due previsioni riposa chiaramente sull'automaticità, nel primo caso, ovvero sulla facoltatività del potere di esclusione da parte della stazione appaltante, al verificarsi dei presupposti normativamente previsti, nel secondo caso. Ai fini dell'adozione dell'atto espulsivo, sarà pertanto indispensabile verificare se sussistono i presupposti per l'applicazione della esclusione facoltativa, ossia la gravità delle violazioni e la conoscenza e adeguata dimostrazione di esse, con effetto pur sempre limitato solo al procedimento in corso.

3

È sempre possibile per i consorzi stabili qualificarsi attraverso il meccanismo del cumulo alla rinfusa?

Il criterio c.d. del "cumulo alla rinfusa", ovvero la possibilità per i consorzi stabili di qualificarsi nelle gare di affidamento di appalti pubblici utilizzando i requisiti delle proprie consorziate, è il protagonista di una storia travagliata, costellata di confusi, a volte contraddittori, interventi normativi e di contrastanti interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali. Allo stato attuale, si ritiene che l'art. 47 del codice sia chiaro.

«I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice».

Se la disposizione si fosse fermata a questo periodo, avrebbe potuto tranquillamente sostenersi, richiamando la natura del consorzio stabile, che questo potrebbe dichiarare di possedere e provare in sede di gara sia i requisiti posseduti in proprio che quelli di tutte le consorziate, indicate o meno per l'esecuzione dei lavori. E ciò anche se, quanto meno per i lavori, tale lettura sarebbe stata resa problematica dall'art. 84 del codice, il quale riferisce la prova del possesso dei requisiti "ai soggetti esecutori". Il secondo periodo, però, opera come eccezione alla regola posta dal primo, disponendo: «salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate». La disposizione è chiarissima nel limitare il cumulo alla rinfusa agli aspetti indicati e, operando, appunto, come eccezione alla regola che impone al consorzio stabile di possedere e comprovare in sede di gara i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, chiarisce che questi non possono che essere che quelli maturati in proprio dalla struttura consortile, non potendo

risultare dal cumulo dei requisiti delle imprese consorziate (**Cfr. ex multis Adunanza Plenaria n. 5 del 2021, TAR Lazio Roma, Sez. III, 3 marzo 2022**).

4

Ci sono dei limiti quantitativi al subappalto negli affidamenti in concessione?

Alle concessioni di lavori e servizi in materia di subappalto si applica oltre la disciplina di cui all'art. 30, l'art. 174 del codice nonché i commi 10, 11 e 17 dell'articolo 105. Dalla lettura dell'articolo 174 emerge che l'eventuale subappalto, non prevede vincoli quantitativi limitandosi ad indicare al comma 2 l'obbligo per gli operatori economici di precisare in sede di offerta le parti del contratto di concessione che intendono subappaltate a terzi ma, vi è di più, la non sussistenza di un limite percentuale per il subappalto nel caso di concessioni è coerente con le caratteristiche stesse del modulo concessorio e quindi alla maggiore autonomia organizzativa attribuita al Concessionario nella gestione del rapporto con la PA. La stessa direttiva Comunitaria n. 23/2014 sulle concessioni non prevede alcun limite generalizzato per il ricorso al subappalto. Non è prevista dall'art. 174 del Codice neppure una specifica autorizzazione al subappalto, fermi restando evidentemente i poteri di controllo della stazione appaltante anche in corso di esecuzione e ferma restando - deve ritenersi - la possibilità di prevedere in via negoziale, mediante inserimento di apposita clausola nella convenzione di concessione, un'autorizzazione al subappalto da parte della stazione appaltante ai sensi dell'art. 1656 del Codice Civile.

5

Nella scelta dei soggetti componenti della Commissione Giudicatrice la Stazione Appaltante è tenuta al rispetto del principio di rotazione?

