

Rivista mensile - Anno XII, Numero 5

luglio  
**2022**

# MEDIA APPALTI

---

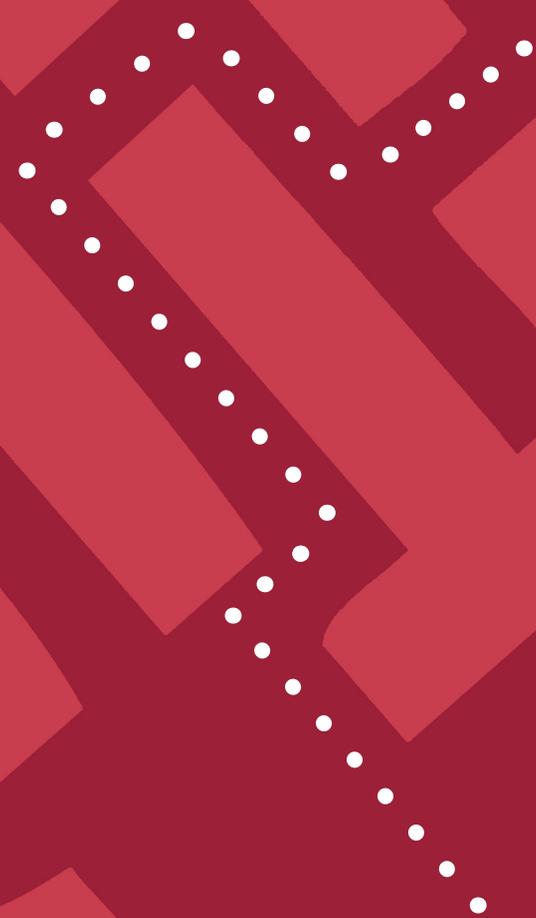
**Revisione prezzi nei  
contratti pubblici:  
ulteriori assestamenti  
normativi e  
giurisprudenziali in attesa  
della futura attuazione  
della legge delega**

---

**Prima lettura dei criteri  
delega per il nuovo codice  
dei contratti**

---

**Il grave illecito  
professionale e la  
dimostrazione con  
"mezzi adeguati"**



**"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](mailto: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**

**luglio  
2022**

# Acqua

Il terreno cretato. Un labirinto di crepe che si aggrovigliano. Un'intricata tessitura di linee che si intersecano. Un'opera di Alberto Burri? No, è terra. Terra spaccata, arsa dal sole, assetata dalla siccità. È il letto di un fiume. E non di un fiume qualunque. È il Pò. Il livello del più grande corso d'acqua del nostro paese è ai minimi storici. Nelle ultime settimane l'emergenza ha assunto i connotati del disastro. L'agricoltura soffre. Soffrono gli allevamenti. Si prospetta un periodo di razionamenti.

Come siamo giunti a questo punto? Il cielo ha deciso di tenersi tutta per sé la pioggia che dovrebbe alimentare il ciclo dell'acqua. Non piove più. La stagione delle piogge è stata cancellata. In alcuni territori, in particolare nel Nordovest, Piemonte, Lombardia, Lazio e Campania, non si registrano precipitazioni abbondanti e costanti dal luglio dell'anno scorso. È da un triennio che le piogge sono scarse su tutto il territorio nazionale.

I cambiamenti climatici? Sì, certo. Ma non solo. Se siamo in queste condizioni lo dobbiamo anche ad altro. "Ci sono anche una serie di cause strutturali" ha riconosciuto Mario Draghi nel corso di una conferenza stampa a fine giugno.

A contribuire a rendere drammatica la situazione c'è "la cattiva manutenzione dei bacini, la cattiva manutenzione della rete che spetterebbe ai concessionari" ha aggiunto il premier.

In un momento in cui l'acqua sta diventando un bene scarso, e per questo ancora più prezioso, non è possibile permettersi alcuno spreco. Dovremmo essere tutti parsimoniosi nell'utilizzo delle risorse idriche. Un impegno che dovrebbe coinvolgere l'uso domestico, quello agricolo e a quello industriale.

Ma qualsiasi buon proposito deve essere supportato da una rete idrica efficiente. Draghi ammette che la scarsa manutenzione delle infrastrutture è tra le cause della scarsità che stiamo affrontando. L'acqua che non arriva a sgorgare dai rubinetti è pari al 40% di quella immessa nella rete. Lungo le migliaia di chilometri degli acquedotti italiani la dispersione di acqua è a livelli insostenibili. Le falle accumulate in decenni di scarsa manutenzione richiedono oggi ingenti investimenti perché la situazione possa essere normalizzata.

In molti paesi europei le perdite vanno dal 5 all'8%. In Israele, dove la rete è controllata da sensori elettronici, si scende fino al 3%.

Nel PNRR il Governo ha stanziato 4 miliardi di euro per indire appalti pubblici necessari ad arginare il fenomeno delle carenze strutturali. Un investimento al di sotto delle stime fatte da Utilitalia. Secondo la federazione che riunisce le Aziende operanti nei servizi pubblici dell'Acqua, dell'Ambiente, dell'Energia Elettrica e del Gas, sarebbero necessari 5 miliardi l'anno. Non un intervento una tantum ma costante e permanente. Circa il 70% della superficie terrestre è ricoperta dall'acqua. Il 60% del corpo umano è costituito da acqua. La Terra, il genere umano, la loro esistenza sono strettamente connesse a questo elemento. Dovremmo fare di più per questo bene che "è il principio di tutte le cose" come affermava già nel sesto secolo avanti Cristo il filosofo greco Talete. Ma, come fa notare il presidente della Fondazione Univerde Alfonso Pecoraro Scagno, in occasione della presentazione del Rapporto Onu-WWAP sulle Acque Sotterranee, "solo il 2% dei fondi del PNRR sono destinati all'acqua". Per mettere in atto un piano di intervento coordinato e concreto, in questi primi giorni di luglio, il Governo lavora al Decreto Siccità. Ma c'è il rischio che passi l'estate prima di poter diventare operativo.

Ne abbiamo fatta passare di acqua sotto i ponti prima di renderci conto che di acqua sotto quei ponti non ne scorre più. Eppure, i segnali che il clima sta operando verso una costante desertificazione sono evidenti da anni. Nel 1994 in occasione della Convenzione delle Nazioni Unite per combattere la desertificazione, si definì desertificazione "il degrado del territorio nelle zone aride, semi aride e sub umide secche attribuibile a varie cause fra le quali variazioni climatiche e le attività umane". Pensavamo che il monito fosse rivolto ai paesi più aridi del pianeta? Questo cambiamento climatico antropico, innescato con la rivoluzione industriale, è più vicino di quanto possiamo renderci conto.

Lo leggiamo ogni giorno. "Ma per quanto siate ben informati, di sicuro non siete abbastanza preoccupati" scriveva David Wallace-Wells in un reportage pubblicato da Internazionale nel settembre 2017.

E' questo che ci manca: la preoccupazione. Non sentiamo ancora sulla nostra pelle gli effetti di ciò che sta accadendo. La tragedia della Marmolada del 3 luglio, il distacco di un'enorme massa di ghiacciaio che ha travolto due cordate di alpinisti, è lo schiaffo in pieno volto che ci fa rinsavire dal torpore. Le alte temperature di questi mesi hanno eroso la stabilità millenaria delle Dolomiti. Il cambiamento climatico è qui. Dentro casa nostra.

È irreversibile. Possiamo rallentarlo con una gestione intelligente delle risorse che abbiamo. Comuni e regioni vergano ordinanze per ridurre i consumi idrici. E qualcuno si lamenta della riduzione della produzione di energia, del fatto che non potremo lavare l'automobile o riempire la piscina. Guardiamo al nostro piccolo e non portiamo lo sguardo a un livello più alto. A quel livello, se non facciamo qualcosa oggi, non avremo più interruttori da attivare, automobili da lavare e piscine da riempire perché nel frattempo il posto in cui abitiamo sarà diventato poco adatto alla vita.

Davanti a tutto questo diventa nitida la politica da adottare. Appaltare lavori pubblici di manutenzione e ristrutturazione delle reti idriche. Trovare alternative alle attuali fonti perché come dichiara Pecoraro Scagno "il Sud è ricco d'acqua ma serve un uso efficiente e sostenibile". Intanto, d'ora in poi, per sempre, non possiamo permetterci di sprecare nemmeno una goccia d'acqua.

**di Enzo De Gennaro**

## sommario

### Editoriale

Acqua

4

### In evidenza

Revisione prezzi nei contratti pubblici: ulteriori assestamenti normativi e giurisprudenziali in attesa della futura attuazione della legge delega.

7

### Sotto la lente

Prima lettura dei criteri delega per il nuovo codice dei contratti

13

### Il Punto

La clausola sociale: orientamenti giurisprudenziali attuali ed adempimenti amministrativi a cura della Stazione appaltante

19

Il grave illecito professionale e la dimostrazione con "mezzi adeguati"

26

Sulla motivazione del provvedimento di ammissione di un operatore economico in caso di grave errore professionale: il panorama della giurisprudenza amministrativa

33

Concessioni di servizi o concessioni di beni? Il Consiglio di Stato spiega la differenza

39

L'anomalia dell'offerta – analisi delle questioni di rilievo, tra pratica operativa e giurisprudenza

47

### Pareri & Sentenze

53

### A Domanda Rispondiamo

58

### In pillole

61

### Osservatorio sulla Corte dei Conti

#### Hanno collaborato a questo numero:

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

**Direttore Responsabile**  
dott. Enzo de Gennaro

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

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

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

**Responsabile Web**  
Lorenzo Antonicelli

**Avv. Riccardo Gai**  
Esperto in materia di appalti pubblici

**Editore:**  
Mediagraphic s.r.l.

**Avv. Adriana Presti**  
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

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

**Dott.ssa Emanuela Pellicciotti**  
Esperta in infrastrutture e contratti pubblici

**Avv. Giuseppe Croce**  
Esperto in appalti pubblici

# Revisione prezzi nei contratti pubblici: ulteriori assestamenti normativi e giurisprudenziali in attesa della futura attuazione della legge delega.

di Stefano de Marinis

IN  
EVIDENZA

## 1. Un quadro normativo in evoluzione

In poco più di tre mesi dalla conversione in legge del decreto "Ristori ter" (legge 28 marzo 2022, n. 25), dove la caratteristica principale sta nel fatto di aver reso obbligatoria la clausola revisionale per tutti i contratti le cui procedure di affidamento risultino avviate dal 27 gennaio in avanti e di aver esteso l'ambito dei rimedi agli Accordi Quadro, devono tra gli altri, richiamarsi: il decreto legge, cosiddetto "Aiuti", n. 50, del 17 maggio 2022, che muta radicalmente il regime compensativo applicabile ai lavori in esecuzione nel 2022, se riferiti a contratti affidati su offerte presentate entro il 2021; due decisioni del TAR Lazio, che mettono in discussione le rilevazioni degli aumenti riguardanti i prezzi dei materiali da costruzione più significativi riferite al 1° semestre 2021; il decreto contenente le rilevazioni del successivo 2° semestre, con le relative modalità di attivazione dei fondi ministeriali in caso di incapienza delle risorse proprie delle singole stazioni appaltanti; la conversione dei due decreti legge, "Bollette" (n. 17, del 1° marzo 2022) ed "Ucraina" (n. 21, del 21 marzo 2022); da ultimo la legge 29 giugno 2022, n.79, di conversione con modifiche del decreto 30 aprile 2022, n. 36, "PNRR 2", che introduce, all'articolo 7, due nuovi commi destinati a regolare gli aspetti incidenti più direttamente sull'esecuzione dei contratti, altrettanto rilevanti rispetto a quelli legati all'aggiornamento dei corrispettivi.

### Premesse

Non conoscono tregua le vicende riguardanti gli strumenti messi in campo dal legislatore per fronteggiare le conseguenze degli eccezionali rincari registrati da tutti i fattori della produzione nel quadro di un andamento particolarmente perturbato del mercato che mette a rischio non solo la realizzazione dei contratti in corso ma anche i nuovi affidamenti, a cominciare da quelli legati al PNRR.

Un quadro a dir poco complesso, sul quale altresì grava la conversione del decreto "Aiuti", e che, al momento, evoca almeno tre grandi questioni:

- il pagamento delle compensazioni disposte dall'articolo 1 *septies* della legge di conversione del decreto legge n. 73/21 sui lavori eseguiti nel 2021 in base alle rilevazioni semestrali del Ministero delle Infrastrutture e delle Mobilità Sostenibili;
- il pagamento dei lavori eseguiti nel 2022 in base ai prezzari regionali aggiornati, come dispone il decreto legge 50/22;
- la disciplina dei contratti relativi a lavori servizi e forniture, a cominciare da quelli avviati dal 27 gennaio 2022 in poi.

## 2. Le decisioni del TAR Lazio

Sulle compensazioni riguardanti i lavori eseguiti nel corso del 2021, pesano le decisioni del TAR Lazio, dello scorso 3 giugno, nn. 7215 e 7216, i cui effetti non appaiono del tutto chiari.

Nella specie, con il primo ricorso erano state contestate le modalità con le quali il decreto ministeriale 11 novembre 2021 aveva rilevato le variazioni percentuali dei materiali da costruzione più significativi. Più in dettaglio, con il primo ricorso si chiedeva *l'annullamento e/o l'accertamento dell'illegittimità e conseguente integrazione, in parte qua, previa adozione di idonee misure cautelari del predetto decreto, censurando espressamente 15 dei 56 valori di incremento certificati per altrettanti materiali storicamente quotati, quali:* i) "Lamiere in acciaio di qualsiasi spessore lisce, piane, striate"; ii) "Lamiere in acciaio 'Corten'"; iii) "Lamiere in acciaio zincate per lattomeria (gronde, pluviali e relativi accessori)"; iv) "Nastri in acciaio per manufatti e per barriere stradali, anche zincati"; v) "Chiusini e caditoie in ghisa sferoidale"; vi) "Tubazioni in ferro senza saldatura per armature di interventi geo-strutturali"; vii) "Tubazioni in acciaio elettrosaldate longitudinalmente"; viii) "Tubazioni in acciaio nero senza saldatura"; ix) "Tubazione in polietilene ad alta densità (PEAD) PE 100"; x) "Tubazione in PVC rigido"; xi) "Tubo in polipropilene corrugato per impianti elettrici"; xii) "Tubi di rame per impianti idrosanitari"; xiii)

## Molte le questioni aperte

"Legname per infissi"; xiv) "Legname abete sottomisa"; xv) "Fibre in acciaio per il rinforzo del calcestruzzo proiettato (spritz beton)".

Nell'accogliere il ricorso per la parte della richiesta di *accertamento dell'illegittimità e conseguente integrazione, in parte qua*, del decreto impugnato, i Giudici hanno dichiarato tenuto il Ministero ad espletare *con riguardo ai rilevati incrementi di prezzo dei materiali più significativi in contestazione ... un supplemento istruttorio, da condurre anche autonomamente ed eventualmente facendo ricorso anche ad altre fonti e tenendo, se del caso, anche conto delle introdotte nuove metodiche di rilevazione, revisione e aggregazione dei dati.*

Simile il contenuto del secondo pronunciamento che, a valle dell'iniziativa di ricorrenti diversi, vede gli stessi Giudici redigere il testo della decisione e pronunciarsi nel merito censurando il decreto *nella parte in cui, in assenza di un criterio univoco di rilevazione e in presenza di dati evidentemente irragionevoli e contraddittori, non ha* (il Ministero) *proceduto ad individuare i materiali da costruzione che hanno subito un eccezionale aumento dei prezzi nel primo semestre dell'anno 2021; nonché nella parte in cui, anche sulla base dei dati trasmessi dai Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, da Unioncamere e da Istat, con criterio del tutto illogico ed irragionevole, oltre che svincolato da qualsivoglia dato reale, ha rilevato, in taluni casi, un aumento percentuale dei prezzi di gran lunga inferiore all'aumento reale registrato sul mercato.*

## Il Ministero tenuto a svolgere un supplemento istruttorio sui rilevati incrementi di prezzo dei materiali in contestazione

Anche in questo caso il TAR ha peraltro concluso dichiarando il Ministero tenuto all'espletamento con esclusivo riguardo ai "materiali più significativi" il cui prezzo rilevato ... è stato contestato per la non rispondenza agli

*effettivi valori di mercato e la cui declaratoria trovi corrispondenza tra quelli oggetto di rilevazione da parte del MIMS, di un supplemento istruttorio da effettuarsi con le stesse modalità.*

Su tali basi il problema che si pone per le stazioni appaltanti è se le intervenute decisioni possano determinare il blocco dei pagamenti degli indennizzi

previsti dal comma 1 *septies*.

La questione riguarda sicuramente i materiali per così dire "sospesi" dai giudici amministrativi, per la necessità di supplemento istruttorio per i quali occorre capire se sia necessario attendere gli esiti di detta verifica, o sia possibile procedere applicando i valori già rilevati, ancorché contestati, salvo conguaglio.

Nel senso dell'attesa milita il dato formale dell'intervenuto, ancorché parziale, annullamento dell'impugnato decreto, che dovrebbe per il resto comunque restare vigente; nel senso della continuità dei pagamenti agli operatori il tenore complessivo delle due sentenze e, soprattutto, gli argomenti spesi dall'Avvocatura di Stato nella difesa delle modalità adottate dal Ministero per la determinazione dei dati impugnati, che sembrano indicare che il supplemento istruttorio non possa che portare o alla revisione in aumento dei relativi valori o, nell'ipotesi meno favorevole alla tesi dei ricorrenti, ad una loro conferma; se si esclude, quindi, la possibilità di una rideterminazione dei contestati valori al ribasso, si potrebbe ipotizzare la prosecuzione delle operazioni di liquidazione di ciò che l'Agenzia delle Entrate sembrerebbe voler considerare come un mero sussidio, con l'ulteriore connesso problema della copertura dell'IVA addebitata dalle imprese alle stazioni appaltanti. Diversamente argomentando, il rischio di sospensione potrebbe estendersi anche ai riconoscimenti del secondo semestre, sbloccati dal decreto ministeriale del 4 aprile 2022.

Peraltro da escludere, ancorché alimentata dal passaggio della decisione n.7216 secondo cui il Ministero non avrebbe individuato *i materiali da costruzione che hanno subito un eccezionale aumento dei prezzi nel primo semestre dell'anno 2021*, sembrerebbe l'ipotesi che l'esito del supplemento d'istruttoria ministeriale possa portare ad un aumento del numero dei materiali oggetto di rilevazione.

### La continuità dei pagamenti delle compensazioni sui lavori eseguiti nel 2021



### L'immediata rivalutazione dei SAL da emettere



### 3. Il cambio di passo del decreto "Aiuti"

Passando al tema dei lavori eseguiti nel 2022, va detto che l'elemento caratterizzante il decreto Aiuti sta nel fatto di aver radicalmente mutato la modalità di compensazione degli operatori economici, anticipando i termini temporali del riequilibrio dei corrispettivi in tal senso dovuti da dopo la semestrale rilevazione ministeriale al momento del pagamento del singolo SAL.

Ai sensi di quanto previsto dall'articolo 26, del decreto legge 50/22, infatti, tutti i pagamenti in scadenza dal 17 maggio 2022 in avanti devono essere automaticamente aggiornati applicando alle prestazioni eseguite - derogando in forza della legge che espressamente lo prescrive alle diverse previsioni contrattuali - valori aggiornati fino al 20% rispetto a quelli dei prezzari utilizzati per bandire i lavori, ancorché questi risultassero aggiornati al 31 dicembre 2021. In questo senso dispone il comma 3 dell'articolo 26, richiamato al comma 1, secondo il quale, nelle more della determinazione dei nuovi (vedi infra) prezzari regionali ... le stazioni appaltanti ... *ai fini della determinazione del costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni, ai sensi dell'articolo 23, comma 16, del d.lgs. n. 50 del 2016, incrementano fino al 20 per cento le risultanze dei prezzari regionali di cui al comma 7 del medesimo articolo 23, aggiornati alla data del 31 dicembre 2021.*

I maggiori importi vengono riconosciuti non integralmente, ma nella misura del 90%, e **restano assoggettati a conguaglio**, da compiersi dopo il 31 luglio, sulla base dei dati rivenienti dai nuovi prezzari regionali che, nel frattempo, dovranno essere adottati sulla base di apposite Linee Guida da emanarsi dall'ISTAT a norma del comma 12 della legge 25/2022 di conversione del decreto legge n. 4, con dati aggiornati al 30 giugno 2022.

L'attuale mancata adozione di dette linee guida unitamente all'intervenuta emanazione, a valle del decreto Aiuti, di prezzari regionali aggiornati al 2022 peraltro pone, e porrà, ulteriori problemi di natura applicativa.

L'intervento del legislatore si pone in termini di straordinarietà ed urgenza - che peraltro sono i presupposti tipici dei decreti legge - di cui è testimonianza tangibile il fatto che anche i lavori eseguiti nel 2022 che alla data del 17 maggio (data di pubblicazione in gazzetta ed entrata in vigore del provvedimento) fossero già stati pagati devono essere compensati con la stessa regola, mediante adozione di certificati di pagamento straordinari, da emettere nei successivi 30 giorni (cioè entro il 16 giugno 2022).

Stesso aggiornamento forfettario dovrà essere effettuato, dalle stazioni appaltanti, per i corrispettivi da porre a base d'asta all'atto della messa in gara di nuovi lavori; in questo senso depone l'art. 26, comma 6 del decreto Aiuti, secondo il quale, ferme le previsioni dei commi 8 e 9 del decreto legge 27 gennaio 2022, n. 4, *per fronteggiare i maggiori costi derivanti dall'aggiornamento, ai sensi dei commi 2 e 3 del presente articolo, dei prezzi utilizzati nelle procedure di affidamento delle opere pubbliche avviate successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto e sino al 31 dicembre*

*2022, le stazioni appaltanti possono procedere alla rimodulazione delle somme a disposizione e indicate nel quadro economico degli interventi.* Al riguardo si rammentano le censure della giurisprudenza amministrativa (Tar Lecce, Sezione III, n.497/2021; Catania, Sezione I, n.3693/21) nel caso di mancato aggiornamento dei prezzi messi a base di gara.

L'intervento del decreto aiuti riguarda, in modo analogo, gli **Accordi Quadro** affidati (*aggiudicati ovvero efficaci*) allo scorso 17 maggio, rispetto ai quali occorre procedere allo stesso modo nei confronti delle prestazioni eseguite/da eseguirsi nel corso del 2022; ciò in base al comma 8 dell'articolo 26, che trasforma ed amplia le facoltà già previste dal decreto legge n. 4/22, in obblighi.

### **Il certificato di pagamento straordinario da emettere entro il 16 giugno per i lavori eseguiti nel 2022 e pagati prima del 17 maggio**



concessioni per la prima volta interessate da una norma *ad hoc*, l'articolo 27 che peraltro riguarda solo le concessioni autostradali; il tema degli appalti scoperti, perchè affidati prima del 27 gennaio; quello delle forniture e dei servizi.