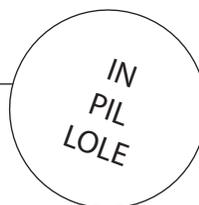
Rispetto alla nomina "a regime" dei componenti della Commissione tra gli esperti iscritti all'albo dell'Anac, il comma 3 art. 77 cit. consente in alcuni casi alla stazione appaltante di nominare componenti interni nel rispetto del principio di rotazione escluso il Presidente, e precisamente per le ipotesi di affidamento di lavori di importo inferiore ad un milione di euro, per i servizi e le forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie, o per gli appalti di non particolare complessità svolti attraverso piattaforme telematiche di negoziazione ex art. 58. Ma, come noto, l'operatività dell'art. 77 comma 3 del d.lgs. n. 50/2016 nella parte in cui impone alle stazioni appaltanti l'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'Anac di cui all'art. 78, è stata sospesa fino al 30.06.2023 dall'art. 1 comma 1 lettera c) del d.l. 32/2019 conv. in legge n.77/2020. Pertanto, può ragionevolmente sostenersi che il principio di rotazione non costituisce un vincolo rigido in quanto codificato dall'art. 77 dal momento che, come riconosciuto dalla giurisprudenza, l'inoperatività dell'albo dei commissari, lascia esclusivamente fermo solo "l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante" come sancito dalla stessa norma transitoria di cui all'art. 216, comma 12, del Codice, richiamata a sua volta dall'art. 1 comma 1 lettera c) del d.l. n.32 di proroga sopra richiamato. L'attuale vincolo, nella scelta dei commissari, pertanto si ravvisa solo nell'obbligo di scegliere i membri tra persone con professionalità adeguata in base a criteri preventivamente individuati (**T.A.R. Abruzzo – Pescara, sentenza n. 504/2021; Tar Lombardia, Brescia, I, 11 gennaio 2022, n. 18**)

6

È possibile per il RUP non dipendente di una società pubblica, fruire dell'incentivo di cui all'art. 113 del D.lgs. 50/2016?

Atteso che per "amministrazione aggiudicatrice" il Codice dei contratti pubblici intende "le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti;" (art. 3, comma 1, lett. a), risulta quindi chiaro che le società "in house", essendo considerate degli organismi di diritto pubblico ed essendo obbligate ad applicare il Codice dei contratti pubblici per espressa previsione normativa, sono tenute a dare attuazione anche alla previsione di cui all'art. 113 del Codice e, di conseguenza, a costituire il fondo per gli incentivi al personale tecnico. È la norma stessa a stabilire i confini dei destinatari del fondo di cui al comma 2 dell'art. 113, tale beneficio come indicato al terzo comma, è previsto esclusivamente per i dipendenti escludendo il personale con qualifica dirigenziale. Pertanto, se il RUP è dirigente, non beneficia dell'incentivo, la quota parte può essere da questi ripartita tra i dipendenti dei gruppi di lavoro fino ad un massimo dell'8% ovvero, in caso di assenza di collaboratori, destinata al fondo per l'innovazione.

“Criterio di rotazione” ... aggiornamenti recenti



Sovente ci si ritrova a considerare la circostanza per la quale, la limitazione della partecipazione dei soggetti privati alle procedure competitive, scontrandosi con la contraria esigenza di massima partecipazione a garanzia del superiore interesse pubblico, genera una linea di demarcazione, un vero e proprio “equilibrio di confine” sul quale siamo costretti a muoverci con cautela. Da qui “gettiamo lo sguardo” sui recenti approdi.

Interessante il Consiglio di Stato, sez. V, 24.03.2022 n. 2160 che ci ricorda come sia ormai consolidato l’orientamento che limita l’applicazione di tale del criterio di rotazione alle procedure negoziate o comunque a quelle in cui la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori tra i quali effettuare la selezione (cfr., oltre a Cons. Stato, V, n. 3999/21 su citata, anche Cons. Stato, V, 5 novembre 2019, n. 7539; id., III, 4 febbraio 2020, n. 875 e id., V, 13 ottobre 2020, n. 6168), prefigurandosi nel sistema degli affidamenti disciplinato dal Codice dei contratti pubblici (e dalle sue recenti integrazioni/modificazioni col d.l. n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020, nonché col d.l. n. 77 del 2021, convertito dalla legge n. 108 del 2021) una chiara contrapposizione tra procedure aperte, da un lato, e procedure negoziate e affidamenti diretti, dall’altro (anche a seguito delle modifiche di cui all’art. 51 del d.l. n. 77 del 2021, convertito dalla legge n. 108 del 2021), che impone il rispetto del criterio di rotazione soltanto per tali ultime modalità di scelta del contraente.