Ad alcuni di essi il processo di conversione intenderebbe dare risposta introducendo opportune modifiche al testo vigente. Tra queste, per ora tutte di origine parlamentare, la proposta, giusta

ma non priva di difficoltà tecniche sul piano applicativo, secondo la quale l'articolo 29 del decreto n. 4/2022 verrebbe retroattivamente ad applicarsi *anche alle procedure di affidamento i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati tra il 1° e il 26 gennaio 2022, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, qualora l'invio degli inviti a presentare le offerte sia avvenuto nel medesimo* lasso

di tempo, regola che si vorrebbe applicare anche ai contratti le cui offerte siano *pervenute nel medesimo arco temporale.*

Relativamente alle concessioni l'ipotesi sarebbe nel senso di applicare le relative previsioni *anche agli altri concessionari di cui all'articolo 164, comma 5, del Codice.*

In merito all'operatività della normativa subordinata alla presenza e/o all'adozione dei prezzi regionali, la soluzione sarebbe quella di eliminare la qualificazione di "regionali", ovvero di chiarire espressamente che le previsioni in parola trovano applicazione anche ai cosiddetti settori speciali o alle stazioni appaltanti che non applicano prezzi regionali. Sul delicato fronte delle risorse

### **L'obbligo di tempestivo aggiornamento dei valori di affidamento riguarda anche i contratti da mandare in gara**



### **Numerosi problemi interpretativi ed applicativi posti dal decreto "Aiuti"**



si mira a riconoscere l'utilizzabilità per intero dei ribassi d'asta, oggi limitata dall'eventuale presenza di diverse destinazioni indicate per legge; nulla risulta proposto, viceversa, sulle modalità di contabilizzazione della quota eccedente i corrispettivi contrattualmente pattuiti, né come trattare il tema dell'imputazione delle risorse necessarie al pagamento dei SAL maggiorati.

Per quel che riguarda i contratti di forniture e servizi, l'ipotesi sarebbe quella di disporre per legge che *anche in deroga alle previsioni legali o contrattuali in materia di revisione prezzi... applicabili, si proceda a rinegoziazioni che garantiscano una riconduzione a equità commisurata ai maggiori costi sostenuti, come risultanti dagli indici statistici relativi alle varie componenti di costo e che, per l'individuazione della base di calcolo, si avrà riguardo all'esposizione dei costi sostenuti dall'appaltatore, secondo i principi disciplinanti il sub-procedimento di verifica di anomalia dell'offerta.*

#### 4. La conversione del decreto 36/2022 "PNRR 2"

Una correzione, presente anche tra gli emendamenti al decreto "Aiuti", viceversa già entrata a far parte a pieno titolo del quadro normativo vigente è quella che, come anticipato in apertura, troviamo inserita nella conversione del decreto 30 aprile 2022, n. 36 "PNRR 2", all'art. 7, commi 2 *bis* e 2 *ter* della legge 29 giugno 2022, n. 79. Trattasi della soluzione legislativa alla connessa questione dell'impatto modificativo che le perturbazioni dei mercati in corso generano non tanto e non solo sui profili economici dei contratti ma anche, e forse in alcuni casi ancor prima, sul fronte delle relative modalità di esecuzione.

Ciò, sulla falsariga di quanto era stato già disposto in occasione degli eventi legati al contenimento della crisi pandemica dovuta al diffondersi del SARS CoV-2; in tal senso il riferimento è all'art. 4 comma 3 del dl 16 luglio 2020, n.76, ed in linea con quanto la stessa ANAC, con Delibera 11 maggio 2022, n. 227, aveva recentemente sostenuto in via interpretativa, con posizioni analoghe a quelle oggi fissate dalla legge. Dispone al riguardo il citato comma 2 bis che

l'articolo 106, comma 1, lettera c), numero 1), del codice dei contratti pubblici si interpreta nel senso che tra le circostanze *impreviste ed imprevedibili* che legittimano l'introduzione di modifiche ai contratti in sede di esecuzione, definite in questo caso varianti, sono *incluse* quelle che *alterano in maniera significativa il costo dei materiali necessari alla realizzazione dell'opera.*

Precisa in quest'ottica il comma 2-quater che, *senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, la stazione appaltante o l'aggiudicatario possono proporre, senza che sia alterata la natura generale del contratto e ferma restando la piena funzionalità dell'opera, una variante in corso d'opera che assicuri risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare esclusivamente in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi dei materiali.*

Trattasi, in sostanza, della legittimazione di tutte quelle casistiche per le quali l'eccessivo costo di un materiale o, ancor meglio, la sua rarefazione o l'indisponibilità sul mercato possono incidere in modo importante sulle modalità di adempimento della prestazione dedotta in contratto, ad esempio sui tempi di realizzazione o sui costi che comunque si riverbererebbero sulla copertura economica della commessa.

In tali situazioni potrà essere utile, tanto sul fronte della committenza quanto su quello dell'esecutore, modificare alcune prescrizioni, ovvero i tempi di esecuzione, cosa che spiega il fatto che resta sottolineata la necessità che, attraverso dette modifiche, si determini un risparmio di spesa per la committenza e che tale risparmio si finalizzato esclusivamente a far fronte, tramite compensazione, ai maggiori costi derivanti dall'aumento dei prezzi dei materiali, cosa che dovrà essere opportunamente documentata.

Nello stesso senso rileva come l'iniziativa di proposizione della modifica possa essere assunta tanto dalla stazione appaltante,

interessata a non bloccare l'esecuzione dell'opera, quanto dall'esecutore. In questo senso giova ricordare come le varianti su iniziativa dell'appaltatore, cosiddette varianti migliorative, erano state in passato previste, con limiti ancor

### L'interpretazione autentica dell'art. 106, comma 1, lett. c, del codice, in tema di circostanze impreviste ed imprevedibili

più stringenti, dal vecchio decreto ministeriale 9 aprile 2000, n. 145, recante il capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici.

In specie l'articolo 11 del predetto decreto, conferiva all'appaltatore la facoltà di proporre modifiche *dirette a migliorare gli aspetti funzionali, nonché singoli elementi tecnologici o singole componenti del progetto, che non comportano riduzione delle prestazioni qualitative e quantitative stabilite nel progetto stesso e che mantengono inalterate il tempo di esecuzione dei lavori e le condizioni di sicurezza dei lavoratori. La idoneità delle proposte è dimostrata attraverso specifiche tecniche di valutazione, quali ad esempio l'analisi del valore.* Da notare, infine, la portata retroattiva delle su menzionate previsioni inserite nella conversione del decreto legge n.36/22, sorretta dall'indicazione: si "interpreta".

### 5. Conclusioni

Deriva da quanto precede un quadro di incognite che, si spera, al più presto possano essere superate. La loro presenza non implica, peraltro, la legittimazione, di comportamenti attendisti o dilatori da chi sarebbe chiamato ad agire.

In questo senso vale evidenziare da un lato come la regola fissata al l'articolo 21 del decreto legge 76/20, che a far data dal 16 luglio 2020 esclude la responsabilità per danno erariale, tranne il caso del dolo, per tutti i fatti commessi fino al 31 giugno 2023, vale nel caso di comportamenti attivi, non per quelli cosiddetti omissivi.

Dall'altro rileva l'aiuto che, soprattutto nel caso in cui si tratti di evitare la sospensione delle attività esecutive lo strumento del Collegio Consultivo Tecnico è in grado di fornire, in specie al RUP. Al riguardo occorre infatti ricordare che l'applicazione delle indicazioni del CCT vale, per il RUP, ai sensi dell'art. 6, comma 3, terzo periodo, del decreto legge 76/20, esenzione da responsabilità erariale, viceversa sussistente nell'ipotesi di disapplicazione, ciò che

si aggiunge alla regola generale creando, per così dire, una "doppia cintura di salvataggio" a favore di chi opera.

### Varianti per risolvere il caro materiali

In questo senso è fondamentale rilevare come quella in tal modo intrapresa dal Governo sia l'unica strada in grado di consentirci di portare a termine il PNRR e tutto ciò che ad esso direttamente o indirettamente si lega anche in termini di crescita del Paese (come peraltro la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto con decisione n.4/22).

Ciò nell'attesa di un nuovo quadro di regole (la **delega appalti è stata pubblicata con il n. 78 sulla Gazzetta Ufficiale del 24 giugno u.s.**) che,

*in materia di revisione dei prezzi, dovrà prevedere l'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari*

*condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, compresa la variazione del costo derivante dal rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro .... a valere sulle risorse disponibili del quadro economico degli interventi e su eventuali altre risorse disponibili per la stazione appaltante da utilizzare nel rispetto delle procedure contabili di spesa (così lett. g) dei criteri di delega).*

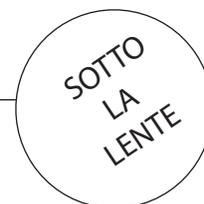
Ciò senza dimenticare, peraltro, che, nella migliore delle ipotesi, le nuove soluzioni non saranno disponibili prima di giugno 2023, quando tutti i principali affidamenti dovranno esser già stati fatti, e che comunque il nuovo quadro necessiterà di adeguate tempistiche per la sua metabolizzazione e piena applicazione.

### La non convenienza dei comportamenti attendisti od omissivi

### La nuova disciplina revisionale nella delega Appalti (legge 21 giugno 2022, n.78) prevista per giugno 2023

# Prima lettura dei criteri delega per il nuovo codice dei contratti

di Stefano Usai



## Premesse

Con la legge del 21 giugno n. 78, con entrata in vigore prevista per il 9 luglio, al Governo vengono "consegnati" i criteri/obiettivi entro cui (e per il raggiungimento dei quali) elaborare/predisporre il nuovo codice dei contratti.

Sono abbastanza note le varie considerazioni sul reale eccesso normativo nell'ordinamento giuridico degli appalti (e non solo) e, da qui, l'ovvia esigenza di contingentare l'apparato normativo restando anche entro i confini di quanto già richiesto in sede comunitaria con le direttive.

Nei criteri, alcuni, che saranno oggetto di considerazione pare essere ben presente la necessità di semplificare e di ridurre la tempistica di aggiudicazione e (ad esempio) gli stessi livelli di progettazione nei lavori pubblici. Ma su tutti una esigenza di delegificare o stare nell'ambito delle indicazioni comunitarie.

In questo senso, immediatamente, il primo criterio impone al Governo (lett. a)) il "perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse". La prima parte

quindi sostanzia una chiara disposizione di non andare oltre l'ambito delle disposizioni comunitarie evitando l'*iper* regolamentazione.

La questione, anzi l'obiettivo (inderogabile) viene ricordato in conclusione di questo primo criterio laddove si impone di "di assicurare la riduzione e la razionalizzazione delle norme in materia di contratti pubblici, con ridefinizione del regime della disciplina secondaria, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, ove necessario".

La direttiva, nella sua seconda parte, contiene una indicazione sulle materie che richiedono un quadro normativo chiaro e chirurgico.

In questo senso si mantiene "ferma" l'inderogabilità "delle misure a tutela del lavoro, della sicurezza, del contrasto al lavoro irregolare, della legalità e della trasparenza, al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza e al confronto competitivo fra gli operatori dei mercati dei lavori, dei servizi e delle forniture, con particolare riferimento alle micro, piccole e medie imprese, tenendo conto delle specificità dei contratti nei settori speciali e nel settore dei beni culturali, anche con riferimento alla fase esecutiva".

Seguendo l'ordine di cui alla legge predetta e quindi della delega, meritano approfondimento le indicazioni contenute nella lettera b) di prevedere una "revisione delle competenze dell'Autorità nazionale anticorruzione in materia di contratti pubblici, al fine di rafforzarne le funzioni di vigilanza sul settore e di supporto alle stazioni appaltanti".

Nonostante le perplessità sulla "sopravvivenza" dell'ANAC se ne ribadisce il ruolo e si puntualizza l'esigenza di rafforzare i compiti di supporto.

Ed è proprio questo, probabilmente, che potrebbe rappresentare un valore aggiunto qualora l'*authority* elaborasse nuovi ed interiori modelli per le stazioni appaltanti, in particolare gli atti tecnici (dai bandi tipo agli schemi di contratto come anche nelle direttive viene richiesto).

Non può non legarsi a questo la ribadita istanza di semplificare (lett. e)) la "disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, nel rispetto dei principi di pubblicità, di trasparenza, di concorrenzialità, di rotazione, di non discriminazione, di proporzionalità, nonché di economicità, di efficacia e di imparzialità dei procedimenti e della specificità dei contratti nel settore dei beni culturali, nonché' previsione del divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare, ai fini della selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate".

Al di là della novità dell'impossibilità di utilizzare il sorteggio nella scelta degli operatori, la revisione del sistema di acquisizione nel sottosoglia chiarirà se le attuali norme emergenziali verranno o meno confermate. Il problema si pone, probabilmente, per l'affidamento diretto "puro" oggi previsto per importi fino a 139 mila euro.

**Nei criteri pare essere ben presente la necessità di semplificare e di ridurre la tempistica di aggiudicazione e (ad esempio) gli stessi livelli di progettazione nei lavori pubblici.**



Ciò che preoccupa, evidentemente, è soprattutto la dinamica dell'affidamento "puro" così come letto anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che ritiene lo stesso realmente semplificato risultando sufficiente un unico atto (la c.d. determinazione semplificata ex art. 32, comma 2, secondo periodo richiamata dal comma 3, art. 1 del DI 76/2020 come ricalibrato dal DL 77/2021). Si tratta di una fattispecie, sicuramente, singolare che mal

si concilia con le istanze della concorrenza e della pari opportunità.

A questo punto sarebbe bene individuare/reintrodurre forme di controllo interno di tipo preventivo sulle determinazioni a contrarre – magari con ribadita competenza del responsabile anticorruzione in collaborazione con i vari responsabili ed in particolare il responsabile dei servizi finanziari –, per una più meditata attenzione sugli atti cercando quindi di operare preventivamente piuttosto che successivamente con il controllo "postumo" previsto nel decreto legislativo 267/2000.

Il controllo in parola potrebbe avere ad oggetto esclusivamente la determinazione a contrarre (con conseguente eliminazione, tra l'altro, della determinazione unica che rappresenta un grave *vulnus* anche dei principi contabili armonizzati).

**E' bene anche evidenziare che, a proposito di recenti interventi dell'autorità, il nuovo schema di piano anticorruzione 2022/2024 un importante focus viene dedicato all'attività contrattuale con riferimento, tra l'altro al RUP.**



E' bene anche evidenziare che, a proposito di recenti interventi dell'autorità, il nuovo schema di piano anticorruzione 2022/2024 un importante *focus* viene dedicato all'attività contrattuale con riferimento, tra l'altro al RUP. Una delle sottolineature, quale punto di criticità, è quella della assenza di rotazione nel momento in cui vengono affidati gli incarichi di responsabile unico del procedimento. Si tratta, oggettivamente, di una criticità impossibile da superare nelle piccole stazioni appaltanti salvo voler pensare ad una ampia possibilità di esternalizzare il supporto.

A questo punto, il superamento del grave problema delle piccole stazioni appaltanti che, evidentemente, scontano una situazione di grave carenza di organico non potrà che essere risolto alimentando il sistema di qualificazione.

Suscita anche qualche perplessità l'eliminazione del sorteggio nella scelta degli operatori da invitare alle procedure negoziate. Soprattutto in assenza di alternative. Il pericolo è che una scelta discrezionale, se non adeguatamente motivata, possa determinare arbitri o comportamenti non corretti.

### **1. In tema di qualificazione delle stazioni appaltanti**

Proprio alla qualificazione delle stazioni appaltanti a cui la legge dedica uno specifico criterio.

In questo senso, è proprio la lettera c) che richiama il Governo ad una "ridefinizione e rafforzamento della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, afferenti ai settori ordinari e ai settori speciali, al fine di conseguire la loro riduzione numerica, nonché l'accorpamento e la riorganizzazione delle stesse, anche mediante l'introduzione di incentivi all'utilizzo delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti ausiliarie per l'espletamento delle gare pubbliche".

Questo criterio non sembra tener conto del lavoro già svolto dall'ANAC che ha elaborato un sistema di qualificazione (con lo schema di linee guida in consultazione) mentre il criterio sembra delegarne il compito al Governo.

Il problema sarà quindi di coordinamento tra il lavoro del Governo (delle varie commissioni) e lo schema delle linee guida elaborate sulla base dell'attuale quadro normativo.

Sempre il criterio in parola richiede al Governo la "definizione delle modalità di monitoraggio

dell'accorpamento e della riorganizzazione delle stazioni appaltanti; potenziamento della qualificazione e della specializzazione del personale operante nelle stazioni appaltanti, anche mediante la previsione di specifici percorsi di formazione, con particolare riferimento alle stazioni uniche appaltanti e alle centrali di committenza che operano a servizio degli enti locali".

Il criterio individua quindi anche la necessità di potenziare le stazioni uniche e le centrali di committenza che dovrebbero costituire supporto, soprattutto, per le stazioni appaltanti dei comuni non capoluogo che, oggi, si trovano anche in una situazione estremamente complessa in relazione alla competenza (o meno) di aggiudicare gli appalti del PNRR

E' ancora aperto, infatti, il problema sulla corretta competenza dei comuni non capoluogo ad aggiudicare i contratti del PNRR/PNC (finanziati anche solo in parte).

Considerato che l'articolo 52 del DL 77/2021 ne limita la competenza alla soglia infra 40mila euro per beni/servizi e infra 150mila euro per lavori.

### **2. La revisione dei prezzi**

Il criterio contenuto nella lettera g), relativo alla "previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, compresa la variazione del costo derivante

dal rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro sottoscritti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicabili in relazione all'oggetto dell'appalto e delle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente"

**Al Governo si richiede anche la definizione delle modalità di monitoraggio dell'accorpamento e della riorganizzazione delle stazioni appaltanti e il potenziamento della qualificazione e della specializzazione del personale operante nelle stazioni appaltanti, anche mediante la previsione di specifici percorsi di formazione, con particolare riferimento alle stazioni uniche appaltanti e alle centrali di committenza che operano a servizio degli enti locali.**



La prima parte della direttiva, quindi, ritorna sulla recente questione della variazione dei prezzi sia per i contratti di beni/servizi sia per il materiale da costruzione nei lavori.

Dal criterio sembra emergere però un collegamento tra la revisione ed una causa oggettiva – non ultima l’adeguamento dei contratti di lavoro e quindi la variazione del costo del personale -.

E’ necessario, a questo punto, che la norma futura individui chiaramente le varie ipotesi e, soprattutto, la clausola da inserire nel disciplinare.

La seconda parte del criterio detta una indicazione sul reperimento delle risorse per far fronte alla variazione intervenuta.

Più nel dettaglio (in parte già come accade oggi) si precisa che occorre stabilire “che gli eventuali oneri derivanti dal suddetto meccanismo di revisione dei prezzi siano a valere sulle risorse disponibili del quadro economico degli interventi e su eventuali altre risorse disponibili per la stazione appaltante da utilizzare nel rispetto delle procedure contabili di spesa”.

I meccanismi attuali prevedono anche la possibilità di attingere a fondi ministeriali.

La lettera d) richiama l’esigenza di prevedere, “al fine di favorire la partecipazione da parte delle micro e piccole imprese, di criteri premiali per l’aggregazione di impresa, nel rispetto dei principi unionali di parità di trattamento e non discriminazione tra gli operatori economici, della possibilità di procedere alla suddivisione degli appalti in lotti sulla base di criteri qualitativi o quantitativi, con obbligo di motivare la decisione di non procedere a detta suddivisione, nonché del divieto di accorpamento artificioso dei lotti, in coerenza con i principi dello Small Business Act, di cui alla comunicazione della Commissione europea (COM(2008) 394 definitivo), del 25 giugno 2008, anche al fine di valorizzare le imprese di prossimità”.

Rimangono, in pratica, punti fermi sia la lottizzazione, la cui mancanza andrà motivata in determinazione a contrarre e la necessità di assicurare partecipazioni alle piccole imprese.

### 3. Riduzione dei tempi della fase pubblicitica

I criteri (lettera m)) ritornano anche sulla questione di una celere conclusione della procedura di gara (e conclusione tempestiva delle fasi successive di tipo esecutivo).

In questo senso, l’invito al Governo è quello di assicurare una “riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara, alla stipula dei contratti, anche attraverso contratti-tipo predisposti dall’Autorità nazionale anticorruzione”.

L’ultimo inciso ha sicuro rilievo visto che coinvolge l’ANAC in fase anche dell’esecuzione del contratto con la predisposizione di schemi appositi. Su tali schemi, prosegue il parere, occorrerà sentire “il Consiglio superiore dei lavori pubblici relativamente ai

contratti-tipo di lavori e servizi di ingegneria e architettura”.

Attenzione, e quindi una richiesta di celerità viene espressa anche in relazione “all’esecuzione degli appalti, anche attraverso la digitalizzazione e l’informatizzazione delle procedure, la piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell’operatore economico”.

Il criterio, anzi i criteri nell’ambito della lettera citata risultano piuttosto diversificati visto che con lo stesso si prevede il “superamento dell’Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici” circostanza che impone “il rafforzamento della specializzazione professionale dei commissari all’interno di ciascuna amministrazione e la riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti, nonché’ di quelli relativi al pagamento dei corrispettivi e degli acconti dovuti in favore degli operatori economici, in relazione all’adozione dello stato di avanzamento dei lavori e allo stato di svolgimento delle forniture e dei servizi”.

Gli ultimi incisi ritornano anche sulla necessità di velocizzare i pagamenti agli operatori economici riducendo gli oneri documentali, oggi, particolarmente importanti.

**I criteri richiamano anche la competenza dell’ANAC sulla predisposizione, in fase anche esecutiva, di schemi di contratto.**



Si tratta, a ben vedere, di un obiettivo costantemente ribadito ma di difficile realizzazione visto che – si pensi alla questione documentale collegata ai requisiti di partecipazione –, l'unico modo per superare le problematiche è quello di realizzare effettivamente (realmente) una banca unica a cui il RUP può rivolgersi.

In questo senso deve essere letto anche il criterio direttivo declinato nella lettera n).

Con il criterio si chiede (prima parte) che in fase di redazione si opera una "razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe". Una richiesta, anche logica, è quella di giungere ad un "catalogo" definitivo e certo sulle fattispecie di illecito professionale.

In questo senso, il criterio richiede di individuare "le fattispecie che configurano l'illecito professionale di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014". Si tratta, come noto, di una delle materie di maggior conflittualità.

Nel senso della riduzione dei termini anche il criterio (lett. q)) che esige una "semplificazione delle procedure relative alla fase di approvazione dei progetti in materia di opere pubbliche, anche attraverso la ridefinizione dei livelli di progettazione ai fini di una loro riduzione, lo snellimento delle procedure di verifica e validazione dei progetti e la razionalizzazione della composizione e dell'attività del Consiglio superiore dei lavori pubblici".

#### 4. Valutazioni e varianti

Una delle esigenze di maggior rilievo è quella espressa con il criterio di cui alla lettera t).

In primo luogo il Governo viene chiamato ad individuare i casi in cui è possibile utilizzare il criterio del prezzo più basso o aggiudicare al solo costo. Con conseguente creazione di automatismi di valutazione/aggiudicazione.

Il criterio ritorna sulla questione dell'esclusione automatica delle offerte anomale pretendendone una applicazione (nel sottosoglia) nel caso di appalti che non abbiano carattere transfrontaliero e che l'estromissione possa avvenire "sulla base di

**Le linee di indirizzo, quindi, prevedono anche una nuova ridefinizione della disciplina dei servizi sociali (lett. v)) ed i servizi ad alta intensità di manodopera.**



meccanismi e metodi matematici, tenendo conto anche della specificità dei contratti nel settore dei beni culturali e prevedendo in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso".

Si prevede la "ridefinizione della disciplina delle varianti in corso d'opera, nei limiti previsti dall'ordinamento europeo, in relazione alla possibilità di modifica dei contratti durante la fase dell'esecuzione" (lettera u)).

#### 5. Le clausole sociali

Le linee di indirizzo, quindi, prevedono anche una nuova ridefinizione della disciplina dei servizi sociali (lett. v)) ed i servizi ad alta intensità di manodopera. Su questi contratti si concentra il criterio per ribadire l'obbligo dell'inserimento di clausole sociali "volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo come criterio utilizzabile ai fini dell'aggiudicazione esclusivamente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa".

La questione, quindi, della stabilità occupazionale ritorna anche con i criteri e si aggiunge ai nuovi obblighi assunzionali previsti per i contratti del PNRR (art. 47 del DI 77/2021).

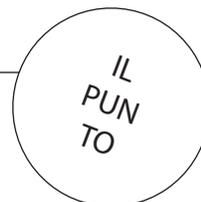
#### 6. Affidamento congiunto e soluzione controversie

Il criterio individuato alla lettera ee) si sofferma sulla necessità di una individuazione delle ipotesi di appalto congiunto (e quindi la possibilità di assegnare la progettazione con l'esecuzione dei lavori). In prospettiva si dovrà prevedere "il possesso della necessaria qualificazione per la redazione dei progetti nonché l'obbligo di indicare nei documenti di gara o negli inviti le modalità per la corresponsione diretta al progettista, da parte delle medesime stazioni appaltanti, della quota del compenso corrispondente agli oneri di progettazione indicati espressamente in sede di offerta dall'operatore economico, al netto del ribasso d'asta".

Infine, tra gli altri, pare rilevante il criterio della lettera II) che sembra ribadire la necessità di ripetere l'esperienza del collegio consultivo (ora previsto solo per i lavori del sopra soglia comunitario) in modo da rafforzare "metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto".

# La clausola sociale: orientamenti giurisprudenziali attuali ed adempimenti amministrativi a cura della Stazione appaltante

di Beatrice Corradi



## 1. La clausola sociale. Finalità, disposizioni e giurisprudenza

Nel caso del subentro di un nuovo operatore in un appalto pubblico la legge, la prassi e la giurisprudenza, nonché le parti sociali, hanno cercato nel tempo di garantire la stabilità occupazionale nel rispetto della libertà organizzativa e gestionale dell'imprenditore. Le situazioni che si possono verificare nel corso dei "cambi di appalto" sono talvolta delicate, casi se ne rilevano nel cd CCNL MULTISERVIZI, che al proprio articolo 4 prevede, tra l'altro, che l'impresa subentrante assumerà in qualità di dipendenti i lavoratori trasferiti dall'impresa cessante.

La clausola sociale è definita come una norma di civiltà nel lavoro, determinando un miglioramento nel settore degli appalti, in modo particolare in quello ad alta intensità di manodopera, rappresentando uno strumento effettivo per la stabilità occupazionale dei lavoratori e riducendo i livelli preesistenti di forte precarietà. Inoltre tale istituto ha contribuito a migliorare la condizione dei lavoratori sotto il profilo dell'esigibilità del contratto di lavoro.

Nel nostro ordinamento con riferimento agli appalti è previsto che "Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi i settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81" (cfr. art. 50 del d.lgs. 50/2016, cfr. artt. 38 e 26 delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE).

L'applicazione della clausola sociale "richiede un bilanciamento fra più valori, di rango costituzionale, ed anche europeo". Ci si riferisce al rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost., e dall'art. 16 della Carta di Nizza, che riconosce 'la libertà di impresa', conformemente alle legislazioni nazionali e al diritto al lavoro, la cui protezione è infatti imposta dall'art. 35 Cost. e dall'art. 15 della citata Carta di Nizza (Cons. Stato, Comm. spec., parere 21 novembre 2018, n. 2703).

Il rispetto della libertà di impresa, nel momento in cui la clausola sociale è predisposta nell'ambito della P.A., richiede l'applicazione del principio di proporzionalità dell'agire amministrativo, implicito nell'art. 97 Cost. e previsto dall'art. 5 del Trattato europeo. Il passaggio dei lavoratori al nuovo subentrato nell'appalto, non è automatico, necessita, infatti, pur sempre di apposite concordi dichiarazioni di volontà (contestuali o collegate) delle imprese e/o della stazione appaltante.

L'obbligo di riassorbimento del personale imposto dalla clausola in questione deve essere inteso in modo compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante. Per tali ragioni detta clausola va formulata e intesa in maniera

elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario, anche perché solo in questi termini la clausola sociale è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa secondo la quale l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva.

Ciò al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto, a fronte di questo, dalla *lex specialis* di gara non può discendere un obbligo di mantenimento dell'anzianità dei lavoratori.

La Corte Costituzionale a riguardo ha dichiarato, ad esempio, l'illegittimità costituzionale di disposizioni di leggi regionali che non si limitavano a prevedere il mantenimento in servizio di personale già assunto,

**Il rispetto della libertà di impresa, nel momento in cui la clausola sociale è predisposta nell'ambito della P.A., richiede l'applicazione del principio di proporzionalità dell'agire amministrativo, implicito nell'art. 97 Cost. e previsto dall'art. 5 del Trattato europeo. La clausola sociale è definita come una norma di civiltà nel lavoro, determinando un miglioramento nel settore degli appalti, in modo particolare in quello ad alta intensità di manodopera, rappresentando uno strumento effettivo per la stabilità occupazionale dei lavoratori e riducendo i livelli preesistenti di forte precarietà.**



nel caso di discontinuità dell'affidatario, ma stabilivano in modo automatico generalizzato "l'assunzione a tempo indeterminato" del personale già "utilizzato" dalla precedente impresa o società affidataria dell'appalto (Corte Cost., 3 marzo 2011, n. 68).

Per tale ragione è stata posta in risalto l'opportunità di prevedere un "vero e proprio 'piano di compatibilità' o 'progetto di assorbimento', nel senso che l'offerta debba illustrare in qual modo concretamente l'offerente, ove aggiudicatario, intenda rispettare la clausola sociale".

Questo comporta la formulazione di "una vera e propria proposta contrattuale ... che contiene gli elementi essenziali del nuovo rapporto in termini di trattamento economico e inquadramento, unitamente all'indicazione di un termine per l'accettazione",

con conseguente possibilità per il lavoratore di "previa individuazione degli elementi essenziali del contratto di lavoro" (Cons. Stato, parere n. 2703 del 2018).

È rimessa al concorrente la scelta sulle concrete modalità di attuazione della clausola, incluso l'inquadramento da attribuire al lavoratore, spettando allo stesso operatore formulare eventuale 'proposta contrattuale' al riguardo, anche attraverso il cd. 'progetto di assorbimento', introdotto dall'art. 3, ultimo comma, delle Linee guida n. 13.

In sintesi, la clausola non comporta "alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato e in forma automatica e generalizzata, nonché alle medesime condizioni, il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria, ma solo che l'imprenditore subentrante salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo".

Non sussiste quindi "l'obbligo di garantire ai lavoratori già impiegati le medesime condizioni contrattuali ed economiche, non è assoluto né automatico" (Cons. Stato, n. 6148 del 2019, cit.; 16 gennaio 2020, n. 389). Sull'aggiudicatario non grava "l'obbligo di applicare ai lavoratori esattamente le stesse mansioni e qualifiche che avevano alle dipendenze pertanto del precedente datore di lavoro". Per tali ragioni va escluso che la clausola sociale possa implicare la necessaria conservazione dell'inquadramento e dell'anzianità del lavoratore assorbito dall'impresa aggiudicataria.

Ne consegue che il modo con cui l'imprenditore subentrante dia seguito all'impegno assunto con la stazione appaltante di riassorbire i lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario attiene alla fase di esecuzione del contratto, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro" (Cons. Stato, n. 6148 del 2019, cit.; Linee guida Anac n. 13, che all'art. 5 prevedono: "L'inadempimento degli obblighi derivanti dalla clausola sociale comporta l'applicazione dei rimedi previsti dalla legge ovvero dal contratto. Nello schema di contratto le stazioni appaltanti inseriscono clausole risolutive espresse ovvero penali commisurate alla gravità della violazione. Ove ne ricorrano i presupposti, applicano l'articolo 108, comma 3, del Codice dei contratti pubblici"). Per le linee guida n. 13 del 2019 dell'ANAC negli appalti pubblici "l'applicazione delle clausole sociali deve in ogni caso avvenire in armonia con la disciplina recata dalle disposizioni contenute nei contratti collettivi di settore".

**La Corte Costituzionale a riguardo ha dichiarato, ad esempio, l'illegittimità costituzionale di disposizioni di leggi regionali che non si limitavano a prevedere il mantenimento in servizio di personale già assunto, nel caso di discontinuità dell'affidatario, ma stabilivano in modo automatico generalizzato "l'assunzione a tempo indeterminato" del personale già "utilizzato"**



**2. Obblighi a cura della stazione appaltante ed iter applicato al fine del subentro. Soccorso istruttorio, impugnative**

La Stazione appaltante nei propri atti di gara richiama, con riferimento all'istituto *de quo*, all'osservanza dell'articolo 50 del D.lgs. 50/2016 e s.m.i (Codice dei Contratti) e delle Linee guida ANAC n. 13 recanti la disciplina delle clausole sociali: l'appalto è infatti sottoposto all'osservanza delle norme in materia di cessazione e cambio di appalto previste dalla contrattazione collettiva vigente, relativamente all'obbligo di assorbimento della manodopera.

**L'inadempimento degli obblighi derivanti dalla clausola sociale comporta l'applicazione dei rimedi previsti dalla legge ovvero dal contratto. Nello schema di contratto le stazioni appaltanti inseriscono clausole risolutive espresse ovvero penali commisurate alla gravità della violazione. Ove ne ricorrano i presupposti, applicano l'articolo 108, comma 3, del Codice dei contratti pubblici**



dotata di una propria struttura organizzativa ed operativa e siano presenti elementi di discontinuità

La clausola sociale non può comprimere l'autonomia imprenditoriale (cfr. Cons. St., Sez. III, n. 142/2019) e non può in ogni caso essere esercitata fino al punto di vanificare le sottostanti esigenze di tutela dei lavoratori. L'elasticità di applicazione della clausola non può quindi spingersi fino al punto da legittimare politiche aziendali di in grado di vanificare gli obiettivi di tutela del lavoro (cfr. Cons. St., Sez. V, n. 3885/2019).

L'adozione della clausola sociale costituisce una vera e propria successione di appalto e non un trasferimento d'azienda o di parte d'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c. quando il personale impegnato nell'appalto è «assorbito» da un'impresa

nell'esecuzione del servizio che determinino una specifica identità di impresa.

A tal fine l'appaltatore si obbliga all'osservanza di tutte le leggi (ivi compreso il D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 e s.m.i e la Legge n. 35 del 6/4/2012 e s.m.i) e delle norme previste dal CCNL. L'inserimento della clausola sociale comporta per l'offerente il tendenziale obbligo di mantenere i livelli occupazionali del precedente gestore dell'appalto, pur se, come detto, temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà di organizzare il servizio in modo coerente con la propria organizzazione produttiva (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2020, n. 6761 e ivi ulteriori indicazioni conformi), il cui adempimento incide sulla formulazione dell'offerta, dovendosi tenere conto dell'assorbimento del personale impiegato dal precedente appaltatore, sia sotto il profilo organizzativo che economico e ciò si riverbera nella fase di esecuzione dell'appalto.

Il mancato, eventuale, inserimento della clausola sociale non solo non comporta un onere di immediata impugnazione (non determinando alcun ostacolo alla partecipazione alla procedura di gara), ma nemmeno incide sulla posizione giuridica degli operatori economici concorrenti e sull'interesse all'aggiudicazione, dal momento che non sono tenuti a rispettare gli obblighi che dalla clausola discendono, in termini di predisposizione dell'offerta o di assunzione di impegni, per la fase di esecuzione dell'appalto, diretti al mantenimento dei livelli occupazionali in atto nella precedente gestione del servizio. L'omessa previsione della clausola sociale non lede infatti la situazione giuridica dell'offerente.

Inoltre, le Linee Guida Anac n. 13 recanti "La disciplina delle clausole sociali" prevedono che: "La mancata presentazione del progetto, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, equivale a mancata accettazione della clausola sociale con le conseguenze di cui al successivo

**L'adozione della clausola sociale costituisce una vera e propria successione di appalto e non un trasferimento d'azienda o di parte d'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c. quando il personale impegnato nell'appalto è «assorbito» da un'impresa dotata di una propria struttura organizzativa ed operativa e siano presenti elementi di discontinuità nell'esecuzione del servizio che determinino una specifica identità di impresa.**



punto 5.1.". Le Linee Guida prevedono quindi il soccorso istruttorio in caso di assenza nella documentazione dell'accettazione della clausola sociale e l'esclusione per l'ipotesi di mancato riscontro alla nota di attivazione del medesimo.

Il primo aspetto che emerge dal quadro fino a qui delineato, è che sorge in capo stazione appaltante l'obbligo di inserire le clausole sociali nei contratti ad alta intensità di manodopera.

Invece l'imposizione di un determinato CCNL non può essere giustificata neppure dall'inserimento negli atti di gara della clausola sociale,

avendo la giurisprudenza chiarito che la clausola sociale non può essere intesa nel senso di imporre all'aggiudicatario subentrante di applicare un determinato CCNL, per essere, invece, rimessa alla sua libera determinazione la scelta del CCNL, che, pertanto, potrà anche essere diverso da quello applicato dal precedente contraente (a condizione che siano salvaguardati i livelli retributivi dei lavoratori in modo adeguato e congruo, cfr. n. 00773/2019 REG.RIC). La clausola sociale si applica necessariamente ad appalti e concessioni di lavori e servizi ad alta intensità di manodopera, anche se relativi a settori speciali; non si può applicare agli appalti di servizi di natura intellettuale: "ai fini dell'affidamento dei servizi di natura intellettuale la documentazione di gara non deve contenere la così detta clausola sociale, in virtù dell'esplicita esclusione contenuta nell'articolo 50 del D.lgs. 50/2016.

I servizi di natura intellettuale si caratterizzano per lo svolgimento di prestazioni professionali in via prevalentemente personale, finalizzate all'ideazione di soluzioni o elaborazioni di pareri, preponderanti rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse" ((cfr. Consiglio di Stato nella sentenza della sez. VI del 21 febbraio 2022 n. 1234.) La clausola sociale inoltre non si applica: agli appalti di fornitura; agli appalti e alle concessioni in cui la prestazione lavorativa

sia scarsamente significativa o irrilevante; agli appalti di natura occasionale; ai subappalti, ovvero al personale dipendente dalle imprese subappaltatrici.

La disposizione trova oggi applicazione sia per i contratti sopra soglia sia per i contratti sotto soglia, nei settori ordinari e nei settori speciali (il DL semplificazione (DL n. 76/2020 ha infatti esteso l'ambito di operatività della norma). Infine, se l'oggetto del contratto è scindibile in prestazioni soggette alla clausola sociale e prestazioni che non lo sono, la clausola si applica soltanto alle prime. La norma chiarisce che per tali contratti si intendono quelli in cui il costo del personale sia pari almeno al cinquanta per cento dell'importo totale del contratto. Le clausole sociali sono spesso disciplinate nei CCNL di settori in cui è preponderante l'utilizzo della manodopera. Sono presenti nel settore metalmeccanico, delle telecomunicazioni, della logistica, cooperative sociali, multiservizi e lavanderie industriali.

Negli accordi è presente un obbligo di comunicazione alla RSU e/o alle organizzazioni sindacali territoriali entro scadenze definite e l'obbligo per l'impresa uscente di consegnare all'impresa subentrante un elenco di documenti e informazioni relative a ciascun rapporto di lavoro. L'impresa subentrante, deve dichiarare alle organizzazioni sindacali l'assegnazione del nuovo contratto.

La mancata accettazione della clausola legale in sede di gara, contenuta nella *lex specialis* e la violazione della stessa da parte dell'affidatario successivamente all'esito positivo della gara

comportano, conseguenze: l'esclusione dalla gara e la responsabilità contrattuale (v. sempre Linee Guida n. 13 del 2019).

Nelle sue scelte l'Amministrazione, data la giurisprudenza riportata:

non può prevedere, a pena di esclusione, la riassunzione della totalità dei lavoratori precedenti (v. Cons. Stato, sez. VI, 24/07/2019, n.5243; Cons. Stato, sez. V, 04/05/2020, n.2796). Il bando che a pena di esclusione, preveda la clausola di riassunzione del 50% (e dunque non la totalità) dei lavoratori precedentemente impiegati, ma che al contempo preveda l'assegnazione di un punteggio pari alla metà di quello attribuibile, al concorrente che si impegni a riassorbire il restante 50%, è da ritenersi ugualmente illegittimo; non può essere imposta alle imprese l'applicazione di un determinato CCNL quale requisito di partecipazione alla gara, con la conseguenza che l'applicazione di un contratto collettivo, in luogo di un altro, non determina di per sé l'inammissibilità dell'offerta formulata dall'operatore economico. (Cons. Stato, Sent. 12 settembre 2019, n. 6148);

deve tener conto che il rapporto tra clausola sociale contenuta nel bando di gara ed eventuale clausola prevista nel CCNL, disciplinante il cambio appalto, dovrà essere interpretato in maniera "recessiva": la prima troverà dunque applicazione solamente in caso di mancanza della seconda. In questo modo, la clausola sociale imposta dalla Stazione Appaltante svolge ruolo suppletivo, applicabile nel caso in cui il concorrente non abbia sottoscritto alcun contratto collettivo; deve tener conto che, sulla questione della legittimità delle clausole della *lex specialis* che

**La clausola sociale si applica necessariamente ad appalti e concessioni di lavori e servizi ad alta intensità di manodopera, anche se relativi a settori speciali, non si può applicare agli appalti di servizi di natura intellettuale: "ai fini dell'affidamento dei servizi di natura intellettuale la documentazione di gara non deve contenere la così detta clausola sociale, in virtù dell'esplicita esclusione contenuta nell'articolo 50 del D.lgs. 50/2016. I servizi di natura intellettuale si caratterizzano per lo svolgimento di prestazioni professionali in via prevalentemente personale, finalizzate all'ideazione di soluzioni o elaborazioni di pareri, preponderanti rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse".**



prescrivono requisiti di partecipazione alla gara correlati ad elementi di localizzazione territoriale, o che ad essi attribuiscono un maggior punteggio in sede di valutazione delle offerte, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che il criterio della territorialità è illegittimo soltanto ove posto come requisito di partecipazione, impattando frontalmente una previsione di tal tipo con i principi *del favor participationis* e della par condicio tra i concorrenti, in ogni possibile loro declinazione. Viceversa, ove detto criterio venga posto quale requisito di esecuzione del contratto o rilevi come parametro per l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo, la valutazione della compatibilità della clausola con i principi che informano la materia della contrattualistica pubblica dev'essere condotta caso per caso, non potendo a priori la valorizzazione del collegamento con il territorio ritenersi irragionevole (ex multis, Cons. St., sez. V, 15 maggio 2019, n. 3147). La scelta di un collegamento della clausola sociale alla territorialità, per l'ottenimento di una maggiore funzionalità della prestazione, non è comunque da considerarsi adeguata in via generale, pur a fronte dell'ampia discrezionalità di cui gode la stazione appaltante nella fissazione dei requisiti di esecuzione della prestazione (TAR Veneto, sez. I, 21 giugno 2018, n. 673, Cons. Stato, sez. III, 27 settembre 2016, n. 3970; Id., Sez. V, 17.3.2020, n. 1916).

**3. Un esempio di clausola negli appalti: nei contratti di pulizie la proposta di assorbimento**

La stazione appaltante può esporre la seguente formulazione con riferimento alla clausola sociale: "Nel presente appalto trova applicazione la clausola sociale prevista dall'art. 50 del D.lgs. n. 50/2016 e s.m.i., volta a promuovere la stabilità

occupazionale del personale impiegato. A tal fine si evidenzia, conformemente a consolidata giurisprudenza, che è rimessa al concorrente la scelta sulle concrete modalità di attuazione della clausola, incluso l'inquadramento da attribuire al lavoratore, spettando allo stesso operatore formulare "proposta contrattuale" al riguardo, attraverso il cosiddetto "progetto di assorbimento", come introdotto dall'art. 3, ultimo comma, delle Linee Guida Anac n. 13 (cfr. in proposito, tra l'altro, Cons. Stato, V, 1 settembre 2020, n. 5338).

Il concorrente inserisce nella documentazione amministrativa la dichiarazione di accettazione della clausola sociale e un sintetico ed esaustivo progetto di assorbimento, comunque denominato, atto a illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico).

La mancata presentazione del progetto o la presentazione di un progetto incompleto, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, equivale a mancata accettazione

della clausola sociale e rappresenta la volontà, da parte del concorrente, di proporre una offerta condizionata e come tale inammissibile nelle gare pubbliche, per la quale si impone l'esclusione dalla gara.

Nell'articolo 4 del CCNL per il personale dipendente da imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati/multiservizi, denominato Cessazione di Appalto, si legge quanto segue:

"Rilevato che il settore è caratterizzato, nella generalità dei casi, dalla produzione dei servizi tramite contratti di appalto e che da questo conseguono frequenti cambi di gestione fra le imprese con risoluzione di rapporti di lavoro da parte dell'impresa

**Le clausole sociali sono spesso disciplinate nei CCNL di settori in cui è preponderante l'utilizzo della manodopera. Sono presenti nel settore metalmeccanico, delle telecomunicazioni, della logistica, cooperative sociali, multiservizi e lavanderie industriali e come previsto dal codice degli appalti, anche nelle condizioni delle gare pubbliche. In questo modo, la clausola sociale imposta dalla Stazione Appaltante svolge ruolo suppletivo, applicabile nel caso in cui il concorrente non abbia sottoscritto alcun contratto collettivo**



cedente e predisposizione delle necessarie risorse lavorative, con assunzioni ex novo, da parte dell'impresa subentrante, le parti intendono tenere conto, da un lato, delle caratteristiche strutturali del settore medesimo e delle attività delle imprese e, dall'altro, dell'obiettivo di tutelare nel modo più concreto i livelli complessivi della occupazione".

Ai sensi dell'art. 4 Ccnl Imprese di pulizia, in caso di subingresso in un appalto, l'impresa subentrante deve comunque procedere all'assunzione del personale già addetto all'appalto ceduto, e ciò a prescindere dal fatto che si sia verificata oppure meno una modifica

nelle modalità di esecuzione delle prestazioni contrattuali dell'appalto. La società subentrante potrà quindi in essere un esame congiunto con le OO.SS. e le Rsa, senza che possa assumere rilevanza la circostanza che sia stato modificato il soggetto appaltatore, in quanto è proprio la condizione cui la norma contrattuale subordina l'obbligo dell'assunzione.

Il progetto di assorbimento, presentato in una gara di appalto, è atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori

**Il progetto di assorbimento è 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). Esso riporta il contratto collettivo applicato, l'inquadramento (livello contrattuale), il trattamento economico (retribuzione annua lorda) le ore settimanali di impiego.**



che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico). Esso riporta il contratto collettivo applicato, l'inquadramento (livello contrattuale), il trattamento economico (retribuzione annua lorda) le ore settimanali di impiego. Tale progetto descrive l'impiego del personale in relazione a ciascun servizio indicato in appalto, le modalità di utilizzo, il numero e le ore dei lavoratori impiegati per ogni servizio.