Dal momento che il "principio di rotazione" funge da contrappeso rispetto alla facoltà attribuita all'amministrazione appaltante di individuare gli operatori economici con i quali contrattare, esso non trova applicazione quando l'amministrazione procede attraverso un *avviso pubblico aperto* (cfr. anche le Linee Guida dell'ANAC n. 4 del 26 ottobre 2016, aggiornate con delibera 1 marzo 2018, n. 206), come originariamente deliberato nella procedura de qua con la determina n. 87 del 2021. Sul punto si veda anche *Tar Campania-Napoli, Sez. II, 2 marzo 2022, n. 1425*.

Ancora, Consiglio di Stato n. 2525 del 05/04/2022, definisce un assunto ormai noto per il quale: *"il principio di rotazione non è regola preclusiva (all'invito del gestore uscente e al conseguente suo rinnovato affidamento del servizio) senza eccezione, potendo l'amministrazione derogarvi fornendo adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che l'hanno a ciò indotta"* (nello stesso senso Cons. Stato, Sez. V, 3.04.2018, n. 2079; 13.12.2017, n. 5854; Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125, ecc.).

Assunto in linea con l'ANAC e con le previsioni delle Linee Guida n. 4, nelle quali l'invito dell'uscente non è da demonizzare e/o da inquadrare solo e soltanto in chiave patologica, dovendosi viceversa valorizzare il momento motivazionale del provvedimento, in forza anche di alcuni elementi chiave sui quali far leva, quali a titolo esemplificativo e non esaustivo:

- La particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative,
- Il grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento.

Per la verità, ragionare sul criterio di rotazione si porta dietro tanti ulteriori aspetti e spunti, sui quali muoversi onde ricercare il giusto equilibrio con i veri principi comunitari quali concorrenza, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa.

Pensiamo ad esempio all'invito dei precedenti invitati; o ancora, all'incremento dei prezzi intervenuto medio tempore rispetto al precedente affidamento

(in questo momento storico particolarmente rilevante e precisamente fronteggiato dal legislatore); ancora, all'impossibilità di applicare in modo letterale la disposizione normativa che prevede la rotazione degli inviti e degli affidamenti in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese, qualora questo determini fattualmente un azzeramento del mercato di riferimento entro cui una stazione appaltante è chiamata ad operare; o ancora, all'inapplicabilità del criterio della rotazione all'istituto dell'avvalimento (interessante in tal senso la sentenza del TAR Lombardia, sez. IV, 26 febbraio 2022, n. 482, il quale ricorda che: *"Non vi è invece alcun addentellato normativo che consenta di ritenere esclusa, per gli operatori aggiudicatari di precedenti gare o partecipanti alle stesse, la possibilità di porre la propria capacità tecnica e/o amministrativa a disposizione di una diversa ditta invitata alla nuova procedura, rivestendo così il ruolo di ausiliari in un rapporto di avvalimento. In tale fattispecie, invero, il soggetto beneficiario dell'invito, e per ipotesi dell'aggiudicazione, non coincide con l'ausiliaria, bensì con la ditta invitata"*).

Interessante anche la pronuncia recente del Tar Puglia, Bari, Sez. II, 06/05/2022, n. 618 che ha respinto il ricorso dell'operatore gestore uscente che ha contestato il mancato invito alla procedura avviata dall'amministrazione e nella quale quest'ultima aveva proceduto con una manifestazione preliminare di interesse per reperire nominativi e nella quale si era riservata la possibilità di invitare operatori già iscritti al portale in dotazione onde ampliare la rosa degli invitati, ovvero di non invitare soggetti che avessero manifestato interesse.