Con l'accoglimento della clausola sociale l'offerente s'impegna in via prioritaria - e tale proposta non deve rimanere solo una dichiarazione di principio -

a valutare l'assunzione del personale utilizzato dall'appaltatore uscente nell'esecuzione della commessa, qualora ciò sia coerente con la propria organizzazione d'impresa (ai sensi del disposto dell'art. 50 del D. Lgs. n.50/2016).

Con la proposta di assorbimento la società offerente può prevedere, o meno, che il personale allegato della documentazione di gara: verrà assunto nella sua totalità e ad esso verrà applicato il medesimo contratto; inquadrato nello stesso livello retributivo e che il trattamento economico sarà in linea con quello previsto dal contratto.

# Il grave illecito professionale e la dimostrazione con “mezzi adeguati”

di Riccardo Gai

IL  
PUN  
TO

## 1. Il grave illecito professionale quale fattispecie “aperta”

Il tema dei gravi illeciti professionali non cessa di destare interesse in dottrina e giurisprudenza, essendo passato al vaglio critico di numerosi giudici ed operatori del diritto anche a seguito delle riforme normative che lo hanno più volte interessato negli ultimi anni.

Come ampiamente noto, il grave illecito professionale commesso dall'operatore economico rappresenta un elemento ostativo alla partecipazione alle gare di appalto pubbliche.

Inizialmente, il d.lgs. 50/2016 (Codice dei contratti), disciplinante la fattispecie di cui stiamo parlando, nell'originaria formulazione contenuta nella lettera c) del comma 5 dell'art. 80, prevedeva che le stazioni appaltanti potessero escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico nel caso si fosse dimostrato con mezzi adeguati che lo stesso si sarebbe reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, recando la stessa norma una elencazione ben precisa:

- le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata

all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni;

- il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio;

- il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

Secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, rispetto al quale non sono tuttavia mancate pronunce di segno contrario, l'elencazione riportata nella citata norma è stata ritenuta meramente esemplificativa e non comportante una preclusione automatica della valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante (v. Cons. di Stato, 2 marzo 2018, n. 1299); ciò si è, ovviamente, tradotto nella facoltà per la stazione appaltante di valutare discrezionalmente la gravità di inadempienze che, pur non immediatamente riconducibili a quelle tipizzate, quanto agli effetti prodotti, siano tuttavia qualificabili come “gravi illeciti professionali” e perciò ostative alla partecipazione alla gara perché rendono dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente.

Secondo questo orientamento, dunque, il committente è pertanto chiamato ad operare una valutazione discrezionale dell' idoneità del comportamento del concorrente che sia tale da porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, valutazione che attiene all'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante e deve essere effettuata con riferimento alle circostanze dei fatti, alla tipologia di violazione, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, il tutto in relazione all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto.

Pertanto, la stazione appaltante deve ritenersi onerata a dimostrare, con mezzi adeguati, l'incidenza dei fatti riportabili a tale categoria sull'integrità o affidabilità del concorrente.

La categoria dell'illecito professionale viene così a configurarsi come "aperta" e "astratta", nel senso che qualunque fatto è suscettibile di integrarlo laddove, ragionevolmente, sia tale da incidere sull'affidabilità dell'offerente in ordine alla corretta esecuzione del contratto da affidare.

Ad una maggiore estensione, potenzialmente indefinita, della categoria fa da contraltare l'onere motivazionale posto in capo alla stazione appaltante, la quale deve valutare i fatti relativi al singolo concorrente che siano suscettibili di integrare l'illecito professionale e motivare in relazione alla loro incidenza sull'integrità e l'affidabilità del medesimo.

## 2. Il grave illecito professionale nell'evoluzione normativa

Le normative sopravvenute hanno, sostanzialmente, recepito l'orientamento giurisprudenziale prevalente che fa del grave illecito professionale una fattispecie ad elencazione non tassativa.

**La stazione appaltante deve ritenersi onerata a dimostrare, con mezzi adeguati, l'incidenza dei fatti riportabili a tale categoria sull'integrità o affidabilità del concorrente. La categoria dell'illecito professionale viene così a configurarsi come "aperta" e "astratta", nel senso che qualunque fatto è suscettibile di integrarlo laddove, ragionevolmente, sia tale da incidere sull'affidabilità dell'offerente in ordine alla corretta esecuzione del contratto da affidare.**



Ed infatti, a partire dal cd. Decreto semplificazioni (DL 135/2018 convertito con la l. 12/2019), tutti quei comportamenti che la previgente disciplina di cui all'art. 80, co. 5, lett. c), faceva rientrare nel concetto di "grave illecito professionale", secondo un'elencazione che, come abbiamo visto, era ritenuta di carattere esemplificativo dalla giurisprudenza prevalente, rappresentano ora individualmente delle autonome cause di esclusione alle lettere c-bis) e c-ter), come segue:

- c-bis): << l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante

o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione>>;  
c-ter) << l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa>>.

Alla lettera c), invece, rimane la causa di esclusione che fa riferimento a << gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità>>.

Dalla nuova previsione non può dunque farsi a meno di notare che è venuto meno l'elenco dei comportamenti valutabili dalla S.A. alla stregua di un "grave illecito professionale", che mentre prima erano indicati (ancorché in via meramente esemplificativa e non tassativa), oggi vengono lasciati alla più ampia discrezionale dell'Amministrazione.

Il criterio ispiratore della novella legislativa si inverte nell'esigenza di tutelare, oltre che l'interesse pubblico alla selezione di operatori che non si siano resi protagonisti di gravi illeciti tali da comprometterne la credibilità e l'efficienza, anche il vincolo fiduciario che deve sussistere tra stazione appaltante ed aspirante affidatario della commessa, consentendo di attribuire rilevanza ad ogni tipologia di illecito che per la sua gravità sia in grado di compromettere l'integrità morale e professionale di quest'ultimo. Ogni condotta collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa potrà pertanto essere valutata come possibile causa di esclusione dalla stazione appaltante, anche in mancanza di un accertamento giudiziale definitivo.

Un'importante novità è arrivata anche dal c.d. Decreto Sblocca-Cantieri (DL 32/2019 convertito con legge 55/2019), che ha inserito all'art. 80 la lettera c-quater, secondo cui le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora l'operatore economico <<abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto con sentenza passata in giudicato>>.

La norma è evidentemente concepita a tutela della filiera dei subappaltatori che intervengono nell'esecuzione dell'opera, volendo fungere da deterrente all'impresa (solitamente) di dimensioni maggiori che concorre alla procedura di affidamento.

La norma evoca inoltre il concetto di «grave inadempimento», che sotto il profilo civilistico deve intendersi l'inadempimento di non scarsa importanza ex art. 1455 c.c. che legittima la risoluzione del contratto su iniziativa della parte non inadempiente; posto che quella di pagamento dell'opera è l'obbligazione principale in capo al (sub) committente, non è chiaro se per integrare la causa di esclusione il subappaltatore deve aver ottenuto una pronuncia costitutiva della risoluzione del contratto per "grave inadempimento".

Non è chiaro inoltre il significato del termine "riconosciuto"; se fosse svincolato dalla successiva "sentenza passata in giudicato" la causa di esclusione si espanderebbe fino a ricomprendere tutte le situazioni in cui il subcommittente abbia ammesso (anche con dichiarazioni unilaterali) il mancato o ritardato pagamento del subappaltatore; al contrario, risulterebbe un mero sinonimo dell'espressione alternativa "accertato" in quanto relativo al contenuto - dispositivo della sentenza.

Ultimo profilo problematico è la possibilità per la Stazione Appaltante di verificare l'effettiva assenza del motivo di esclusione (anche solo in capo all'aggiudicatario), trattandosi di vicende di carattere privatistico e afferenti i rapporti tra imprenditori; sembra verosimile l'ipotesi per la quale la circostanza potrebbe emergere solo

in sede contenziosa e in caso di contemporanea partecipazione alla procedura dell'impresa "inadempiente" e di uno o più subappaltatori che

**Il criterio ispiratore della novella legislativa si inverte nell'esigenza di tutelare, oltre che l'interesse pubblico alla selezione di operatori che non si siano resi protagonisti di gravi illeciti tali da comprometterne la credibilità e l'efficienza, anche il vincolo fiduciario che deve sussistere tra stazione appaltante e ed aspirante affidatario della commessa, consentendo di attribuire rilevanza ad ogni tipologia di illecito che per la sua gravità sia in grado di compromettere l'integrità morale e professionale di quest'ultimo. Ogni condotta collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa potrà pertanto essere valutata come possibile causa di esclusione dalla stazione appaltante, anche in mancanza di un accertamento giudiziale definitivo.**



nel passato avevano agito giudizialmente per ottenere il pagamento dei corrispettivi.

La disposizione – tacendo del fatto che non individua un arco temporale di riferimento dei pregressi inadempimenti – offre quindi numerosi spunti problematici, che solo la prassi applicativa (e la giurisprudenza sull'inevitabile contenzioso che ne nascerà) potrà contribuire a superare.

### 3. La valutazione dei gravi illeciti professionali e l'ampio potere discrezionale della stazione appaltante

Dall'analisi del dettato normativo può pertanto trarsi che in tema di grave illecito professionale sia stato riconosciuto in capo alla stazione appaltante un ampio potere discrezionale e valutativo in ordine alla sussistenza dei requisiti di "integrità o affidabilità" dei concorrenti che può riguardare una molteplicità di condotte che la stessa stazione appaltante può valutare attraverso il suo prudente apprezzamento e che non sono in alcun modo tassative.

Ciò comporta indubbiamente, per i concorrenti, un onere aggiuntivo consistente nella necessità di dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'Amministrazione.

Infatti, la gravità dell'evento è ponderata dalla stazione appaltante, sicché l'operatore economico è tenuto a dichiarare situazioni ed eventi potenzialmente rilevanti ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale di partecipazione alle procedure concorsuali ed a rimettersi alla valutazione della medesima, non essendo configurabile in capo all'impresa partecipante ad una gara alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare e sussistendo, al contrario, l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione in modo da permettere alla Stazione appaltante di espletare con piena cognizione di causa le valutazioni di sua competenza.

Si tratta del cosiddetto principio del *clare loqui*, ossia del principio che obbliga i privati, nei rapporti con le pubbliche amministrazioni, di non tralasciare alcuna informazione che li riguardi, anche quella apparentemente più insignificanti, proprio per dare modo all'amministrazione stessa di poter

discrezionalmente valutare se tali comportamenti possano o meno incidere sull'integrità e affidabilità dei concorrenti.

Per quanto concerne, invece, la dimostrazione mediante "mezzi adeguati" che al concorrente sia imputabile un grave illecito professionale; la disposizione riserva all'Amministrazione un ampio potere discrezionale anche nell'individuazione degli strumenti probatori della specifica causa di esclusione.

La Stazione appaltante può di conseguenza fondare le proprie valutazioni su qualunque atto da cui emergano, con ragionevole attendibilità, elementi apprezzabili ai fini della verifica della sussistenza di un grave illecito professionale.

Anche secondo la giurisprudenza più recente, infatti, <<*Tali possono essere anche gli atti da cui emergano le risultanze di un'indagine penale e da cui siano ricavabili specifici, circostanziati e gravi indizi, senza necessità di attendere un provvedimento di rinvio a giudizio o un provvedimento, anche non definitivo, di condanna. Gli atti di indagine infatti rilevano in quanto veicolo di informazioni rilevanti e utili per la Stazione appaltante ai fini dell'autonoma verifica della sussistenza della causa di esclusione*>> (TAR CAMPANIA - SALERNO, SEZ. I - sentenza 10 giugno 2022 n. 1626).

Peraltro, le stesse Linee guida n. 6 sono state adottate dall'ANAC al dichiarato fine di <<*fornire indicazioni operative e chiarimenti in merito alle fattispecie esemplificative indicate in via generica dal Codice e ai criteri da seguire nelle valutazioni di competenza. Ciò nell'ottica di assicurare l'adozione di comportamenti omogenei da parte delle stazioni appaltanti e garantire certezza agli operatori economici*>>; tali Linee guida precisano che <<*Le stazioni appaltanti possono attribuire rilevanza a situazioni non espressamente individuate dalle Linee guida, purché le stesse siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta indicata dall'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice e sempre che ne ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi*>>, evidenziando il carattere "aperto" del novero degli illeciti professionali e dei relativi mezzi di prova.

Le linee guida, come visto, contengono indirizzi tesi a dare uniformità e prevedibilità all'azione amministrativa delle stazioni appaltanti esonerandole da valutazioni complesse o stringenti

oneri motivazionali laddove si verifichi la fattispecie espressamente e previamente delineata quale "adeguata" dal punto di vista probatorio, secondo un regime presuntivo che non trova applicazione in altre fattispecie (sul punto Cons. Stato Sez. III, 22 dicembre 2020, n. 8211, ma in tal senso anche Ad. Plen. n. 16/2020) in cui invece dev'essere l'amministrazione a valutare, in concreto, se e per quali motivi gli elementi raccolti depongono per un illecito professionale così grave da incidere sull'affidabilità morale o professionale dell'operatore.

In tali valutazioni l'amministrazione deve ovviamente considerare i fatti emergenti dall'indagine penale, le conseguenze dell'indagine e le regole che previamente si è data, attraverso la legge di gara, per vagliare il disvalore specifico delle condotte rispetto all'instaurando rapporto contrattuale.

Tale interpretazione è peraltro l'unica conforme al diritto europeo. Secondo le ripetute indicazioni della Corte di Giustizia, il potere della stazione appaltante non può essere limitato da preclusioni poste dal diritto nazionale, ma si deve basare sull'accertamento in concreto dei fatti, rimesso esclusivamente al vaglio della stazione appaltante medesima (sul punto si veda CGUE n. C-425/18, nonché, sull'importanza che sia la stazione appaltante a effettuare in concreto anche C-41/18 del 19.06.2019)" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 2 agosto 2021, n. 5659 e Consiglio di Stato, sez. III, 11 gennaio 2022, n. 198).

La valorizzazione degli elementi emersi nella fase

delle indagini è ben possibile in quei casi, come quello all'esame, in cui nell'ambito della medesima indagine sono stati adottati provvedimenti di applicazione di misure cautelari, sottoposti a uno specifico vaglio, in grado di descrivere in maniera compiuta e circostanziata fatti specificamente afferenti a procedure di gara e non altrimenti rilevabili, specie per la collusione tra soggetti appartenenti all'impresa e soggetti appartenenti alla medesima amministrazione.

La stessa giurisprudenza ha affermato che "qualora ricorra un quadro di elementi precisi, diretti e concordanti, la stazione appaltante, al fine di addivenire al giudizio finale, può e deve far riferimento al complesso delle circostanze emergenti dalla fattispecie, senza che occorra necessariamente attendere sempre l'esito del giudizio penale al fine di affermare l'inaffidabilità, l'incongruità o la mancanza di integrità della procedura di gara" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 1° aprile 2019, n. 2123).

La medesima giurisprudenza aveva infatti già sostenuto che <<non è, infatti, indispensabile che i gravi illeciti professionali che devono essere posti a supporto della sanzione espulsiva del concorrente dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 siano accertati con sentenza, anche se non definitiva, ma è sufficiente che gli stessi siano ricavabili da altri gravi

indizi, atteso che l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella disposizione normativa succitata è meramente esemplificativa e la stazione appaltante ha la possibilità di fornirne la dimostrazione con mezzi adeguati>>.

**La Stazione appaltante può fondare le proprie valutazioni su qualunque atto da cui emergano, con ragionevole attendibilità, elementi apprezzabili ai fini della verifica della sussistenza di un grave illecito professionale. Anche secondo la giurisprudenza più recente, infatti, <<Tali possono essere anche gli atti da cui emergano le risultanze di un'indagine penale e da cui siano ricavabili specifici, circostanziati e gravi indizi, senza necessità di attendere un provvedimento di rinvio a giudizio o un provvedimento, anche non definitivo, di condanna. Gli atti di indagine infatti rilevano in quanto veicolo di informazioni rilevanti e utili per la Stazione appaltante ai fini dell'autonoma verifica della sussistenza della causa di esclusione>> (TAR CAMPANIA - SALERNO, SEZ. I - sentenza 10 giugno 2022 n. 1626).**



Orbene, il provvedimento impugnato dinanzi al TAR Campania nel giudizio cui si riferisce la sentenza sopra citata, fa espressamente riferimento all'ordinanza cautelare da cui emerge, al di là della gravità delle misure applicate nei confronti dei singoli soggetti, il coinvolgimento della ricorrente nella alterazione delle attività di affidamento, protrattasi nel tempo e fino alla procedura di gara in questione, volta all'illecita ripartizione delle commesse oggetto della procedura.

Pertanto, ad avviso del giudice amministrativo, nella specie gli elementi posti dall'Amministrazione a sostegno del provvedimento adottato travalicano i limiti collaborativi derivanti dall'appartenenza della ricorrente e delle altre cooperative ad un unico consorzio; tale appartenenza, infatti, non può giustificare la citata turbativa e gli elementi fattuali da cui la stessa è stata desunta.

Il provvedimento adottato dà atto dell'acquisizione di copia dell'ordinanza cautelare e dell'autonoma valutazione condotta in merito agli elementi fattuali ricavabili dalla medesima ordinanza, seppure con una sintetica motivazione stante l'evidente e indiscutibile gravità della vicenda.

#### 4. Ulteriori considerazioni sull'utilizzo dei "mezzi adeguati"

Come abbiamo sin qui visto, in giurisprudenza si è quindi consolidato il principio secondo cui <<nelle gare pubbliche il giudizio su gravi illeciti professionali è espressione di ampia discrezionalità da parte dell'amministrazione, cui il legislatore ha voluto riconoscere un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore>> (v. Cons. di Stato, V, 27 ottobre 2021 n. 7223), purché la comminatoria dell'esclusione sia rigorosamente ancorata ad una motivazione congrua e ragionevole.

Con la predetta pronuncia il Consiglio di Stato ha ribadito il proprio consolidato orientamento secondo cui l'individuazione tipologica dei gravi illeciti professionali ha carattere meramente esemplificativo, potendo per tal via la stazione appaltante desumerne il compimento da ogni vicenda pregressa, anche non tipizzata, dell'attività professionale dell'operatore economico di cui fosse accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, se

stimata idonea a metterne in dubbio l'integrità e l'affidabilità.

Tale conclusione <<non muta anche dopo la modifica dell'art. 80, comma 5, disposta con l'art. 5 d.l. n. 135 del 2018, che ha "sdoppiato" nelle successive lettere c-bis) e c-ter) la preesistente elencazione, mantenendo peraltro nella lett. c) la previsione di portata generale (in termini, Cons. Stato, V, 22 luglio 2019, n. 5171)>> (v. ancora Cons. di Stato, V, 27 ottobre 2021 n. 7223).

Ne consegue, ad avviso dei Giudici di Palazzo Spada, che il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta (nella specie, la non manifesta abnormità, contraddittorietà o contrarietà a norme imperative di legge nella valutazione degli elementi di fatto) e non può pervenire ad evidenziare una mera "non condivisibilità" della valutazione stessa.

Deve essere l'amministrazione a valutare, in concreto, se e per quali motivi gli elementi raccolti depongono per un illecito professionale così grave da incidere sull'affidabilità morale o professionale dell'operatore. In tali valutazioni l'amministrazione deve ovviamente considerare i fatti emergenti dall'indagine penale, le conseguenze dell'indagine e le regole che previamente si è data, attraverso la *lex specialis*, per vagliare il disvalore specifico delle condotte rispetto all'instaurando rapporto contrattuale.

Secondo l'ANAC (v. delibera n. 146 del 30 marzo 2022), la pendenza di indagini penali o il rinvio a giudizio del legale rappresentante della società aggiudicataria, pur non producendo un automatico effetto espulsivo dell'operatore economico e non essendo idonea a determinarne l'esclusione per falsa dichiarazione (ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis) del Codice), è riconducibile all'art. 80, comma 5, lett. c-bis) del Codice laddove il concorrente non abbia assolto l'obbligo informativo ed è valutabile dalla stazione appaltante quale grave illecito professionale, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c).

In particolare, ad avviso dell'ANAC, <<la sussistenza di carichi pendenti può considerarsi un'informazione dovuta, quand'anche il

*corrispondente obbligo dichiarativo non sia previsto dalla lex specialis, nel caso in cui riguardi fattispecie di reato che, per gravità, fondatezza e pertinenza, sono in grado di incidere sulla valutazione di moralità o affidabilità dell'operatore economico. (...) una simile valutazione deve essere svolta, di volta in volta, dalla stazione appaltante che, nell'esercizio della propria discrezionalità, deve valutare la gravità dei fatti e il loro inquadramento come grave illecito professionale>> (v. delibera ANAC n. 146/2022).*

Nel caso in esame, l'ANAC ha rilevato che la sopravvenienza, in corso di gara, di un'indagine penale a carico del legale rappresentante della società risultata aggiudicataria in relazione a fattispecie di reato gravi avente ad oggetto condotte corruttive presuntivamente commesse nell'ambito di altra gara d'appalto, impone:

all'operatore economico l'obbligo di informare la SA della pendenza delle indagini e dell'adozione della misura cautelare nei confronti del legale rappresentante della società; alla SA di effettuare una valutazione concreta ed effettiva sulla rilevanza di quei fatti quale grave illecito professionale.

L'obbligo informativo gravante sull'operatore economico sussiste, dunque, anche con riferimento alle circostanze sopravvenute rispetto al termine di scadenza delle offerte.

**L'obbligo informativo gravante sull'operatore economico sussiste, dunque, anche con riferimento alle circostanze sopravvenute rispetto al termine di scadenza delle offerte. L'omissione di tale obbligo configura la fattispecie della "omissione di una informazione dovuta ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione" di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-bis) quando riguarda indagini penali e misure cautelari che per gravità sono idonee ad incidere sul giudizio di affidabilità professionale dell'operatore economico (categoria nella quale, evidentemente, rientrano i reati di corruzione).**



L'omissione di tale obbligo configura la fattispecie della "omissione di una informazione dovuta ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione" di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-bis) quando riguarda indagini penali e misure cautelari che per gravità sono idonee ad incidere sul giudizio di affidabilità professionale dell'operatore economico (categoria nella quale, evidentemente, rientrano i reati di corruzione).

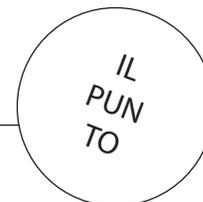
La stazione appaltante non può quindi omettere di effettuare un giudizio sulla integrità o affidabilità professionale della società aggiudicataria e sulla incidenza delle indagini penali e delle misure cautelari emesse; come previsto dalle Linee Guida ANAC n. 6, si tratta di una valutazione discrezionale che compete in via esclusiva all'Amministrazione, che solo ad esito delle proprie valutazioni discrezionali deciderà se ritenere le

condotte contestate alla società gravi e pertinenti o meno rispetto alla gara.