Il TAR ha motivato il provvedimento dicendo che: *"l'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs n. 50/2016 prevede che debba essere rispettato il principio di rotazione degli inviti, in caso di "affidamento diretto [inferiore alle soglie di cui all'articolo 35] previa valutazione ..., per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici"*;

che il richiamato principio comporta, di norma, il divieto di invitare a procedure negoziate dirette all'assegnazione di un appalto il contraente uscente nonché l'operatore economico invitato e non

risultato affidatario nella precedente procedura, salvo che la stazione appaltante fornisca adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che hanno indotto a derogarvi (facendo, in particolare, riferimento, al numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato; al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento);

che la sua ratio è quella di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici (cfr. Cons. St., V, 17.03.2021, n. 2292), quindi di garantire alle imprese concorrenti una posizione paritaria;

che, come affermato dalla giurisprudenza che si condivide (cfr.: Tar Abruzzo, Pescara, 5.9.2020, n. 251; Tar Toscana, I, 2.1.2018, n. 17), il principio di rotazione si estende anche alle concessioni, in virtù di quanto stabilito dall'art. 164, comma 2, del d.lgs n. 50/2016, secondo cui: "Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione";

che, d'altra parte, essendo le stesse, per appalti e concessioni, le modalità e le procedure di affidamento, va da sé che, in caso di procedura negoziata, si applichi detto principio, rimanendo valida la ratio;

che, se è vero che si è ritenuto che il principio di rotazione sia inapplicabile nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l'operatore economico mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti (cfr. Cons.St., III,

04.02.2020, n. 875; V, 5.11.2019, n. 7539), deve, tuttavia, considerarsi che nella specie non ricorre tale ipotesi;

che, infatti, sebbene l'Amministrazione abbia voluto ampliare i partecipanti alla procedura, attraverso l'avviso su richiamato, peraltro pubblicato unicamente sul sito istituzionale, e non già nelle forme previste ex lege, comunque si è riservata la possibilità di un vaglio preventivo, informando ex ante che si riservava la possibilità di "di non invitare uno o più operatori economici che abbiano manifestato interesse alla presente procedura" (ed altresì anche la possibilità di invitarne altri, ove ritenuto necessario);

che la clausola limitativa citata esclude del tutto la asserita non applicabilità alla specie del principio di rotazione;

che detta clausola è legittima, in quanto, posta comunque la necessità, in caso di mancato invito di ditte che si siano proposte, di fornire giustificati motivi, l'art. 36 pone solo un limite minimo di valutazione di cinque operatori economici, raggiunto il quale la partecipazione può essere invece limitata;

che, stante la richiamata ratio sottesa al principio di rotazione, legittimamente l'Amministrazione lo ha applicato nei confronti dell'odierna ricorrente, non consentendole di partecipare alla procedura." Sulla medesima onda interpretativa anche il Consiglio di Stato, Sez. V, 28 febbraio 2022, n. 1421, il quale rammenta: "In termini generali, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha chiarito il significato e la portata di tale principio – che trova affermazione all'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 – ponendo in risalto che "Il principio di rotazione di cui all'art. 36, comma 1, del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata (Cons. Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6160); esso ha infatti l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio (Cons. Stato, VI, 4 giugno 2019, n. 3755)" (Cons. Stato, V, 15 dicembre 2020, n.

8030; cfr. anche *Id.*, VI, 4 giugno 2019, n. 3755, in cui si pone in risalto la ratio del principio, volto a evitare "la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore ed ampliando le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti"; *Id.*, V, 12 giugno 2019, n. 3943, per cui il principio "è finalizzato a evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente"; *Id.*, V, 31 marzo 2020, n. 2182).

Presupposto della sua applicazione è che venga in rilievo un affidamento diretto o comunque ristretto, atteso che "Deve ritenersi che l'applicazione del principio di rotazione degli inviti o degli affidamenti sia limitata alle procedure negoziate" (*Cons. Stato*, V, 22 febbraio 2021, n. 1515; III, 25 aprile 2020, n. 2654; V, 5 novembre 2019, n. 7539; nello stesso senso, cfr. anche le Linee Guida n. 4 dell'Anac, approvate con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016, da ultimo aggiornate con delibera n. 636 del 10 luglio 2019, spec. par. 3.6).

In tale contesto, "indefettibile presupposto logico del principio di rotazione è l'omogeneità del servizio posto a gara rispetto a quello svolto dal soggetto nei cui confronti opera l'inibizione (*Cons. Stato*, V, 5 marzo 2019, n. 1524)" (*Cons. Stato*, n. 8030 del 2020, cit.); occorre, in particolare, che l'oggetto presenti continuità fra i vari affidamenti in relazione alle prestazioni principali assegnate (cfr. *Cons. Stato*, V, 5 marzo 2019, n. 1524, che pone l'accento sulla "identità (e continuità), nel corso del tempo, della prestazione principale o comunque – nel caso in cui non sia possibile individuare una chiara prevalenza delle diverse prestazioni dedotte in rapporto (tanto più se aventi contenuto tra loro non omogeneo) – che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, in tutto o parte, queste ultime"; *Id.*, V, 17 marzo 2021, n. 2292)." Insomma continuiamo a muoverci lungo la sottile linea di confine che Giurisprudenza, Dottrina e pratica ci impongono per il tema in discussione, consci che: "Ogni ordine è un atto di equilibrio di estrema precarietà. (Walter Benjamin)".



A series of 18 horizontal dotted lines, evenly spaced, providing a template for handwritten notes.



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 2022

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!



sulla
Corte dei Conti

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

Medi
Graphic
MEDIAAPPALTI

Rubrica bimestrale
a cura di
Stefano Usai

maggio
2022

allegato alla Rivista mensile
MediAppalti

sommario

Incentivi e project financing
*(Corte dei Conti, sezione Emilia Romagna,
deliberazione n. 8/2022)*

1. Quesito
2. Incentivo e partenariato
3. Risposta

3

**Incentivi per funzioni tecniche in relazione ad appalti di
servizi banditi ante attuale codice dei contratti**
*(Corte dei Conti, sez. regionale della Puglia,
deliberazione n. 65/2022)*

1. Quesito
2. Il quadro normativo
3. Riscontro

5

Incentivi e varianti
*(Corte dei Conti, sezione regionale Lombardia,
deliberazione n. 64/2022)*

1. Quesito
2. La ratio dell'incentivo per funzioni tecniche
3. Solo le varianti impreviste legittimano l'incentivo
4. Necessaria una motivazione rafforzata
5. Risposta

8

Incentivi e project financing

1. Quesito

Il Sindaco di un comune emiliano chiede alla sezione di conoscere se *"se la quota riferita agli incentivi ex art. 113 del d.lgs. 50/2016 [...] possa essere riconosciuta al RUP e secondo la ripartizione prevista dalla vigente regolamentazione comunale anche per i contratti di cui all'art. 183 (Finanza di progetto) del d.lgs. 50/16"*.

2. Incentivo e partenariato

Si anticipa che, anche alla stregua della posizione già espressa dalla Sezione delle Autonomie, la risposta è negativa stante la non riconducibilità delle forme di partenariato pubblico privato (a cui viene ricondotto anche il project financing) alla fattispecie degli appalti per cui, l'articolo 113 del Codice consente la compensazione delle funzioni tecniche a carico del quadro economico dell'opera/intervento.

Più nel dettaglio nella deliberazione si legge che *"La giurisprudenza consultiva della Corte dei conti è concorde nell'escludere l'applicabilità dello speciale incentivo di cui all'art. 113 del Codice dei contratti pubblici alle attività finalizzate alla conclusione di contratti di partenariato pubblico privato"*.

In questo senso, *"La deliberazione n 15/2019/QMIG della Sezione delle Autonomie aveva chiarito che gli incentivi per funzioni tecniche non possono essere riconosciuti per le attività svolte in relazione a contratti di concessione"*.

Per effetto di tale pronunciamento, prosegue il collegio, *“l’orientamento da subito maggioritario ha avuto modo di affermare che il principio enunciato dalla Sezione delle Autonomie trova completa e totale applicazione non solo nell’ipotesi di concessione, ma anche in relazione alle altre forme contrattuali rientranti nella nozione di partenariato pubblico privato (cfr. Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazioni n. 211/2019/PAR, 429/2019/PAR, n. 110/2020/PAR)”*.

Sulla questione, del resto, è intervenuto anche successivo avvallo da parte della stessa Sezione delle Autonomie visto che *“con deliberazione 10/2021/QMIG, ha definitivamente chiarito che per le fattispecie di partenariato pubblico privato, disciplinate dagli art. 180 seguenti del Codice, non trova applicazione il sistema di incentivazione previsto dall’art. 113”*.