Non solo: eventuali misure di *self cleaning* possono inoltre essere prese in considerazione solo *pro futuro* e quindi per successive procedure di gara: è stato, infatti, precisato che <<*solo dopo l'adozione delle stesse la stazione appaltante può, infatti, essere ritenuta al riparo dalla ripetizione di pratiche scorrette ad opera degli stessi organi sociali, posto anche che l'atto sanzionatorio remunera una condotta ormai perfezionata in ogni elemento*>> (v. delibera ANAC 146/2022 cit.).

# Sulla motivazione del provvedimento di ammissione di un operatore economico in caso di grave errore professionale: il panorama della giurisprudenza amministrativa.

di Adriana Presti



## 1. Il contesto normativo

Come noto l'art. 3 della legge n. 241/1990 dispone che ogni provvedimento amministrativo deve essere motivato. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

Tale principio generale, tuttavia, non trova una espressa codificazione né nel precedente Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163/2006, né nell'attuale il Codice di cui al d.lgs. n. 50/2016. Infatti, non esiste una norma che prescriva che il giudizio favorevole all'ammissione di un concorrente debba essere necessariamente esplicitato e formalizzato. Ed allora si deve necessariamente avere riguardo al panorama giurisprudenziale formatosi in materia per tracciare delle coordinate.

## 2. L'eccezione al principio generale che diventa essa stessa regola generale

Per pacifico orientamento giurisprudenziale, infatti, la Stazione appaltante, che non ritenga ad esempio il precedente penale dichiarato dal concorrente (al pari di altre tipologie di grave illecito oggetto di dichiarazione) incisivo della sua moralità professionale, non è tenuta ed esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento.

La giurisprudenza è unanimemente concorde nel ritenere che in siffatti casi la motivazione di non gravità del reato e/o dell'illecito dichiarato possa risultare anche implicita o per *facta concludentia*, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa, mentre è la valutazione di gravità che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale (C.d.S., III, 11 marzo 2011, n. 1583).

Di conseguenza la stazione appaltante deve motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse non vi è, nel corso della gara, contestazione (Cons. Stato, Sez. V, 5 maggio 2020, n. 2850; Cons. Stato, Sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3198; C.G.A.R.S., 23 gennaio 2015, n. 53; Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2622; Cons. Stato, Sez. III, 24 dicembre 2013, n. 6236; Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2011, n. 3924; Cons. Stato, Sez. III, 11 marzo 2011, n.1583; Cons. Stato, Sez. VI, 24 giugno 2010, n. 4019; ma anche C.G.A. 8 settembre 2014, n. 526).

*Conditio sine qua non*, ai fini dell'operatività della regola generale appena illustrata che costituisce un'eccezione al principio espresso dall'art. 3 della Legge sul procedimento, è, quindi, che il concorrente abbia dichiarato tutti le vicende potenzialmente rilevanti ai fini della clausola espulsiva facoltativa di cui all'articolo 80, comma 5, lettere c) e c-ter) e di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) se si ha riguardo al precedente Codice. Per questo motivo, ai fini dell'assenza di un onere di motivazione in capo alla S.A. in caso di ammissione, si deve avere necessariamente riguardo alla completezza delle dichiarazioni rese dal concorrente in corso di gara. La esaustività delle dichiarazioni rese in gara, in ossequio al dovere di *clare loqui*, dunque, oltre ad essere essa stessa indice di serietà del concorrente, funge inevitabilmente da parametro rispetto alla necessità di motivare il provvedimento di ammissione.

Di conseguenza, la giurisprudenza, a fronte di dichiarazioni di gara esaustive, non ha mancato di osservare che la motivazione dell'ammissione va rinvenuta, per *relationem*, nell'adesione della stazione appaltante alle ragioni prospettate dal concorrente circa la non incidenza di tali vicende sulla propria moralità e affidabilità professionale (a tal proposito si veda Consiglio di Stato, Sez. IV, del 10 novembre 2021, n. 7501).

Del resto, come assai di recente statuito "La costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha posto in risalto come l'apprezzamento circa l'affidabilità del singolo operatore economico nell'ambito delle gare pubbliche sia rimessa – al di fuori dei casi di esclusione automatica previsti dalla legge – alla valutazione discrezionale [...], principio che vale anche in relazione alla fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-ter), d.lgs. n. 50 del 2016 qui in rilievo, per la quale è chiaramente

*rimessa dalla legge alla stazione appaltante – tra l'altro – una valutazione di «gravità», e dunque di attitudine escludente del fatto rilevato [...]. Tanto premesso la controinteressata [...] non ha omesso di dichiarare le viste vicende avvenute nel corso della procedura attinenti lo svolgimento della propria attività professionale al fine di consentire alla stazione appaltante di valutare l'eventuale incidenza delle stesse sulla reale affidabilità dell'operatore economico, ancorché si trattasse di vicende all'epoca appena iniziate e coperte dal segreto istruttorio. **Ciò non è senza rilevanza ai fini della valutazione da parte della stazione appaltante** che non avendo la necessaria conoscenza delle vicende oggetto di indagine e in virtù della presunzione di innocenza, non avrebbe potuto certamente esprimere un compiuto ed approfondito giudizio di inaffidabilità. [...].*

**Ciò che rileva, nel caso all'esame, è che la controinteressata ha comunicato tempestivamente le vicende rilevanti ai fini di poter mettere in condizione la S.A. di valutare l'eventuale incidenza dei fatti sulla reale affidabilità"** (Cons. St. Sez. III, 3 maggio 2022, n. 3442).

Sulla scorta delle precedenti considerazioni, il Consiglio di Stato ha, a più riprese, quindi precisato che la carenza di motivazione del provvedimento di ammissione a una gara pubblica di un concorrente, in difetto di contestazioni endoprocedimentali, non è ex se indicativa di un deficit istruttorio sulla valenza delle dichiarazioni rese dal medesimo ai sensi dell'art. 80, comma 5, del D.lgs. n. 50/2016, né si traduce in un ostacolo alla piena tutela giudiziale degli altri concorrenti, cui non è impedito di far valere le proprie ragioni avverso l'ammissione (Consiglio di Stato, Sez. V, 5 maggio 2020, n. 2580).

Ebbene, come efficacemente statuito dal Supremo Consesso, non è di per sé rilevante che la causa espulsiva non sia stata citata nel contesto del provvedimento di ammissione "poiché, altrimenti, **si dovrebbe immaginare di costruire un provvedimento di ammissione in cui, rispetto ad ogni singola ipotesi astrattamente prevista dal legislatore, l'amministrazione ne esamini e ne consideri la relativa insussistenza, in palese contrasto con il principio di speditezza dell'azione amministrativa"** (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 24 settembre 2018, n. 5499).

E così, ad esempio, è stato ritenuto che nel caso in cui, la stazione appaltante, in quanto autrice di un precedente provvedimento astrattamente integrante un grave illecito professionale, sia stata perfettamente a conoscenza di una criticità in capo al concorrente, la stessa amministrazione, nell'ammettere tale operatore economico alla successiva procedura di affidamento, abbia valutato, anche solo implicitamente, quanto precedentemente accaduto come non rilevante ai fini dell'esclusione facoltativa in parola (TAR Puglia Lecce, Sez. III, 03 settembre 2021, n. 1326).

Fermo quanto sopra, è vero anche che il discernimento va fatto, pur sempre, con riferimento al caso concreto. Ed è in tale prospettiva che la giurisprudenza non ha, tuttavia, mancato di rilevare l'esigenza di motivazione espressa al cospetto, ad esempio, di precedenti penali che obiettivamente si presentino, *prima facie*, riconducibili all'area dei "reati gravi in danno dello Stato o della Comunità" ed incidenti sulla morale professionale ovvero al ricorrere di vicende che esigano una specifica valutazione amministrativa al riguardo (Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2011, n. 3924).

Sul fronte della tutela giurisdizionale attivabile da parte del concorrente secondo classificato il

Consiglio di Stato ha di recente statuito che, a fronte di una valutazione della stazione appaltante volta a negare l'integrazione delle cause di esclusione

previste dal D. Lgs. n. 80/16, il ricorrente non si può limitare ad elencare i fatti potenzialmente rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/16, deducendone l'omessa valutazione da parte della stazione appaltante, ma deve puntualmente indicare, per ciascuno di essi, sotto quale profilo la decisione comunque assunta dall'Amministrazione – nel senso dell'affidabilità e dell'integrità del concorrente aggiudicatario – dovesse ritenersi irragionevole, incongrua o inficiata da un travisamento dei fatti (Cons. Stato, Sez. VI, 6 dicembre 2021, n. 8081).

Il concetto stesso di "gravi illeciti professionali" presenta, peraltro, un elevato tasso di indeterminatezza (solo in parte temperato dalla previsione di una elencazione, a carattere esemplificativo di fatti all'uopo rilevanti) e fa essenzialmente leva sull'attitudine degli stessi, nella prospettiva della P.A., a rendere dubbia l'integrità ed affidabilità dell'operatore economico partecipante.

Ne consegue che al Giudice Amministrativo è consentito sindacare la scelta dell'Amministrazione di ammettere alla procedura un operatore economico solo nell'ipotesi in cui la valutazione espressa dalla stessa appaia *ictu oculi* illogica, contraddittoria o manifestamente erronea. Ciò impone di condurre, per l'appunto, una verifica in concreto, che tenga conto delle peculiarità in fatto della singola vicenda.

**Costituisce regola generale quella secondo cui "la stazione appaltante deve motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione". Per giurisprudenza costante, infatti, qualora la stazione appaltante non ritenga i precedenti dichiarati dal concorrente incisivi della sua moralità professionale, "non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione di non gravità delle relative circostanze risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa", in linea con il principio di speditezza dell'azione amministrativa; è invece la valutazione di gravità dei precedenti che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale, con la conseguenza che la stazione appaltante deve motivare puntualmente le esclusioni e non anche le ammissioni.**



Nello scenario giurisprudenziale, tuttavia, si sono registrati orientamenti di segno diametralmente

opposto. A esempio, secondo un precedente del TAR Lazio l'onere di espressa motivazione appare estensibile alla diversa e speculare ipotesi dell'ammissione alla gara di un concorrente che abbia al contrario dichiarato la sussistenza di condanne penali, dal momento che in questo caso si radica infatti l'interesse degli altri concorrenti (in particolare, del secondo classificato) a conoscere le ragioni della disposta ammissione. Con la conseguenza che l'amministrazione appaltante sarebbe tenuta, in ossequio al generale obbligo di motivazione, quanto meno a dar conto dell'avvenuta presa in considerazione dei precedenti penali dichiarati dal concorrente, appunto al fine di escluderne se del caso la rilevanza (TAR Lazio, Roma, sez. III, 11 novembre 2009, n. 11084).

### 3. L'eccezione alla regola generale

È con la sentenza n. 1500 del 2021 che il Consiglio di Stato ha espressamente affermato che la predetta regola sull'onere di non motivazione del provvedimento di ammissione è destinata a subire una eccezione nel caso in cui la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente presenti una gravidanza tale che la stazione appaltante non possa esimersi da rendere esplicite le ragioni per le quali abbia comunque apprezzato l'impresa come affidabile.

Si tratta di una deroga al principio generale precedentemente enunciato che si impone per una ragione evidente: in mancanza di motivazione sulle ragioni dell'ammissione pur in presenza di pregressa vicenda professionale che, *ictu oculi*, appaia di particolare rilevanza, il sindacato del giudice amministrativo, legittimamente azionato dal ricorso di altro concorrente, corre **il rischio di trasformarsi in una non**

**Ne consegue che, ha proseguito il Collegio, la carenza di motivazione del provvedimento di ammissione a una gara pubblica di un concorrente non può di per sé implicare un difetto di istruttoria e di motivazione in ordine alla rilevanza delle circostanze dichiarate dal concorrente, né determinare un ostacolo alla piena tutela giudiziale degli altri concorrenti, cui è comunque garantita la possibilità di far valere le proprie ragioni avverso l'ammissione (TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 24 marzo 2022, n. 668).**



**consentita sostituzione dell'autorità giudiziaria alla stazione appaltante.**

In maniera più chiara: il giudice, tanto se condivide la decisione della stazione appaltante, quanto se l'avversi, finirebbe per esporre lui stesso e per la prima volta in sentenza, le ragioni rispettivamente dell'ammissione o dell'esclusione dell'impresa dalla procedura (Consiglio di Stato, del 19 febbraio 2021, n. 1500).

Nella fattispecie in esame il Collegio, pur avendo accertato la esaustività e la completezza della dichiarazione resa dal concorrente in sede di gara - nell'ambito della quale l'o.e. aveva diffusamente spiegato perché il provvedimento di risoluzione e le penali subite

da una altra p.a. non valevano a compromettere la sua affidabilità ed integrità agli occhi della stazione appaltante -, ha ritenuto che la risoluzione, in quanto avente ad oggetto il medesimo contratto, e la penale, per l'importo particolarmente elevato, potessero costituire in astratto indizi di inaffidabilità dell'operatore: era perciò necessario che la stazione appaltante desse conto della valutazione che l'ha indotta a diversa conclusione, perché della sua logicità e ragionevolezza potesse poi conoscerne il giudice amministrativo, se richiesto, nel dovuto contraddittorio tra le parti.

In tal senso, il TAR Aosta, in una decisione successiva a quella appena citata, ha ritenuto che se può ammettersi una motivazione implicita di non gravità dei fatti contenuti nella dichiarazione resa dall'operatore economico laddove il fatto segnalato sia unico o comunque rivesta in sé manifestamente il carattere della non gravità o della non rilevanza, lo stesso non può dirsi di fronte ad una nutrita serie di elementi da valutare; in tali ultimi casi, infatti, si richiederebbe alla Stazione appaltante una motivazione espressa, che non si limiti a dare atto di aver esaminato la documentazione presentata

dall'operatore economico, ma che valuti in concreto i fatti dichiarati in termini di incidenza in rapporto all'oggetto dell'appalto da affidare e dando adeguatamente conto delle ragioni della ritenuta «integrità o affidabilità» dell'operatore medesimo (TAR Valle d'Aosta, 5 aprile 2021, n. 22; in termini anche TAR Lecce, Sez. III, 8 aprile 2022, n. 477).

Da ultimo, la VI sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza del 14 giugno 2022 n. 4831 con riguardo all'onere di motivazione del provvedimento di ammissione alla gara della aggiudicataria, ha colto l'occasione per armonizzare il tema, rilevando, in particolare, che:

- Ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. c), d.lgs. 50/2016, l'esclusione per motivi di onorabilità e affidabilità è rimessa all'ampia valutazione discrezionale della stazione appaltante, così come è discrezionale la valutazione di cui alle successive lettere *c-bis*, *c-ter* e *c-quater*.

- La stazione appaltante che procede all'ammissione alla gara di un'impresa, non ritenendo rilevanti le pregresse vicende professionali dichiarate dal concorrente, non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione risultare anche implicitamente o per *facta concludentia*, ossia con la stessa ammissione alla gara dell'impresa.

Inoltre, la motivazione può essere ricavata per *relationem* dall'adesione della stazione appaltante alle argomentazioni con cui le società partecipanti alla gara hanno indicato le ragioni idonee ad escludere l'incidenza delle vicende indicate sulla propria integrità e affidabilità

**La regola secondo cui la stazione appaltante deve motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni è destinata a subire eccezione nel caso in cui la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente presenti una peculiare pregnanza, tale da poter e dover eccitare - secondo l'id quod plerumque accidit, ed in conformità della diligenza particolarmente qualificata che deve pur sempre connotare l'agere dei pubblici poteri (art. 97 Cost., art. 1 legge n. 241 del 1990, art. 1176, comma 2, c.c.) - gli uffici istruttori e valutativi della Stazione appaltante, imponendo l'onere di dare conto dell'iter logico giuridico all'uopo seguito nella ponderazione prodromica alla decisione sull'integrità del partecipante alla gara.**



#### 4. Conclusioni

Scandagliato il panorama giurisprudenziale sull'onere di motivazione del provvedimento di ammissione alla procedura di gara, non può non condividersi la ragionevolezza dell'approccio ermeneutico adottato dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 1500 del 2021 e da ultimo ribadito con la pronuncia n. 4831 del 2022.

Tracciare una linea sul concetto di pregnanza e peculiarità della vicenda astrattamente idonea ad imporre un onere positivo di motivazione non è cosa facile. Sulla base della casistica si può affermare che una vicenda attinente allo stesso contesto merceologico della commessa da affidarsi è sicuramente idonea a sollecitare l'assolvimento

professionale.

- Solo una pregressa vicenda professionale che appaia, *ictu oculi*, di particolare rilevanza, impone alle Amministrazioni oneri positivi di istruttoria e di motivazione, in funzione di tutela delle legittime aspirazioni degli altri concorrenti e del più generale interesse pubblico alla retta e trasparente conduzione della procedura. Del pari, la motivazione occorre nei casi di ammissioni contestate in corso di gara da altri concorrenti.

- Il provvedimento di esclusione, fondato sulla valutazione della esistenza di un illecito professionale e sulla sua qualificazione in termini di "gravità" tali da minare la affidabilità del concorrente, richiede una espressa e puntuale motivazione.

di un particolare onere motivazionale, sia essa una risoluzione contrattuale e/o un illecito antitrust o una vicenda penale, non accertata definitivamente e/o oggetto di un rinvio a giudizio e/o di una misura cautelare, consumatasi nell'ambito dell'attività prestata verso un committente pubblico. Così come il sommarsi di diversi eventi e criticità della stessa portata.

Certo è che l'assenza di una espressa motivazione, spesso accompagnata dalla mancata e/o ritardata ostensione delle dichiarazioni ex art. 80 del Codice eventualmente integrative del DGUE, rende obiettivamente ardua la demolizione del provvedimento di ammissione e della correlata aggiudicazione, non potendosi limitare il potenziale ricorrente a dedurre l'omessa valutazione da parte della stazione appaltante delle eventuali criticità potenzialmente rilevanti ai fini escludenti, dovendo pur sempre indicare, per ciascuna di esse, sotto quale profilo la decisione implicitamente assunta dalla stazione appaltante – nel senso dell'affidabilità e dell'integrità del concorrente – deve ritenersi irragionevole, incongrua o inficiata da un travisamento dei fatti.

Sta di fatto che per fare ciò, in difetto di una compiuta istruttoria endoprocedimentale in fase di gara, si dovrà avere riguardo alla dichiarazione integrativa resa dal concorrente aggiudicatario.

Il che comporta inevitabili cortocircuiti informativi, essendo di fatto detto screening rimesso alla "bontà" della auto-denuncia delle criticità potenzialmente rilevanti ai fini escludenti.

Volendo chiudere con una provocazione, se così è, che ne è stato del principio secondo cui **"Il concorrente non può operare alcun filtro nell'individuazione dei precedenti penali valutando esso stesso la loro rilevanza ai fini dell'ammissione alla procedura di gara – in quanto tale potere spetta esclusivamente alla stazione appaltante (cfr. tra le tante, Cons. Stato Sez. V, Sent., 11/04/2016, n. 1412; Cons. Stato, V, 25 febbraio 2015, n. 943; 14 maggio 2013, n. 2610; IV, 4 settembre 2013, n. 4455; III, 5 maggio 2014, n. 2289)."** (Cons. Stato, Sez. III, 14 novembre 2017, n. 5258)?

# Concessioni di servizi o concessioni di beni? Il Consiglio di Stato spiega la differenza

*Il Consiglio di Stato ritorna sul tema della differenza fra “concessione di servizi” e “concessione di beni pubblici”; la differenza, si fa’ molto sottile nel settore turistico, dove il “locus” predomina sul servizio ivi implementato.*

di Emanuela Pellicciotti

IL  
PUN  
TO

## Introduzione

Il Consiglio di Stato, con la decisione della Sezione V, 16 giugno 2022, n. 4949 ha nuovamente affrontato il tema della distinzione fra “concessione di beni pubblici” e “concessione di servizi pubblici”, stavolta affrontando l’argomento declinato in un’ottica del tutto peculiare: cioè nel settore turistico.

La portata della decisione, si evidenzia non soltanto per l’autorevole disamina della copiosa pagina giurisprudenziale, ma soprattutto per aver puntualizzato i caratteri distintivi dei due istituti, a valle di un dibattito in atto da lungo tempo.

Qui, osserva il Collegio, la differenza si fa’ molto sottile ed il “bene in concessione” assume carattere prevalente rispetto al “servizio” ivi implementato.

In altri termini, un luogo a vocazione turistica in quanto distinto da particolare bellezza, è il principale oggetto della concessione, giacché i servizi ivi implementati proprio per valorizzare l’aspetto turistico, risultano ancillari.

La risposta al quesito comporta evidenti ricadute, in termini di disciplina applicabile - in particolare all’assegnazione - della “concessione”.

Nel caso esaminato dal Collegio, si verte su un ristorante collocato all’interno di un Parco naturale di rilevanza nazionale, in Sardegna.

Il Consiglio di Stato non muta la sua giurisprudenza e, nel dirimere la questione, si attiene all’ormai consolidato principio che riconosce quale elemento qualificante della concessione il c.d. “rischio operativo”, posto in carico all’affidatario. Se nel caso concreto non ci si trova in presenza di tale rischio, allora non si può parlare di “concessione”.

### 1. Il giudizio: la tesi del ricorrente sulle "concessioni di beni" e l'analisi del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato, dunque, viene coinvolto ai fini dell'annullamento della sentenza di merito emessa dal TAR Sardegna, con la quale era stato respinto il ricorso di un operatore economico che non era riuscito ad aggiudicarsi la concessione dei locali di ristorazione siti nell'ara del Parco dell'Asinara.

Il Tribunale di merito aveva respinto il ricorso e, così, l'operatore economico terzo classificato ha interposto appello deducendo innanzi al Consiglio di Stato – così come aveva fatto dinanzi al TAR – , *inter alia*, che il Tribunale di merito "è caduto in contraddizione, avendo enfatizzato i servizi diversi e ulteriori rispetto a quelli contemplati dal bando, ma lasciando intendere che la fattispecie negoziale va qualificata come concessione di bene;".

Secondo l'appellante, quindi, nel caso di specie si verterebbe in ipotesi di concessione di beni pubblici (e non già di una concessione di servizi), i cui caratteri distintivi si coglierebbero nella circostanza che gli atti di gara non differenziano i servizi principali e quelli secondari. Sotto questo punto di vista, quindi la sentenza di primo grado apparirebbe contraddittoria perché dapprima "afferma che la fattispecie integra una concessione di bene, ma successivamente enfatizza i servizi diversi ed ulteriori rispetto a quelli contemplati dal bando al fine di sanare la posizione di .. [l'aggiudicataria], sicché sotto tale profilo, sembrerebbe ipotizzare una qualificazione in termini di concessione di servizi. ... ma dalla documentazione di gara non sarebbe possibile evincere alcuna distinzione tra servizi principali e secondari."

Tuttavia, secondo l'appellante è proprio la mancanza di suddivisione dei servizi che induce a ritenere, nel caso di specie, di non essere in presenza di una vera e propria concessione di servizi, giacché la causa giuridica del contratto sarebbe solo l'affidamento del bene, senza alcun servizio sul quale ricade il "rischio operativo".

Il Consiglio di Stato, quindi, al fine di poter decidere la controversia, preliminarmente si sofferma sulla questione dell'inquadramento giuridico della concessione di servizi.

Ebbene, sul punto il Collegio preliminarmente ricorda la qualificazione giuridica dell'istituto della concessione di servizi, che è disciplinato dall'art.

3, comma 1, lettera vv) del Codice dei contratti pubblici, ove è definita come "un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera II) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi."

Citando la propria precedente giurisprudenza, il Consiglio di Stato parte proprio dalla considerazione che il tratto distintivo delle concessioni è quello del "rischio operativo", cioè, "dal trasferimento del rischio economico/operativo a carico dell'affidatario."

In particolare, ricordando la giurisprudenza comunitaria "In presenza di una concessione di servizi, le modalità di remunerazioni pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (CGUE 15 ottobre 2009, nella causa C-196/08; CGUE 13 novembre 2008, nella causa C-437/07); ... una concessione di servizi richiede che l'amministrazione concedente/aggiudicatrice abbia trasferito integralmente o in misura significativa all'operatore privato il rischio di gestione economica connesso all'esecuzione del servizio(v. CGUE 21 maggio 2015, nella causa C-269/14)."

Se tale distinzione è ben visibile nell'ambito di concessioni di servizi "a consumo" – pur collocati anch'essi in aree pubbliche -, come quella per le macchine distributrici di bevande, nel caso di specie il "peso specifico" del bene nell'ambito dell'attività di ristorazione appare preponderante e la distinzione non sembra tanto nitida.

La circostanza – rilevata dall'appellante – dell'assenza di servizi complementari, secondo il Collegio non sembra di per sé indicativa, perché non dice nulla circa la distribuzione del "rischio operativo" di impresa.

Piuttosto, osserva il Consiglio di Stato "la figura della concessione è connotata dall'elemento del trasferimento all'impresa concessionaria del rischio operativo, inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni di mercato che possono derivare da un

*rischio sul lato della domanda e sul lato dell'offerta, ossia da fattori al di fuori della sfera di controllo delle parti (v. Considerando 20 e l'art. 5, n. 1, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione).".*

Ma vi è di più: il concessionario di un bene pubblico, infatti, so distingue per gli investimenti che effettua sul bene, al fine di renderlo idoneo a costituire un vero e proprio "bene aziendale", non potendosi limitare al mero "sfruttamento".

E analizzando gli atti di gara, in particolare il capitolato, nel caso in esame non si rileva alcuna di tali condizioni; dunque, nel caso di specie non si può parlare di concessione di servizi.

L'ente parco, infatti, ha posto in gara la concessione dei locali di ristorazione, che l'operatore economico aggiudicatario si sarebbe limitato ad utilizzare con la medesima destinazione d'uso.

E sul punto, il Consiglio di Stato ricorda: *"La giurisprudenza prevalente individua il criterio discriminante tra 'componente beni' e 'componente servizi' negli obiettivi di fondo perseguiti dall'Amministrazione concedente, i quali, se travalicano il mero utilizzo ordinario del bene (secondo la sua destinazione dichiarata negli atti di gara), collocandosi in una prospettiva più ampia, qualificano necessariamente il rapporto in termine di servizi."*

E non solo la giurisprudenza, ma anche il "considerando" n. 15 della Direttiva n. 23/2014 chiarisce: *"... taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva. Ciò vale di norma per i contratti di locazione di beni o terreni di natura pubblica che generalmente contengono i termini che regolano la presa di possesso da parte del conduttore, la destinazione d'uso del bene immobile, gli obblighi del locatore e del conduttore per quanto riguarda la manutenzione del bene immobile, la durata della locazione e la restituzione del possesso del*

*bene immobile al locatore, il canone e le spese accessorie a carico del conduttore."*

Nel ricercare i tratti salienti del negozio giuridico, al fine di qualificarlo come concessione di beni pubblici o concessione di servizi si deve fare riferimento agli atti delle singole procedure competitive, in cui viene descritto non solo il servizio affidato, ma anche il rischio di impresa che l'operatore economico si assume e gli investimenti che egli intende effettuare ai fini dell'utilizzo del bene.

In tal senso, nel caso in esame, pur essendo la gara aggiudicata sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ciò nondimeno il "progetto di miglioramento del servizio" non è stato ritenuto indicativo dell'assunzione di un rischio operativo, né di un investimento a favore dell'asset.

Il Collegio evidenzia che *"come correttamente precisato dal giudice di prima istanza 'per non perdere di vista i termini della questione, che si sta trattando della concessione dei locali del bar - ristorante di Cala Reale sull'Isola dell'Asinara', sicché appare evidente che l'obiettivo di fondo perseguito dall'Amministrazione concedente, non travalica il fine di concedere al privato l'utilizzo di un bene previo pagamento di corrispettivo (si tratta di uno schema "modale" di concessione del bene che ricalca il negozio della locazione, laddove, la natura pubblica della proprietà del bene, rende rilevanti le connotazioni qualitative dell'attività da svolgere nei locali, corrispondente alla, naturalmente vincolante, destinazione d'uso del bene oggetto della concessione, espressa, come si vedrà, nella legge di gara). Nella specie, infatti, il Direttore dell'Ente Parco ha affidato alla ... la concessione dei locali del bar-ristorante, per il canone mensile di euro 2.083,34, secondo le prescrizioni del bando di gara e delle proposte operative migliorative dichiarate in fase di gara."* Esaminando gli atti di gara, *"a sostegno dell'assunto depono la lettura dell'art. 1 del Capitolato speciale, oggetto della concessione, dal quale non è dato evincere un superamento del mero utilizzo, dietro corrispettivo, del bene, in quanto semplicemente si precisa che: " il gestore dovrà assicurare le attività di ristoro in linea con i principi e le finalità istitutive del Parco e dovrà contribuire attraverso la futura gestione al miglioramento dell'esperienza complessiva dei visitatori del Parco, in particolare per ciò che riguarda il profilo enogastronomico."* In relazione alle modalità di espletamento dell'attività di ristoro non si aggiunge nulla, se non che "a tal

*fine è auspicabile che i candidati alla gestione soddisfano i principi di base e di miglioramento della carta Qualità di Servizi turistici della Rete dei Parchi e delle Aree Protette".*

*In sintesi, siccome "l'esito della procedura si struttura nell'affidamento all'aggiudicatario della gestione del bar – ristorante sull'Isola dell'Asinara, tale rapporto, così come configurato negli atti di gara, può trovare titolo solo in un atto concessorio, potendo tale bene essere trasferito, per quello specifico uso, solo mediante "concessione del bene".*

## **2. Il nodo del "rischio operativo" ed il tema della "prevalenza dell'uso del bene"**

Nella concessione di servizi, invece, la remunerazione del concessionario proviene principalmente dalla sua attività, con il "rischio operativo" e "di gestione" esclusivamente in capo al concessionario stesso e con integrale trasferimento dall'amministrazione concedente all'aggiudicatario del rischio di gestione economica del bene immobile.

Nel caso di specie, oltre a non essere visibile tale trasferimento di rischio, si deve anche evidenziare, tra le finalità dell'Amministrazione aggiudicatrice perseguite con la gara di che trattasi, la preponderanza della "componente beni" rispetto alla "componente servizi": cioè, al centro del contratto c'è il bene immobile e non il servizio di ristorazione ivi implementato, né gli ulteriori servizi ancillari offerti dall'aggiudicatario.

In casi simili – quando è il bene immobile che "attrae", per importanza, le attività svolte al suo interno -, allora a maggior ragione è ravvisabile la fattispecie della "concessione di beni".

Anche su questo punto, la decisione in commento soccorre nell'interpretazione ed offre gli strumenti per distinguere e soppesare i due elementi: beni e servizi.

Dalla lettura degli atti di gara, secondo il Collegio emerge che l'ente Parco non persegue obiettivi ulteriori rispetto a quelli dell'affidamento del bene per l'uso consentito: l'Amministrazione, quindi, non si aspetta alcuna opera di miglioramento, né alcun investimento – né tanto meno alcun servizio

ulteriore e diverso rispetto a quelli di ristorazione già implementati nell'asset -.

Ed anche i concorrenti non apportano significativi "servizi ulteriori", rispetto a quelli già oggetto di gara.

In altre parole, la "componente servizi" non apporta alcun miglioramento all'immobile e non si arricchisce di servizi ulteriori rispetto a quelli di ristorazione: non c'è alcun "progetto di servizi" che possa caratterizzare lo schema contrattuale oggetto della gara. In questo caso, quindi, la "componente servizi" è recessiva rispetto alla "componente beni".

Il miglioramento della carta dei servizi turistici, proposta dall'aggiudicatario non è considerabile come un vero e proprio servizio e "non aggiunge nulla rispetto alle modalità di espletamento dell'attività di ristoro, se non che "a tal fine è auspicabile che i candidati alla gestione soddisfano i principi di base e di miglioramento della carta Qualità di Servizi turistici della Rete dei Parchi e delle Aree Protette".

*Pertanto, "non essendo previsto quale elemento del rischio operativo a carico del concessionario, né tantomeno gli obiettivi di fondo dell'Amministrazione concedente travalicano il mero utilizzo ordinario del bene, la fattispecie considerata deve essere qualificata come concessione di bene, e non concessione di servizi."*

A questo punto, il Consiglio di Stato conclude la sua indagine sulla fattispecie dedotta in giudizio proprio dimostrando che non può trattarsi di concessione di servizi poiché manca il trasferimento del "rischio operativo" in capo all'aggiudicatario.

Citando la giurisprudenza della Corte di Giustizia (CGUE 15 ottobre 2009, nella causa C-196/08; CGUE 13 novembre 2008, nella causa C-437/07, CGUE 21 maggio 2015, nella causa C-269/14), si sottolinea che l'art. 5 della Direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione dispone che la concessione (di lavori o servizi, o mista che sia) comporta il trasferimento al concessionario di un "rischio operativo" collegato alla esecuzione e gestione dei lavori o dei servizi e dipendente dal "rischio domanda", dal "rischio offerta" o da entrambi.

Il concessionario, addossandosi il rischio operativo, sostanzialmente, si espone alle fluttuazioni del mercato – che non dipendono dal suo controllo

- senza la certezza di poter recuperare gli investimenti e, pertanto, deve affidarsi ad una attenta programmazione che si esplicita nel Piano Economico e Finanziario.

Alla base di una concessione, quindi, deve esserci ex ante una ben calibrata distribuzione dell'alea contrattuale, con l'assunzione – come detto – del rischio operativo in capo al concessionario, ma controbilanciata da un documento di programmazione che tracci le linee guida per la sostenibilità a medio e lungo termine dell'operazione, con l'obiettivo di garantire l'ammortamento dell'investimento ed il rimborso degli oneri finanziari (oltre, ovviamente, all'auspicato attivo).

La declinazione dei rischi propri del concessionario è evidenziata nell'art. 3 e nell'art. 180 del Codice di Contratti pubblici ed è da intendersi come tassativa; tuttavia, trattandosi di una elencazione "per concetti", più che "per elementi", il concedente ed il concessionario possono specificarne la portata concreta, nelle regolamentazioni delle singole concessioni attraverso il "contratto di partenariato pubblico – privato" (art. 3, comma 1, lett. eee) del Codice.

In mancanza di una corretta allocazione dei rischi, infatti, la concessione rischia il default e ciò comporta di conseguenza una situazione di criticità che riverbera i suoi effetti negativi anche sul concedente – che non può più garantire il servizio o l'opera – e sui soggetti finanziatori – che non possono recuperare gli investimenti –.

Presupposto per la corretta distribuzione dei rischi è, come precisato, l'equilibrio economico finanziario dell'operazione, inteso come "contemporanea presenza di condizioni di convenienza economica, ossia della capacità del progetto di generare valore per l'intera durata del contratto e un livello di redditività adeguato per il capitale investito, e sostenibilità finanziaria, consistente nella capacità di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento" (art. 3 comma 1 lett. fff) del Codice).

In passato, per ovviare alle conseguenze del default, l'Amministrazione concedente ricorreva allo strumento del "ri-equilibrio della concessione" – che è uno strumento di governo dell'alea contrattuale, in genere limitato a circostanze del tutto eccezionali ed indipendenti dalla volontà di ambo le parti –, di fatto ripianando i maggiori

costi (o compensando le maggiori tempistiche di realizzazione) che venivano in evidenza in corso di attività.

Ebbene, secondo il Consiglio di Stato "nessuna di tali condizioni è ravvisabile nella fattispecie in esame" e, in particolare, ai concorrenti non era richiesta alcuna predisposizione di piani economico-finanziari, né alcuna valutazione ex ante sull'allocazione dei rischi.

Più semplicemente, come ricorda anche l'art. 164, comma 1 del codice dei Contratti Pubblici "In ogni caso, le disposizioni della presente Parte [cioè, le disposizioni inerenti alle concessioni] non si applicano ai provvedimenti, comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici, a richiesta di un operatore economico, autorizzano, stabilendone le modalità e le condizioni, l'esercizio di un'attività economica che può svolgersi anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici".

E nel caso di specie, si è trattato proprio di questo: l'utilizzo di un bene pubblico a scopo imprenditoriale; con l'alea comunemente connessa a tutte le iniziative imprenditoriali e senza alcun investimento o "rischio" aggiuntivo.

Dunque, non una concessione, in particolare considerando la prevalenza della "componente beni immobili", rispetto a quella dei "servizi". Il Consiglio di Stato, infatti, ciò consegue l'ulteriore considerazione per cui: "la giurisprudenza prevalente individua il criterio discriminante tra 'componente beni' e 'componente servizi' negli obiettivi di fondo perseguiti dall'Amministrazione concedente, i quali, se travalicano il mero utilizzo ordinario del bene (secondo la sua destinazione dichiarata negli atti di gara), collocandosi in una prospettiva più ampia, qualificano necessariamente il rapporto in termine di servizi".

Il tema dell'"elemento prevalente" è stato affrontato dalla giurisprudenza che, infine, si è orientata nell'individuare come criterio distintivo "tra "componente beni" e "componente servizi" gli obiettivi di fondo perseguiti dall'Amministrazione concedente, i quali – se travalicano il mero utilizzo ordinario del bene, collocandosi in una prospettiva più ampia – "colorano necessariamente il rapporto in termini di servizi" (Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 1 dicembre 2017, n. 2306).".

### 3. I precedenti: le diverse opinioni di ANAC e dei Tribunali di merito

L'interpretazione del Consiglio di Stato – in particolare sul “principio della prevalenza del bene immobile rispetto ai servizi”, segue un precedente conforme dell'ANAC, di cui alla Delibera n. 25 del 17 gennaio 2019, con il quale l'Autorità si pronunciava in ordine alla “concessione per l'uso temporaneo del patrimonio forestale, per la raccolta e vendita del legname, dietro corresponsione di un canone all'amministrazione comunale” – affermando che, nel caso di specie, non poteva che trattarsi di una “concessione amministrativa avente ad oggetto l'uso di un bene pubblico” -.

L'ANAC, in merito, osservava che “secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale l'affidamento di concessioni amministrative aventi ad oggetto l'uso di beni pubblici (siano essi del demanio ovvero del patrimonio indisponibile dello Stato, delle Regioni o dei Comuni) resta assoggettato al generale obbligo delle Amministrazioni -... di esperire procedure ad evidenza pubblica ai fini della individuazione del soggetto contraente ... resta tuttavia da verificare se la concessione di beni connessa alla prestazione di servizi, come nel caso in questione, possa dare luogo a un contratto pubblico, di appalto o di concessione, con conseguente obbligo dell'applicazione della disciplina dettata dal d.lgs. n. 50/2016 (e non solo dei principi dell'evidenza pubblica).”.

E, con riferimento alla prevalenza del bene immobile rispetto ai servizi osserva: “Anche nel caso di specie L'Autorità ha già rilevato (nel Parere sulla normativa del 15 febbraio 2013 con riferimento alle concessioni demaniali marittime) che le concessioni amministrative aventi ad oggetto beni demaniali o del patrimonio indisponibile possono essere serventi alla prestazione di un servizio alla collettività, e quindi configurare una concessione di servizi, quando l'utilizzo del bene si estrinseca nell'esercizio di un servizio pubblico, ciò in quanto dette concessioni si atleggino a fattispecie complesse, in cui assumono rilievo non solo la messa a disposizione del bene pubblico, dietro corresponsione di un canone, ma anche gli aspetti convenzionali relativi all'attività di gestione e alla durata in funzione dell'equilibrio economico-finanziario dell'investimento.”

Più puntualmente. “la concessione di beni cela una concessione di servizi quando il bene pubblico

avente una vocazione naturale ad essere impiegato in favore della collettività per attività di interesse generale e avente una struttura e una destinazione idonee a generare flusso di cassa è affidato in gestione al concessionario sul quale è traslato il rischio operativo in quanto da tale gestione trae la propria remunerazione, a fronte del pagamento di un canone da versare al concedente stabilito in funzione della previsione del consolidamento dei guadagni nell'arco temporale di riferimento”.

Anche nel caso esaminato dall'Autorità, si era rivelato dirimente l'esame degli atti di gara e, in particolare, della bozza della concessione, in cui si evidenziava che: “il Comune ... intende cedere per dieci anni l'uso del patrimonio forestale del Comune riconoscendo al concessionario lo sfruttamento economico del bene consistente nel ricavato della vendita del legname (art. 1 Schema di concessione). A fronte di ciò, il concessionario è tenuto al pagamento di un canone e alla prestazione di una serie di servizi e, probabilmente di lavori, consistenti essenzialmente nel servizio di vigilanza boschiva (art. 10), nel servizio antincendi boschivi (art. 11) e nella manutenzione ordinaria e straordinaria della viabilità principale e secondaria (art. 12). Il patrimonio boschivo non si atteggia come bene naturalmente destinato ad essere impiegato per attività di interesse generale e dalla documentazione versata in atti emerge che i servizi di cui il concessionario è incaricato non consistono (se non indirettamente) nello svolgimento di attività a favore della collettività ma attengono sostanzialmente alla manutenzione del bene.”.

Pertanto, la fattispecie non sembrava presentare i caratteri precipi della concessione di servizi “in quanto la remunerazione del concessionario non deriva dal prezzo pagato dagli utenti dei servizi ma dalla vendita del legname che, secondo quanto prospettato dalla stazione appaltante nella legge di gara, non parrebbe esposta al rischio operativo tipico della concessione - intendendosi tale quello in cui, in condizioni operative normali, non è garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei servizi oggetto della concessione (art. 3, comma 1, lett. zz), d.lgs. n. 50/2016) - poiché i ricavi stimati della vendita del legname, indicati dalla stazione appaltante, coprono ampiamente le spese di gestione e paiono soggetti al normale rischio di impresa dell'appaltatore.”.

Si deve, però, registrare anche un precedente

dell'Autorità, di senso opposto. Infatti, la stessa ANAC, con deliberazione n.1300/2016, ha ritenuto che la concessione di un impianto sportivo debba essere inquadrata nell'ambito delle concessioni di servizi, "trattandosi di contratto a titolo oneroso in cui il corrispettivo del concessionario è rappresentato dal profitto derivante dalla gestione dei servizi".

In questo caso, l'assenza di opere realizzate dal concessionario e destinate alla fruizione dell'impianto e, parimenti, l'assenza di un vero e proprio "rischio operativo" trasferito in capo al concessionario stesso, non hanno impedito all'Autorità di qualificare la concessione in esame come "concessione di servizi".

Una diversa visione, invece, si registra nella sentenza del TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, del 20 gennaio 2020, n. 45, in un caso assai affine a quelli sopra descritti: si tratta di un bar all'interno di un ospedale.

Proprio in materia di distinzione fra concessione di beni pubblici e di servizi, il Tribunale di merito afferma: "Il contratto di cui è questione, che per espressa qualificazione del capitolato tecnico ha ad oggetto il "servizio di gestione bar, somministrazione di alimenti e bevande, la vendita di alimenti (...) la rivendita di giornali, quotidiani", è specificamente e dettagliatamente normato dalla lex specialis con la previsione di precisi e specifici obblighi posti in capo al concessionario, al fine di conformarne l'attività a precise regole di efficienza, continuità e qualità, che travalicano la mera gestione del bene pubblico e connotano il rapporto in termini di servizio."

In questo caso, però, il TAR perviene a tale determinazione proprio valorizzando il principio di prevalenza dei servizi, rispetto al bene pubblico cui accedono – ravvisando anche, nel caso di specie, che il concessionario si era assunto una sorta di "rischio operativo". Afferma, infatti, il TAR "ormai la giurisprudenza (sia quella amministrativa sia quella della Corte di cassazione) abbia pacificamente qualificato come concessione di servizi il rapporto con cui una p.a. affida ad un privato la gestione di un servizio bar e ristorazione all'interno di un complesso immobiliare di proprietà demaniale. Su tale piano è stato, infatti, ormai chiarito, con principi validi anche per la vicenda per cui è causa, che, ad esempio, «va qualificato come concessione

di servizi il rapporto con cui è stato affidato da una Azienda sanitaria ad un privato la gestione di un servizio bar e ristorazione all'interno di un complesso ospedaliero, in quanto sussistono entrambi i requisiti contenutistici: il servizio di gestione del bar interno è reso ad un pubblico di utenti del presidio ospedaliero, ed il rischio di gestione del servizio ricade sull'aggiudicatario, che non è dunque remunerato dall'Amministrazione, ma si rifà sugli utenti. Né può indurre ad una diversa soluzione la circostanza che, in correlazione anche con l'affidamento in uso di locali dell'Azienda ospedaliera, sia previsto dal bando di gara il versamento, da parte del concessionario, di un canone annuo, come pure l'obbligo dello stesso di svolgere i lavori di predisposizione e di adeguamento funzionale dei locali. Poiché l'attività economica esercitata per erogare prestazioni volte a soddisfare bisogni collettivi ritenuti indispensabili in un determinato contesto sociale costituisce un pubblico servizio, nel caso di specie vista la natura mista del rapporto risultavano applicabili alla procedura per l'affidamento le regole della concessione di servizi ovvero di altro modulo procedimentale che tenesse nella debita considerazione, sul piano dinamico, lo svolgimento dell'attività» (cfr., ex aliis, T.A.R. Molise, n. 26 del 2010)." (TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 10 gennaio 2018, n. 18)".

Più neutra e concentrata sulla struttura del contratto (a discapito del tema della prevalenza dei servizi o dei beni pubblici) è la tesi del TAR Sardegna (Sez. I, sentenza 18 giugno 2019, n. 547), chiamato ad esaminare la fattispecie dell'utilizzo, da parte di terzi, di un immobile di proprietà comunale con vincolo di destinazione ad uso "asilo nido".