Pertanto, la stessa finanza di progetto rientra a pieno titolo nella nozione di partenariato pubblico/privato. Testualmente, si legge in deliberazione che *“La finanza di progetto, disciplinata dall’art. 183, rientra senza dubbio nella nozione di partenariato pubblico privato e pertanto, in relazione a tale fattispecie, ne va esclusa l’incentivabilità a norma dell’art. 113 del Codice”*.

3. Riscontro

Per effetto di dette premesse, la conclusione è che *“non sono incentivabili, ai sensi dell’art. 113 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, le attività svolte in relazione ad una fattispecie di finanza di progetto, di cui all’art. 183 del medesimo decreto legislativo”*.

Incentivi per funzioni tecniche in relazione ad appalti di servizi banditi ante attuale codice dei contratti

1. Quesito

Il Sindaco di un comune pugliese pone l'interessante questione dei rapporti tra appalti di servizi e incentivi ante adozione del decreto legislativo 50/2016. Ovvero, in relazione al pregresso codice degli appalti che non disciplinava la possibilità di accedere agli incentivi per contratti diversi dall'appalto di lavori. Si anticipa, evidentemente, che la risposta è negativa.

Come anticipato, più nel dettaglio il quesito mira a comprendere "se, con riferimento a contratti di appalto di servizi di durata pluriennale per i quali i bandi di indizione della procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati anteriormente alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 (19 aprile 2016) e quindi senza la previsione nei quadri economici della percentuale di incentivazione della fase esecutiva, sia legittimo procedere alla modifica dei relativi quadri economici al fine di corrispondere al personale dipendente gli incentivi tecnici del citato art. 113, considerato che l'attività viene eseguita posteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 e, quindi, posteriormente maturerebbe e si perfezionerebbe il diritto all'incentivo".

2. Il quadro normativo

In delibera si chiarisce immediatamente che la fattispecie, di cui al quesito, non solo risulta(va) priva di specifica copertura normativa ma, l'attuale codice dei contratti – invero -, detta disposizioni chiaramente contrarie che impediscono una interpretazione "retroattiva" delle norme codicistiche. In questo senso, in deliberazione si legge che *"L'art. 216, comma 1, del Codice dei contratti, recante «Disposizioni transitorie e di coordinamento» (nel testo invariato pur dopo la novella del d.lgs. n. 56/2017), prevede espressamente che «Fatto salvo quanto previsto nel presente articolo ovvero nelle singole disposizioni di cui al presente codice, lo stesso si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore».*

La questione, in verità, risulta anche chiarita dalla giurisprudenza amministrativa. Infatti, lo stesso Consiglio di Stato, ha puntualizzato che *"Quando viene introdotto un nuovo assetto normativo, che modifica un regime esistente, il legislatore deve (dovrebbe) farsi carico delle questioni di diritto intertemporale e dettare una chiara disciplina sulla transizione tra la regolazione previgente e quella nuova. In astratto, le opzioni regolatorie concettualmente disponibili sono tre":*

- a) la normativa anteriore continua ad applicarsi ai rapporti sorti prima dell'entrata in vigore del nuovo atto normativo (principio di ultrattività);
- b) la nuova normativa si applica anche ai rapporti pendenti (principio di retroattività);
- c) previsione di una regolazione autonoma provvisoria. In mancanza di un'esplicita regolazione del regime transitorio, ma solo in quel caso, soccorrono all'interprete i noti principi del divieto di retroattività (articolo 11 delle preleggi: "la legge non dispone che per l'avvenire"), che impedisce di ascrivere entro l'ambito operativo di una disposizione legislativa nuova una situazione sostanziale sorta prima, e, per quanto riguarda le fattispecie sostanziali che constano di una sequenza di atti (ivi comprese quelle processuali), il principio del *tempus regit actum*, che impone di giudicare ogni atto della procedura soggetto al regime normativo vigente al momento della sua adozione.