Il Tribunale di merito, sul punto, precisa che: "la sola appartenenza del bene al patrimonio indisponibile non qualifica di per sé la concessione in termini di "concessione di beni", essendo un simile automatismo certamente da escludere tutte le volte in cui, la natura pubblicistica del bene trovi fondamento nella sua strumentalità allo svolgimento di un servizio pubblico, secondo il criterio teleologico di cui all'art. 826, comma 2, c.c., giacché tale schema implica, per sua natura, una "coesistenza" tra natura pubblica del bene e funzione pubblica del servizio cui è destinato; in questi casi, dunque, compete all'interprete individuare, tra i due profili, quello in concreto prevalente e, come tale, capace di qualificare

*giuridicamente il rapporto; occorre, in altre parole, operare un giudizio di "prevalenza sostanziale", per certi versi analogo a quello previsto in materia di appalti pubblici dall'art. 169, comma 8, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ... ciò posto, nel caso specifico la descritta valutazione "in concreto" conduce a considerare senz'altro preponderante la "componente servizio pubblico", in quanto: – gli atti regolatori del rapporto, con particolare riferimento al Capitolato speciale di gara (cfr. doc. 5 prodotto dalla difesa della ricorrente), prevedono a carico del concessionario molteplici e significative prestazioni eterogenee rispetto alla mera gestione del bene; ... – nel Capitolato di gara campeggia, quale generale obiettivo perseguito dal Comune, quello di valorizzare, attraverso le diverse attività affidate al gestore della struttura, lo sport equestre e, ancora più in generale, la vocazione turistica del territorio; ...L'esame degli atti che regolano il rapporto contrattuale evidenzia, dunque, la previsione di significative e variegate prestazioni a carico del concessionario, nonché l'attenzione specificamente rivolta dal Comune, quale ratio di fondo dell'intero affidamento, a obiettivi di carattere generale e tutto ciò conferma la prevalenza della "componente pubblico servizio", sotto il profilo funzionale e del tipo di interessi pubblici coinvolti, rispetto alla "componente bene pubblico".*

# L'anomalia dell'offerta – analisi delle questioni di rilievo, tra pratica operativa e giurisprudenza

di Giuseppe Croce

IL  
PUN  
TO

Partiamo da un assunto ineludibile. A valle dell'indagine sulla bontà dell'offerta presentata dal concorrente primo graduato, vi è necessariamente da parte della stazione appaltante, l'analisi di congruità complessiva della proposta presentata, sia in termini di puro costo, sia (talvolta) in termini di bilanciamento e rapporto tra qualità e prezzo.

Questa diligente attività di analisi, prodromica all'aggiudicazione, ricade sotto l'ombra dell'art. 97 d.lgs. 50/2016, sia essa collegata a "puro calcolo matematico" (offerte matematicamente anomale in ambito di selezione con criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ovvero di aggiudicazione al minor prezzo)<sup>1</sup>, sia essa collegata

---

1. Si ricorda a tal proposito che sul punto, si apre una parentesi Giurisprudenziale non di secondaria importanza, attinente le previsioni del comma 15 dell'art. 97 d.lgs. 50/2016, si richiama sul punto la recentissima sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 23.05.2022 n. 4056 in tema di cristallizzazione della soglia. Al riguardo, va confermato il principio – dal quale non v'è evidente ragione di discostarsi, nel caso di specie – secondo cui "la c.d. cristallizzazione della soglia d'anomalia, che trasposta sul piano pratico si traduce nell'impossibilità ex post d'individuare – per effetto di sopravvenienze maturate successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte – una nuova soglia di anomalia mediante il ricalcolo delle offerte, non è ex se preclusiva della possibilità di rimettere in discussione gli esiti della procedura di gara".

Diversamente argomentando, il "fatto compiuto" derivante dalla determinazione delle medie, laddove a monte di questa si sia consumata un'illegittimità che abbia avuto rilievo decisivo in tale operazione aritmetica, assumerebbe un ruolo dirimente in grado di frustrare i principi che conformano l'azione amministrativa e, prima ancora, di sovvertire la gerarchia assiologica dei valori ad essi sottesi (in termini, Cons. Stato, V, 13 febbraio 2017, n. 590; V, 16 marzo 2016, n. 1052).

Va ricordato, in proposito (ex multis, Cons. Stato, V, 2 settembre 2019, n. 6013), che il principio di invarianza su cui si verte è stato introdotto con l'art. 38, comma 2-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 e quindi riprodotto nel vigente Codice dei contratti pubblici, all'art. 95, comma 15, per evitare che le variazioni sulle ammissioni/esclusioni dalle gare, ancorché accertate giurisdizionalmente, sortissero effetti in punto di determinazione delle medie e delle soglie di anomalia, da ritenersi ormai cristallizzate – alla luce di un consolidato orientamento giurisprudenziale – al momento dell'aggiudicazione.

Tale regola risponde all'esigenza di sterilizzare (ex multis, Cons. Stato, III, 22 febbraio 2017, n. 841) l'alterazione della trasparenza e della correttezza del confronto concorrenziale, potenzialmente correlata alla partecipazione di fatto di un concorrente solo successivamente estromesso della gara, rendendo irrilevante "la promozione di controversie meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non

a valutazione autonoma, stante l'esistenza del c.d. *fumus di anomalia*<sup>2</sup>.

Se tutto ciò rappresenta la considerazione di partenza, non ci resta che iniziare ad allargare lo sguardo all'analisi specifica delle offerte e alle caratteristiche delle stesse, salvo poi accorgerci che l'indagine dell'anomalia dell'offerta declina in diverse fattispecie e molteplici aspetti, ed esige tante considerazioni.

### 1. Le caratteristiche dell'offerta e i risvolti in termini di anomalia

Dato per assunto che l'offerta nel suo complesso non possa derogare alle caratteristiche essenziali e indefettibili (ossia i requisiti minimi) delle prestazioni o del bene previste dalla *lex specialis* della gara e che ciò costituisca una condizione di partecipazione alla procedura selettiva, perché non è ammissibile che il contratto venga aggiudicato



utilmente collocatisi in graduatoria mossi dall'unica finalità, una volta noti i ribassi offerti e quindi gli effetti delle rispettive partecipazioni in gara sulla soglia di anomalia, di incidere direttamente su quest'ultima traendone vantaggio" (Cons. Stato, V, 30 luglio 2018, n. 4664).

Il criterio di cui trattasi – espressione, tra l'altro, del principio di conservazione degli atti giuridici – nel corso del tempo è stato via via precisato, quanto a presupposti ed ambito applicativo, nella sua reale portata, tanto più in seguito all'entrata in vigore dell'art. 120, commi 2-bis e 6-bis Cod. proc. amm., comportanti l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni o delle esclusioni dalla gara.

Muovendo da un tal ordine di cose, la giurisprudenza ha quindi potuto precisare l'autonomia e la specificità della fase di ammissione ed esclusione, le quali – tanto più in aggiunta alla previsione di un apposito rito accelerato – ostavano alla configurazione, già in tale contesto, di una qualsiasi "cristallizzazione delle medie", dal momento che l'eventuale accoglimento delle impugnazioni, "in una fase della gara nella quale l'ammissione non si è ancora stabilizzata per essere ancora sub iudice, non può non retroagire, una volta accolta, al momento della illegittima ammissione, tempestivamente impugnata, in quanto, diversamente ritenendo, la stabilizzazione della soglia sarebbe "sterilizzata" da ogni eventuale illegittimità di una ammissione o esclusione tempestivamente contestata" (Cons. Stato, III, 27 aprile 2018, n. 2579).

Invero, una volta preso atto che l'art. 95, comma 15 cit. individua, quale momento idoneo a "cristallizzare" le offerte, la definizione in sede amministrativa della "fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte", deve logicamente riconoscersi che la fase in questione non può ritenersi conclusa "almeno finché non sia spirato il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni" e, comunque, "finché la stessa stazione appaltante non possa esercitare il proprio potere di intervento di autotutela ed escludere 'un operatore economico in qualunque momento della procedura' (art. 80, comma 6, del d. lgs. n. 50 del 2016) e, quindi, sino all'aggiudicazione (esclusa, quindi, l'ipotesi di risoluzione "pubblicistica" di cui all'art. 108, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016, successiva alla stipula del contratto)" (così Cons. Stato, III, 27 aprile 2018, n. 2579).

Ne consegue, altrettanto logicamente, che le variazioni intervenute nella platea dei concorrenti per effetto della riammissione in gara di soggetti in precedenza illegittimamente esclusi, attengono ancora alla fase di ammissione e/o esclusione delle offerte (contestualmente alla proposta di aggiudicazione) – in quello stadio non ancora conclusa – ossia ad una fase che l'art. 95 comma 15 ancora non sottopone all'applicazione del principio di invarianza (in termini, Cons. Stato, V, 2 settembre 2019, n. 6013; da ultimo, Cons. Stato, V, 10 marzo 2021, n. 2047).

Del resto, la ratio perseguita dall'art. 95 comma 15 cit. riposa "nell'esigenza di impedire impugnazioni di carattere strumentale, in cui il conseguimento dell'aggiudicazione è ottenibile non già per la portata delle censure dedotte contro gli atti di gara e per la posizione in graduatoria della ricorrente, ma solo avvalendosi degli automatismi insiti nella determinazione automatica della soglia di anomalia" (Cons. Stato, V, 12 febbraio 2020, n. 1117; V, 23 novembre 2020, n. 7332); invero, proprio il riferimento testuale dell'art. 95 comma 15 cit. alla fase di regolarizzazione conferma la possibilità, per l'amministrazione, di eventualmente regolarizzare – prima di procedere all'aggiudicazione della gara – eventuali offerte affette da mere irregolarità non invalidanti (per tali suscettibili di essere sanate: ex multis, Cons. Stato, V, 22 gennaio 2021, n. 683).

2. Concetto ormai datato in giurisprudenza, si veda in tal senso TAR Sardegna, sez. I, sentenza n. 691/14 "La verifica facoltativa di anomalia, prevista dall'art. 86, comma 3, Codice dei contratti pubblici (d.lgs n. 163/2006), deve fondarsi su di un fumus, un sospetto di anomalia, correlato ad elementi specifici. Quindi, la verifica facoltativa deve essere motivata, al fine di evitare arbitrii ed abusi da parte delle stazioni appaltanti, oltre che per ragioni di economia dei mezzi giuridici".

a un concorrente che non garantisca il minimo prestabilito che vale a individuare l'essenza stessa della *res* richiesta.

Non costituisce eccezione all'assunto, la circostanza che la *lex specialis* non disponga espressamente la sanzione espulsiva per l'offerta che presenti caratteristiche difformi da quelle pretese, risolvendosi una simile difformità, in un *aliud pro alio* che comporta, di per sé, l'esclusione dalla gara, anche in mancanza di un'apposita comminatoria in tal senso<sup>3</sup>.

Interessante pronuncia quella del Consiglio di Stato, sez. V, 20.06.2022 n. 5027, il quale rammenta che: per consolidato orientamento giurisprudenziale, il principio di equivalenza di cui all'art. 68 del Codice dei contratti pubblici – che attua l'art. 42 della direttiva 2014/24/UE e permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, rispondendo, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità, buon andamento e libertà d'iniziativa economica privata e, dall'altro, al principio di libera concorrenza, che vedono quale corollario il *favor participationis* alle pubbliche gare (Cons. Stato, V, 17 febbraio 2022, n.1186; III, 10 febbraio 2022, n. 1006) – è finalizzato a evitare che un'irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici precluda l'ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta (Cons. Stato, III, 7 gennaio 2022, n. 65; IV, 7 giugno 2021, n. 4353).

In altri termini, il principio di equivalenza presuppone la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto, ancorché difforme dalle specifiche tecniche indicate dalla stazione appaltante (Cons. Stato, III, 7 luglio 2021, n. 5169; 22 novembre 2017, n. 5426), quale "conformità sostanziale" con le specifiche tecniche, nella misura in cui queste vengano nella sostanza soddisfatte (Cons. Stato, V, 25 marzo 2020, n. 2093): quindi, nell'ambito di una

procedura a evidenza pubblica, le caratteristiche minime stabilite nella documentazione di gara non devono intendersi come vincolanti nel *quomodo*, ma soltanto *quoad effectum*, nel senso che le offerte sono ritenute rispettose della *lex specialis* laddove siano, comunque, capaci di conseguire il fine ultimo dell'affidamento (Cons. Stato, IV, n. 4353 del 2021, cit.).

Ne deriva, sul piano applicativo, che la stazione appaltante opera il giudizio di equivalenza sulle specifiche tecniche dei prodotti offerti in gara non attenendosi a riscontri formalistici, bensì sulla base di criteri di conformità sostanziale delle soluzioni tecniche offerte; deve all'uopo registrarsi una conformità di tipo funzionale rispetto alle specifiche tecniche indicate dal bando: specifiche che, in questo modo, "vengono in pratica comunque soddisfatte" (Cons. Stato, III, 2 settembre 2013, n. 4364; 29 marzo 2018, n. 2013).

I limiti dell'applicazione del principio di equivalenza individuati dalla giurisprudenza sono strettamente connessi alla sua ratio. Se, infatti, il principio è diretto ad evitare che le norme obbligatorie, le omologazioni nazionali e le specifiche tecniche possano essere artatamente utilizzate per operare indebite esclusioni dalla gare pubbliche, fondate sul pretesto di una non perfetta corrispondenza delle soluzioni tecniche offerte con quelle richieste, ne viene come diretta conseguenza che esso, quale misura diretta ad assicurare che la valutazione della congruità tecnica dell'offerta non si risolva in una verifica formalistica ma consista nell'apprezzamento della sua conformità sostanziale alle specifiche tecniche inserite nella *lex specialis*, non possa essere invocato per ammettere offerte tecnicamente inappropriate (Cons. Stato, III, 2 marzo 2018 n. 1316) o che comprendano soluzioni che, sul piano oggettivo funzionale e strutturale, non rispettino le caratteristiche tecniche obbligatorie, configurandosi come un *aliud pro alio* (Cons. Stato, III, 9 febbraio 2021, n. 1225/2021; V 25 luglio 2019, n. 5258; III, 28



3. Tribunale Regionale Giustizia Amministrativa Trentino Alto Adige Bolzano 3 maggio 2022 n. 127 – il principio dell'esclusione dell'offerta per difformità dai requisiti minimi, anche in assenza di espressa comminatoria di estromissione della procedura selettiva, non può che valere nei casi in cui la disciplina di gara prevede qualità del prodotto che con assoluta certezza si qualificano con caratteristiche minime, vuoi perché espressamente definite come tali nella disciplina stessa, vuoi perché la descrizione che se ne fa nella disciplina di gara è tale da farle emergere come qualità essenziali della prestazione richiesta.

settembre 2018, n. 5568).

La tematica in realtà porta poi con se un altro elemento non trascurabile, occorre misura, oculatezza, attenzione, nel predisporre dunque l'offerta. Occorre evitare di commettere errori pratici e tecnici di commistione degli elementi dell'offerta qualitativa e quantitativa, scongiurando rischi anticipatori.

Lo ricorda un recente Tar Toscana – Firenze, Sez. I, 5 maggio 2022, n. 612, il quale anzitutto ribadisce proprio il divieto di commistione tra le componenti dell'offerta, ribadendo che esso non va inteso in senso assoluto, bensì relativo, con indagine da condurre in concreto; né può essere interpretato in maniera indiscriminata, al punto da eliminare ogni possibilità di obiettiva interferenza tra l'aspetto tecnico e quello economico dell'appalto posto a gara, attesa l'assenza di una precisa norma di legge che impedisca l'inserimento di elementi economici nell'offerta tecnica, a meno che uno specifico divieto non sia in via espressa ed inequivocabile contenuto nella disciplina di gara (TAR Bari, sez. III, 17 marzo 2020, n. 388; T.A.R. Roma, sez. I, 7 gennaio 2020, n. 58; Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2015 n. 5181; id., 21 novembre 2017 n. 5392; id., sez. III, 3 aprile 2017 n. 1530).

Inoltre, in ossequio ai più recenti orientamenti giurisprudenziali e nell'ambito della propria discrezionalità, la Stazione appaltante ha valutato la congruità dell'offerta in modo globale e sintetico, senza concentrarsi esclusivamente in modo parcellizzato sulle singole voci, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che la compongono (Cons. Stato Sez. V, 12/03/2020, n. 1772).

Ed allora comprendiamo come lo spettro di indagine si faccia sempre più ampio, al punto che il comma 6 dell'art. 97 del Codice, stimola la stazione appaltante ad una riflessione e ad un approfondimento necessario, specie quando l'offerta proposta annulla i limiti posti dalla

stessa amministrazione in sede di redazione della documentazione di gara.

Pensiamo in tal senso alla pronuncia del Consiglio di Stato, sez. III, 26 maggio 2022 n. 4225 e Consiglio di Stato, Sez. III, 26 maggio 2022, n. 4236 (che per quanto non direttamente connessa stretto senso all'anomalia, è significativa in senso ampio), avente ad oggetto l'offerta tempo, la sua estrema riduzione in seno alla proposta del concorrente, fino al completo azzeramento.

L'estremizzazione che diviene inattendibilità complessiva dell'offerta tutta, poiché non conforme sul piano effettuale alle esigenze della stazione appaltante. Una proposta che apparentemente migliorativa, punta a favorire tempi così contenuti da rendere del tutto irrealistico il loro rispetto, allora l'offerta non è più migliorativa ma diventa tecnicamente impossibile, e pertanto va sanzionata anziché premiata<sup>4</sup>.

## 2. Limiti al sindacato dell'offerta tecnico-economica

Tutto questo stimola una domanda fondamentale, esiste un limite tra il potere della stazione appaltante di sindacare l'offerta tecnica ed economica del concorrente e dall'altro lato, la libertà di auto-organizzazione imprenditoriale dell'impresa in gara?

La risposta è certamente, sì.

Interessante in tal senso la recente pronuncia del TAR Lazio-Roma, Sez. II, Sentenza 24 maggio 2022, n. 6688, la quale sostiene che è necessario individuare i confini generali fino ai quali può spingersi il potere della stazione appaltante di sindacare l'offerta del concorrente ogniqualvolta venga in rilievo un profilo attinente all'organizzazione del fattore produttivo "lavoro".

Il che sottintende un'operazione di complesso bilanciamento tra due polarità costituzionali

---

4. Sul punto anche Delibera n. 26 del 18 gennaio 2017 – ha affermato che un'offerta tecnica connotata da riduzione dei tempi contrattuali tale da rendere la prestazione tecnicamente impossibile sia da ritenere inammissibile.

potenzialmente contrapposte, da un lato i principi di buon andamento della pubblica amministrazione e tutela del lavoro<sup>5</sup> (artt. 97, 4, 35 e 36 Cost.) e dall'altro lato la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore (art. 41 Cost.).

In virtù di ciò vi sono elementi di indagine che il Giudice tende a verificare in sede valutativa, essi sono:

- (a) l'applicazione della clausola sociale inserita nel bando di gara (cfr. ex multis Consiglio di Stato 10 giugno 2019 n. 3885);
- (b) la scelta imprenditoriale di adottare uno specifico contratto collettivo piuttosto che un altro (cfr. ex multis Consiglio di Stato 13 ottobre 2015 n. 4699);
- (c) la scelta imprenditoriale di adottare contratti di lavoro a causa mista lavoro/formazione (cfr. ex multis Consiglio di Stato 18 gennaio 2016 n. 143);
- (d) la correttezza dell'inquadramento professionale della forza lavoro assunta con contratti di lavoro dipendente (cfr. ex multis Consiglio di Stato 15 novembre 2021 n. 7596);
- (e) gli scostamenti del costo del lavoro rispetto ai parametri medi delle tabelle ministeriali; (f) la correttezza della qualificazione autonoma o libero-professionale dei rapporti di lavoro dichiarati dal singolo concorrente (cfr. Consiglio di Stato 25 marzo 2019 n. 1979, TAR Puglia-Lecce 2 novembre 2021 n. 1584, TAR Sardegna 5 febbraio 2019 n. 94, TAR Lazio, Sezione Terza, 25 febbraio 2015 n. 3294).

Ciò che unisce questi orientamenti può essere sinteticamente compendiato nell'assoluta centralità della libertà di iniziativa economica dell'imprenditore (intesa soprattutto nella sua accezione euro-unitaria di libertà di concorrenza), nel senso cioè che la stazione appaltante non può mai imporre al concorrente un particolare modello di organizzazione del lavoro, quale che sia il modo con cui tale imposizione viene esercitata (ad esempio attraverso la prescrizione di un particolare tipo di contratto di lavoro o di CCNL o del livello di inquadramento).

Come ogni diritto di rango costituzionale, tuttavia, anche quello sin qui tratteggiato incontra un limite estremo ed invalicabile, e cioè l'esigenza di evitare che esso sconfini abusivamente nella lesione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e nel pregiudizio dei diritti sociali costituzionalmente tutelati (artt. 4, 35 e 36 Cost.).

Tali opposti principi costituzionali prevalgono infatti sulla libertà di auto-organizzazione imprenditoriale (legittimando quindi un sindacato della stazione appaltante sull'organizzazione del lavoro del concorrente) ogniqualvolta le concrete modalità di svolgimento del servizio oggetto di affidamento pubblico, così come analiticamente declinate nella *lex specialis* di gara, appaiono evidentemente inconciliabili con la specifica matrice organizzativa impressa dal singolo concorrente alla propria forza lavoro.

Ciò senza dimenticare che la scelta imprenditoriale di adottare un particolare tipo di contratto di lavoro (oggettivamente inconciliabile con la *lex specialis*) può talvolta consentire al singolo concorrente di eludere i maggiori costi retributivi, contributivi e fiscali che sono invece sottesi al diverso modello contrattuale reso necessario dalle specifiche tecniche di gara, così realizzando non soltanto un pregiudizio all'interesse pubblico della stazione appaltante, ma anche una forma di "dumping" ad un tempo lesiva del leale gioco concorrenziale e dei diritti sociali.

Con riferimento al caso di specie, la giurisprudenza amministrativa ritiene che il costo del lavoro autonomo non è sottratto al controllo di anomalia e che, soltanto laddove manchi un parametro normativo di congruità direttamente applicabile al rapporto di lavoro autonomo oggetto di verifica, la stazione appaltante può prendere a riferimento (sempre in chiave orientativa e non rigidamente vincolante) la contrattazione collettiva applicabile ai rapporti di lavoro subordinato aventi ad oggetto mansioni analoghe. Ciò ovviamente previa sterilizzazione degli effetti del diverso regime

---

5. La tematica entra prepotentemente in ballo se consideriamo gli obblighi gravanti sui concorrenti in sede di gara, derivanti dall'art. 95 co. 10 del d.lgs. 50/2016 e le verifiche di congruità strettamente connesse al costo del lavoro e dei presidi di sicurezza, giusta previsione dell'art. 97 co. 5 lett. c) e d) del d.lgs. 50/20106.

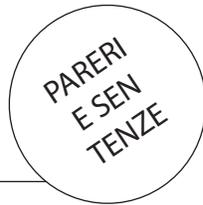
contributivo e retributivo applicabile a questi ultimi rapporti (sterilizzazione resa necessaria non soltanto da evidenti ragioni logiche, ma anche, come detto, dal carattere non vincolante del parametro collettivo in esame applicato ai rapporti di lavoro autonomo)<sup>6</sup>.

Insomma, l'istituto della valutazione complessiva dell'offerta anomala non è affare di poco conto, esige una valutazione strutturata e articolata che non può e non deve essere derubricata a mera analisi dei costi proposti dal concorrente. Essa rimanda ad un sindacato più approfondito e contestualizzato, tanto da poter consentire legislativamente un supporto pratico e professionale al responsabile del procedimento in sede di sub procedimento valutativo, utile ad integrare e potenziare le necessarie competenze di quest'ultimo nel tratto finale dell'iter valutativo.

---

6. La tematica porta con se altri e ulteriori spunti dal tenore giuslavoristico circa l'imputabilità in termini di costo del personale di soggetti dipendenti più o meno stabilmente con l'operatore economico nell'ambito della commessa affidata. Risulta affermato costantemente in giurisprudenza che l'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta si impone solo per i dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell'offerta per la specifica commessa; non è così, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti (ad es. il direttore del servizio), il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto (TAR Firenze, 19.04.2022 n. 525; TAR Roma, 12.07.2021 n.8261; Consiglio di Stato, sez. V, 03.11.2020 n. 6786 e sez. III, 26.10.2020 n. 6530).