Anche la prassi contabile (Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, deliberazione n. 120/2020/PAR) ha avuto modo di affermare gli stessi principi (appunto attingendo dalla giurisprudenza amministrativa. Più in particolare, precisando, che *"Con riferimento alle disposizioni recate dal d.lgs., il legislatore del 2016 si è fatto carico delle questioni di diritto transitorio e le ha chiaramente risolte scegliendo e utilizzando (tra quelle astrattamente disponibili) l'opzione dell'ultrattività, mediante, cioè, la previsione generale che le disposizioni introdotte dal Dlgs n. 50 del 2016 si applicano solo alle procedure bandite dopo la data dell'entrata in vigore del nuovo "Codice", e, quindi, dopo il 19 aprile 2016 [...]» (Cons. Stato, Sez. III, 25.11.2016, n. 4994)".*

Aggiungendo, la deliberazione appena citata che *"non essendo rintracciabili espresse disposizioni che escludano la disciplina degli incentivi tecnici di cui all'art. 113 del nuovo codice dal regime intertemporale sopra riferito, si deve ritenere che quest'ultima possa essere applicata esclusivamente alle attività realizzate sotto la vigenza di bandi pubblicati dopo la sua entrata in vigore (Corte conti*

Sez. controllo Lombardia n. 190/2017/PAR ed in senso analogo n. 191/2017/PAR; Corte dei conti, Sez. controllo Emilia – Romagna n. 120/2020/PAR)“.

3. Riscontro

Alla luce di quanto, al collegio non resta che concludere negativamente l'istruttoria replicando al quesito che *“in caso di pubblicazione del bando di gara antecedentemente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, va escluso l'incentivo per le funzioni relative all'esecuzione degli appalti di servizi, in quanto non previsto dalla previgente normativa“.*

Incentivi e varianti

1. Quesito

Alla sezione lombarda viene posto l'ennesimo quesito in tema di incentivi ma, in relazione al caso di specie, sui rapporti tra il compenso per le funzioni tecniche e le varianti. In pratica se l'importo della variante consente di accrescere la "base" del contratto e quindi un importo più alto su cui calcolare la percentuale dell'incentivo. Nel riscontro, la sezione si attiene a quanto già detto in altre circostanze sottolineando che la perizia, in certi casi, può costituire una aggravante (se colposa) in difetto ritiene che si possa ammettere l'incentivo.

Con il quesito, il presidente di una provincia chiede se *"nelle ipotesi previste dall'articolo 106 del Codice dei contratti pubblici per varianti dei contratti di appalto, autorizzate dal RUP, che comportino maggiori opere o lavori e un incremento dell'importo a base di gara ... sia legittimo procedere alla liquidazione degli incentivi relativi all'incremento dell'importo a base di gara a seguito di approvazione di perizia di variante con i seguenti criteri : il fondo è riferito al nuovo importo lordo a base di gara; l'incremento del Fondo deve corrispondere all'incremento dell'importo a base di gara sul quale è stata inizialmente calcolata la percentuale; il Fondo così ricalcolato deve rispettare comunque il limite massimo del 2% del nuovo importo lordo a base di gara di cui all'art.113 comma 2 del Codice dei contratti"*.

2. La ratio dell'incentivo per funzioni tecniche

Espletata la consueta premessa in tema di incentivi, la sezione ricorda che *“la ratio di tali incentivi è quella di stimolare e premiare l’ottimale utilizzo delle professionalità interne in procedure complesse che, diversamente, dovrebbero essere affidate all’esterno, con aggravio della spesa complessiva. (così Sez. regionale di controllo per il Lazio, deliberazioni n. 57/2018/PAR e 60/2020/PAR)”*.

La sottolineatura, evidentemente, risulta di grande importanza visto che ciò che, con gli incentivi, si intende premiare è il merito, la tempestività e non anche interventi “correttivi” di errori di programmazione (come può essere la variante non necessitata da eventi imprevedibili).

Non a caso la sezione si dilunga su questo aspetto evidenziando che *“La giurisprudenza contabile si è già interessata della questione se sia possibile armonizzare i principi e le finalità dell’istituto incentivante rispetto alla disciplina dello ius variandi, pervenendo alla conclusione che non vi sia incompatibilità a priori e in senso assoluto tra varianti e incentivazione. Da ultimo, sul tema, è intervenuta la Sezione regionale di controllo per il Friuli - Venezia Giulia, con deliberazione n. 43 del 2021 dalle cui conclusioni questa Sezione non ha motivo di discostarsi”*.

Proprio la pronuncia in parola *“dopo aver analiticamente ricostruito il rapporto fra le norme in questione e ripercorso i passaggi salienti delle deliberazioni di maggior interesse rese dalla Corte dei conti sul tema”* ha puntualizzato che *“La giurisprudenza contabile nell’affermare la non incompatibilità in senso assoluto tra varianti e incentivi ha voluto sottolineare che i due aspetti possono trovare adeguata conciliazione nella misura in cui l’incentivo segua comunque una logica di efficienza, efficacia e razionalizzazione lasciando fuori, quindi, le modificazioni contrattuali che derivano da condotte che si discostano dal parametro della diligenza”*.

3. Solo le varianti impreviste legittimano l’incentivo

Anche con la deliberazione in commento, quindi, si sviluppa il discrimine tra varianti “colpose” e varianti impreviste ed imprevedibili e l’incentivo può essere ammesso solo in detta fattispecie e non anche in relazione alle prime.

Solamente in caso di circostanze impreviste ed imprevedibili, si legge in deliberazione *“qualora le varianti (o le prestazioni supplementari) abbiano il carattere della necessità, non siano ascrivibili ad un difetto di programmazione, e vadano a remunerare un quid pluris di attività e adempimenti di natura tecnica posto che, come di recente affermato anche da questa Sezione di controllo, può costituire oggetto d’incentivazione ai sensi dell’art. 113 del codice degli appalti “solo lo svolgimento di specifiche funzioni tecniche, e non qualunque generica partecipazione del personale dipendente della stazione appaltante al ciclo di gestione del contratto pubblico” (Sez. Controllo Lombardia n. 29/2021)”*

In tali evenienze, quindi, l’incentivo deve essere calcolato con riferimento al nuovo importo a base di gara. Ed in questo senso, questo approdo interpretativo ha trovato recente conferma nel D.M. 4 ottobre 2021, n. 204 con cui il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili ha definito le modalità e i criteri di riparto delle risorse del fondo destinato ad incentivi per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti dello stesso Dicastero.

4. Necessaria una motivazione rafforzata

Il collegio, pertanto, si rimette alla discrezionalità dell'Ente locale circa la valutazione sulla definizione della remunerazione dell'incentivo in caso di varianti connotate da particolare complessità (Sezione delle autonomie n. 2 /2019/), *"raccomandando allo stesso un approfondito esame dell'effettiva situazione e della legittimazione alla corresponsione nonché ogni conseguente determinazione riservata alla propria competenza affinché le decisioni siano guidate da logiche di efficienza, efficacia, e razionalità della spesa, basate sulle ragioni giustificative conformi alla ratio dell'istituto"*.

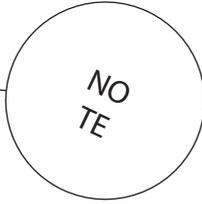
Per giustificare l'erogazione degli incentivi, pertanto, occorrerà una motivazione rafforzata che dia conto della finalizzazione all'interesse pubblico, la quale garantisce il rispetto del principio costituzionale del buon andamento (Sezione Emilia Romagna n. 56/2021).

5. Risposta

Da qui il principio e risposta della sezione secondo cui *"Può ammettersi l'incremento dell'incentivazione per funzioni tecniche solo qualora nel corso dell'esecuzione del contratto si renda necessario redigere una perizia di variante e suppletiva connotata da particolare complessità, con incremento dell'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara con esclusione delle varianti determinate da errori di progettazione. Spetta all'ente locale valutare che la relativa remunerazione risponda ai criteri di efficienza ed efficacia della spesa e verificare l'effettivo svolgimento delle maggiori attività tecniche svolte dai dipendenti. Più precisamente il maggior incentivo determinato da perizia di variante può essere erogato ai dipendenti aventi diritto relativamente alle fasi di valutazione preventiva della medesima perizia di variante, di esecuzione e di collaudo (o verifica di conformità), come previsto dall'articolo 113, comma 2 del D.lvo n. 50/2016"*.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing notes.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing notes.