## Pareri & Sentenze



### **Consiglio di Stato, Sez. V, 28/6/2022, n. 5347**

*La garanzia provvisoria in quanto posta a "corredo" dell'offerta è sottratta alla possibilità di soccorso istruttorio*

"La garanzia provvisoria – destinata a coprire la "mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione" per fatto non imputabile alla stazione appaltante (cfr. art. 93, comma 6, d. lgs. n. 50 del 2016) – non costituisce un elemento formale ma, in quanto posta a "corredo" dell'offerta (cfr. art. 93, comma 1), deve ritenersi "afferente" alla stessa e non alla documentazione relativa alla dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione: come tale, essa è sottratta alla possibilità di soccorso istruttorio, stante il principio che impedisce, a salvaguardia della par condicio, la modifica delle proposte negoziali da parte dei concorrenti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2021, n. 804);

- "Secondo i condivisibili principi affermati dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ... la carenza di uno degli elementi dell'offerta ritenuti essenziali dalla lex specialis ben legittima l'esclusione dell'offerta difettosa, senza che ciò comporti alcuna violazione del principio di tassatività delle cause d'esclusione di cui all'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2020, n.960; Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2019, n. 1247; 30 aprile 2018, n. 2587; 14 aprile 2016, n. 1494).

Pertanto, in estrema sintesi: a) la garanzia provvisoria è parte essenziale e integrante dell'offerta e dunque insuscettibile di soccorso istruttorio (meccanismo questo pure invocato dalla difesa di parte appellante); b) la carenza di un simile requisito dell'offerta, essenziale secondo la legge di gara, giustifica l'esclusione senza violazione del suddetto principio di tassatività delle relative cause.

Di qui la legittima previsione, nell'ambito della lex specialis, dell'esclusione dalla procedura in caso di invalidità della suddetta documentazione a corredo essenziale dell'offerta. A nulla valendo il fatto, peraltro, che la richiamata disposizione di gara non abbia previsto anche qui un meccanismo di valutazione in concreto, e ciò dal momento che trattasi, come più volte detto, di ipotesi di "invalidità" e non di "falsità" (ex. art. 80, comma 5, lettera c-bis)."

**TAR Venezia, 21/06/2022, n. 1065**

*Diritto di accesso agli atti relativi alla documentazione afferente alle verifiche dei requisiti effettuate dopo l'aggiudicazione in vista della stipula del contratto*

"... in termini generali, la collocazione al secondo posto in graduatoria di un operatore attribuisce allo stesso "una posizione particolarmente qualificata nell'ambito della procedura di gara" (arg. ex T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 20 giugno 2017, n. 679)" (T.A.R. Veneto sez. I – Venezia, 04/07/2019, n. 803) ... "l'accesso documentale funzionale alla difesa in giudizio non può fare a meno dell'integrale contenuto dei moduli DGUE, dei relativi allegati e delle dichiarazioni rese ex art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, in quanto solo la completa acquisizione di essi consente di verificare se gli operatori controinteressati abbiano correttamente notiziato la stazione appaltante di tutti gli eventuali precedenti e/o pendenze penali ovvero di tutte le pregresse risoluzioni contrattuali o di qualsiasi altro fatto idoneo ad essere giudicato quale grave illecito professionale ex art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, o quale causa espulsiva in base alle altre ipotesi previste dal medesimo art. 80;

analogamente, solo la conoscenza delle risultanze del casellario giudiziale e dei carichi pendenti consente di verificare se gli operatori hanno dichiarato tutti i precedenti e/o le pendenze penali oppure se li hanno taciuti in tutto o in parte" (...) ... Le medesime considerazioni valgono anche per la documentazione relativa allo svolgimento delle verifiche relative al possesso dei requisiti espletate nella fase successiva all'aggiudicazione, in vista della stipula del contratto ..."

**Consiglio di Stato, Sez. V, 17/06/2022, n. 4968**

*Sull'avvalimento dell'iscrizione all'elenco fornitori*

"L'iscrizione all'elenco fornitori è null'altro che un procedimento strumentale alla scelta dei soggetti da invitare che avviene poi in maniera casuale, mediante sorteggio o altra modalità definita dall'amministrazione. ... Nulla osta a che l'iscrizione a tali elenchi sia effettuata utilizzando lo strumento dell'avvalimento. Non va dimenticato che tutta la disciplina della direttiva 2014/24/UE ha una funzione di incentivo a supporto delle forme di cooperazione tra imprese. E si comprende se si pensa alla ratio cui è ispirata l'intera disciplina di derivazione europea in materia di appalti pubblici, tesa all'affermazione piena dei principi del Trattato, quali la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento, la libera prestazione dei servizi e dei principi che ne derivano e cioè parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità, trasparenza."

**TAR Lombardia, Sez. II, 10/06/2022, n. 1343**

*"Istanza di revisione del prezzo formulata dall'impresa aggiudicataria prima della stipulazione del contratto risulti non (è) supportata da alcuna previsione legale"*

"... l'istanza di revisione del prezzo formulata dall'impresa aggiudicataria prima della stipulazione del contratto risulti non supportata da alcuna previsione legale in quanto effettuata in un momento in cui, non essendo ancora in essere alcun rapporto contrattuale, non è giuridicamente ipotizzabile né ammissibile alcuna ipotesi di revisione del prezzo, che per sua natura presuppone un contratto (ad esecuzione continuata e periodica) già in corso; "e così come nel corso del rapporto contrattuale l'impresa appaltatrice è tutelata, in caso di un esorbitante aumento dei costi del servizio, dall'istituto della revisione del prezzo (ove previsto dagli atti di gara) ovvero dalla possibilità di esperire i rimedi civilistici di risoluzione del vincolo sinallagmatico, nel diverso caso in cui l'evento imprevisto e imprevedibile si verifichi prima della

stipulazione del contratto, l'impresa aggiudicataria è tutelata con la possibilità di rifiutare la sottoscrizione del contratto, una volta cessata la vincolatività della propria offerta" (T.A.R. per la Lombardia – sede di Brescia, Sez. I, 10.3.2022, n. 232)."

**TAR Sicilia, sezione staccata di Catania (Sezione Terza), 08/06/2022, n. 1554**

*Le certificazioni relative alla regolarità contributiva e tributaria emanate dagli organi preposti sono insindacabili*

"Come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza...in materia di gare pubbliche, le certificazioni relative alla regolarità contributiva e tributaria delle imprese partecipanti, emanate dagli organi preposti si impongono alle stazioni appaltanti che non possono in alcun modo sindacarne il contenuto, non residuando alle stesse alcun potere valutativo sul contenuto o sui presupposti di tali certificazioni: spetta, infatti, in via esclusiva all'Agenzia delle Entrate il compito di dare un giudizio sulla regolarità fiscale dei partecipanti a una gara pubblica, non disponendo la stazione appaltante di alcun potere di autonomo apprezzamento del contenuto delle certificazioni di regolarità tributaria, ciò al pari della valutazione circa la gravità o meno della infrazione previdenziale, riservata agli enti previdenziali."

**Consiglio di Stato, Sez. III, 07/06/2022, n. 4625**

*Con riferimento all'unicità del centro decisionale la Stazione Appaltante non ha il compito di indagare le ragioni di convenienza che possono aver indotto l'unitario centro di imputazione ad articolare offerte in parte diverse fra loro*

"... è ius receptum in giurisprudenza, in ragione anche dell'esplicito contenuto precettivo di cui all'art. 80 comma 5 lettera m) del d. lgs. 50/2016, che "la sussistenza di una posizione di controllo societario ai sensi dell'articolo 2359 Cod. civ., ovvero la sussistenza di una più generica "relazione, anche di fatto" (secondo una formulazione comprensibilmente ampia) fra due concorrenti è condizione necessaria, ma non anche sufficiente, perché si possa inferire il reciproco condizionamento fra le offerte formulate. A tal fine (ricependo un'indicazione fornita in modo netto dalla Corte di giustizia) è altresì necessario che venga fornita adeguata prova circa il fatto "[che] la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili a un unico centro decisionale"" (Consiglio di Stato, V sezione, 4 gennaio 2018, n. 58). Si è al riguardo precisato che "ciò che deve essere provato [...] è soltanto l'unicità del centro decisionale e non anche la concreta idoneità ad alterare il libero gioco concorrenziale. Ciò, in quanto la riconducibilità di due o più offerte a un unico centro decisionale costituisce ex se elemento idoneo a violare i generali principi in tema di par condicio, segretezza e trasparenza delle offerte [...]" (Cons. Stato, V, 6 febbraio 2017, n. 496). Ne discende che sulla stazione appaltante grava "il solo compito di individuare gli indici dell'esistenza di un unico centro decisionale e non anche il compito di provare in concreto l'avvenuta alterazione del gioco concorrenziale, ovvero il compito di indagare le ragioni di convenienza che possono aver indotto l'unitario centro di imputazione ad articolare offerte in parte diverse fra loro" (Cons. Stato, V, 6 febbraio 2017, n. 496)."

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 280 del 14 giugno 2022  
PREC 78/2022/S**

*"La scelta del criterio del minor prezzo non è conforme alla normativa di settore laddove la legge di gara lasci margini di discrezionalità ai concorrenti, consentendo di proporre soluzioni tecniche ad integrazione di quanto contenuto nel capitolato speciale d'appalto, e quindi il servizio non presenti caratteristiche standardizzate. La legge richiede comunque che la scelta del criterio del minor prezzo sia espressamente e adeguatamente motivata"*

"VISTA la giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. III, 18 dicembre 2018, n. 7131), che ha sottolineato che «il criterio del prezzo più basso è adeguato quando l'oggetto del contratto abbia connotati di ordinarietà e sia caratterizzato da elevata standardizzazione in relazione alla diffusa presenza sul mercato di operatori in grado di offrire in condizioni analoghe il prodotto richiesto. In questo caso, la stazione appaltante, qualora sia in grado di predeterminare in modo sufficientemente preciso l'oggetto del contratto, può non avere interesse a valorizzare gli aspetti qualitativi dell'offerta, in quanto l'esecuzione del contratto secondo i mezzi, le modalità ed i tempi previsti nella documentazione di gara è già di per sé in grado di soddisfare nel modo migliore possibile l'esigenza dell'amministrazione. [...] La giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. III, 13 marzo 2018, n.1609) osserva quindi che nella legislazione vigente il criterio del prezzo più basso è "circoscritto alle procedure per l'affidamento di forniture o di servizi che sono, per loro natura, strettamente vincolate a precisi ed inderogabili standard tecnici o contrattuali, e per le quali non vi è alcuna reale necessità di far luogo all'acquisizione di offerte differenziate", nel qual caso "può prescindere da una peculiare e comparativa valutazione della qualità dell'esecuzione, in quanto questa viene fissata inderogabilmente a priori dal committente nell'allegato tecnico»; nel caso di specie il criterio di aggiudicazione del minor prezzo non appare conforme alla normativa di settore in quanto il fatto che venga richiesto ai concorrenti di proporre soluzioni tecniche, pur nel rispetto degli standard minimi prescritti, lascia supporre che vi siano margini di discrezionalità e che quindi il servizio non abbia caratteristiche propriamente standardizzate. La legge richiede che comunque la scelta del criterio del minor prezzo sia espressamente e adeguatamente motivata."

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 270 del 7 giugno 2022  
PREC 65/2022/L**

*"Appalto pubblico – In genere – Criteri – Offerta economicamente più vantaggiosa – Offerta tecnica – Valutazione – Contestazioni – Carenza di interesse – Prova di resistenza – Necessità"*

"... anche nei giudizi afferenti la materia degli appalti pubblici, l'istante che contesti l'aggiudicazione della gara in favore di altro operatore economico o l'errata valutazione della propria offerta, è tenuto a superare la cd. prova di resistenza, consistente nel verificare che, in relazione alle specifiche censure dedotte, l'accoglimento del ricorso sarebbe in grado di arrecargli una qualche utilità, giuridicamente apprezzabile. Diversamente, il ricorso andrebbe dichiarato inammissibile per carenza di interesse, in quanto inidoneo a consentire il raggiungimento da parte del ricorrente del bene della vita cui esso aspira."

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 267 del 7 giugno 2022  
PREC 64/2022/S/PB**

*"Appalto pubblico – Servizi di ingegneria e architettura – Scelta del contraente – Congruità dell'importo a base d'asta – Compenso per spese e oneri accessori – Modalità di determinazione dell'importo forfettario – Discrezionalità della valutazione tecnica – Limiti del sindacato – Legittimità"*

"L'art. 24, comma 8 del Codice non sancisce l'obbligo inderogabile per le stazioni appaltanti di trasporre negli avvisi di gara i corrispettivi indicati nelle tabelle ministeriali, ma lascia loro un ragionevole margine di discrezionalità, purché puntualmente motivato, nello stabilire il corrispettivo a base di gara; corrispettivo che, per quanto riguarda le spese e gli oneri accessori di cui all'art. 5 del DM 17 giugno 2016, deve essere individuato forfettariamente con il solo limite del divieto di superare gli importi massimi determinati in base a specifiche soglie percentuali commisurate all'importo delle opere."

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

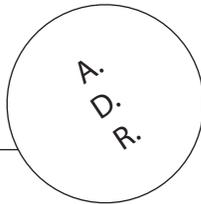
**DELIBERA N. 237 dell'11 maggio 2022  
PREC 59/2022/L-PB**

*Alla luce delle modalità di svolgimento delle gare telematiche la presunta mancata comunicazione dello spostamento della seduta pubblica non costituisce una violazione del principio di pubblicità in materia di contratti pubblici*

*"La modalità telematica di svolgimento della gara, con caricamento della documentazione su piattaforma informatica messa a disposizione dei concorrenti, consente di tracciare in maniera incontrovertibile i flussi di dati tra i singoli operatori partecipanti, garantendo un'immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica. Si tratta di una modalità idonea a garantire la trasparenza, anche in assenza di seduta pubblica. Il principio di pubblicità delle sedute deve essere infatti rapportato non ai canoni storici che hanno guidato l'applicazione dello stesso, quanto piuttosto alle peculiarità e specificità che l'evoluzione tecnologica ha consentito di mettere a disposizione delle procedure di gara telematiche, in ragione del fatto che la piattaforma elettronica che ha supportato le varie fasi di gara assicura l'intangibilità del contenuto delle offerte."*

"... la stessa giurisprudenza amministrativa ha chiarito che l'applicazione del principio di pubblicità, quale diretto corollario del principio di trasparenza – come momento indefettibile e qualificante delle procedure di evidenza pubblica – vada declinato alla luce delle modalità di svolgimento delle gare telematiche, nella quali è a monte insita la garanzia di tracciabilità, al punto che le stesse non richiederebbero, a rigore, una seduta "pubblica" per l'apertura delle offerte."

# A Domanda Rispondiamo



## 1

### Come deve intendersi il subentro nel contratto ai sensi dell'art. 122 c.p.a.?

Come si è avuto modo di chiarire in giurisprudenza, siffatto "subentro" non va inteso in senso strettamente lessicale come successione nel contratto in essere con l'originaria aggiudicataria (tanto è vero che questo va dichiarato inefficace e perciò resta definitivamente caducato, con la decorrenza che il giudice fissa ex art. 122 Cod. proc. amm.); piuttosto esso sta ad indicare la situazione alternativa al rinnovo della gara (tanto è vero che presuppone l'accertamento che "il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara" ex art. 122 Cod. proc. amm.). Si tratta cioè di situazione che consente di consolidare la procedura di gara, prevedendo a favore del nuovo aggiudicatario "la possibilità di subentrare nel contratto", in modo da sostituirsi all'originario vincitore della gara nella posizione di parte contraente con la stazione appaltante per l'esecuzione della prestazione indicata nell'offerta (cfr. *Cons. Stato*, V, 26 gennaio 2021, n. 786 e i precedenti ivi indicati).

## 2

### Qual è la sorte del contratto d'appalto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione?

Nella materia dei contratti pubblici, l'illegittimità dell'azione amministrativa, che si sia risolta nell'annullamento dell'aggiudicazione, prospetta, alla stregua dell'art. 124 c.p.a., un'articolata struttura rimediale rimessa, in base all'ordinario canone dispositivo, alla domanda di parte. In particolare – contestualmente all'impugnazione, a mezzo di "azione di annullamento" (art. 29 cod. proc. amm.), ad esito prospetticamente demolitorio, dei "provvedimenti concernenti le procedure di affidamento" (art. 119, comma 1 lettera a) e 120 cod. proc. amm.) – è rimessa all'impresa pregiudicata l'opzione: a) per una "tutela in forma specifica", a carattere integralmente soddisfacente, affidata alla domanda, di conseguire l'aggiudicazione e il contratto (art. 124, comma 1, prima parte), il cui accoglimento: a1) postula, in negativo, la sterilizzazione operando in termini di "dichiarazione di inefficacia", del contratto eventualmente già stipulato inter alios (essendo, per ovvie ragioni, preclusa un'ulteriore attribuzione dell'unitario bene della vita gestito dalla procedura ad evidenza pubblica); a2) richiede, in positivo, un apprezzamento di spettanza in termini di diritto al contratto, con la certezza che, in assenza del comportamento illegittimo serbato dalla stazione appaltante, il ricorrente si sarebbe senz'altro aggiudicato la commessa. b) per un "risarcimento del danno per equivalente" (art. 124, comma 1, seconda parte) e ciò: b1) sia nel caso in cui il giudice abbia riscontrato l'assenza dei presupposti per la tutela specifica (e, in particolare, non abbia ravvisato, ai sensi degli artt. 121, comma 1 e 122 cod. proc. amm., i presupposti per dichiarare inefficace il contratto stipulato ovvero, sotto distinto profilo, non abbia elementi sufficienti a formulare un obiettivo giudizio di spettanza); b2) sia nel caso in cui la parte abbia ritenuto di non formalizzare la domanda di aggiudicazione (né si sia resa comunque "disponibile a subentrare nel contratto", anche in corso di esecuzione), nel qual caso la "condotta processuale" va anche apprezzata in termini concausali (cfr. art. 124, comma 2, in relazione al richiamato art. 1227 cod. civ.).

## 3

**Gli interventi correlati al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza PNRR sono soggetti ad attività di monitoraggio?**

Si, all'uopo, è stato istituito il sistema informativo "ReGiS" sviluppato dal Ministero dell'economia e delle finanze – Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato. L'interoperabilità del sistema ReGiS con le principali banche dati nazionali garantisce l'assolvimento degli obblighi previsti dal decreto legislativo del 29 dicembre 2011, n. 229 in merito al monitoraggio opere pubbliche secondo il principio di unicità dell'invio dei dati.

Sono responsabili del monitoraggio: Amministrazioni centrali titolari, responsabili dell'attuazione degli investimenti e delle riforme, dell'attivazione delle procedure per la realizzazione delle misure la selezione dei progetti, nonché della realizzazione di milestone e target di rispettiva competenza. Soggetti attuatori, tra cui le Amministrazioni territoriali (Regioni, Province Autonome di Trento e Bolzano, Città metropolitane e Comuni), gli EGATO, le Autorità portuali, i Commissari speciali, e altri enti pubblici responsabili della realizzazione dei singoli progetti. Ministero dell'economia e delle finanze – Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato – Servizio Centrale per il PNRR, responsabile del coordinamento tecnico per l'attuazione, monitoraggio, valutazione rendicontazione e controllo del PNRR e l'Unità di missione NGEU - RGS, istituita ai sensi dell'articolo 1, comma 1050, della Legge n. 178/2020, con compiti di valutazione in itinere, verifica degli scostamenti e della qualità dei dati.

Le Amministrazioni titolari sono tenute ad assicurare il caricamento, l'aggiornamento e la validazione su ReGiS, con cadenza mensile, nel termine massimo di 20 giorni successivi all'ultimo giorno di ciascun mese (**Cfr. Linee Guida per lo svolgimento delle attività connesse al monitoraggio del PNRR - Versione 1.0 del 14.06.2022**)

## 4

**A fronte di una proposta di aumento prezzi del 40% da parte del fornitore, è legittimo che la stazione appaltante, a seguito di istruttoria, riconosca un aumento del 30% in applicazione dell'art. 1664 del Codice civile?**

Manca negli appalti di servizi e forniture una precisa disciplina relativa alla revisione dei prezzi. Una chiave di volta è data dall'art. 30 comma 8 del codice dei contratti pubblici prevedendo che, per quanto ivi non previsto, alla fase di esecuzione si applichino le disposizioni del codice civile. L'articolo 1664 del codice civile prevede "*Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo*"

## 5

**Il CIG va richiesto anche per i concorsi di progettazione/idee?**

Si. Si trova conferma della necessità della creazione del Codice Identificativo Gara per i concorsi di progettazione/idee sia tra le faq dell'Anac relative alla tracciabilità (b.11), sia in quelle relative agli obblighi informativi verso l'Anac (a.41).

In base alla soglia determinata ai sensi dell'art. 152 del D.Lgs. 50/2016, e a seconda se la procedura preveda la possibilità di affidare al vincitore i livelli di progettazione successivi, il CIG potrà esaurire la sua funzione con la corresponsione dei premi, oppure essere un CIG di collegamento per il secondo (CIG) che sarà richiesto al momento dell'affidamento dell'incarico successivo al vincitore.

## 6

**L'impresa in concordato omologato necessita di ulteriori autorizzazioni del giudice delegato o del tribunale per partecipare ad una procedura di gara?**

Ai sensi dell'art. 181 legge fallimentare la procedura concordataria termina con l'omologa del concordato preventivo, a seguito della quale si apre la fase di esecuzione in cui l'impresa riacquista la capacità di agire in tutti gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, il tutto sotto la vigilanza degli organi della procedura. Pertanto, ai fini della partecipazione alle procedure di gara, non sono necessarie ulteriori autorizzazioni giudiziarie in quanto il ruolo del Tribunale è volto a controllare l'operato dell'impresa tramite il commissario giudiziale.

## 7

**L'impresa affidataria di un contratto d'appalto a fronte di un aumento dei prezzi può pretendere una rimodulazione del corrispettivo prima della stipula del contratto?**

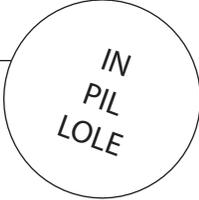
L'istanza di revisione del prezzo formulata dall'impresa aggiudicataria prima della stipulazione del contratto risulterebbe non supportata da alcuna previsione legale in quanto effettuata in un momento in cui, non essendo ancora in essere alcun rapporto contrattuale, non è giuridicamente ipotizzabile né ammissibile alcuna ipotesi di revisione del prezzo, che per sua natura presuppone un contratto (ad esecuzione continuata e periodica) già in corso; "e così come nel corso del rapporto contrattuale l'impresa appaltatrice è tutelata, in caso di un esorbitante aumento dei costi del servizio, dall'istituto della revisione del prezzo (ove previsto dagli atti di gara) ovvero dalla possibilità di esperire i rimedi civilistici di risoluzione del vincolo sinallagmatico, nel diverso caso in cui l'evento impreveduto e imprevedibile si verifichi prima della stipulazione del contratto, l'impresa aggiudicataria è tutelata con la possibilità di rifiutare la sottoscrizione del contratto, una volta cessata la vincolatività della propria offerta" **(T.A.R. per la Lombardia – sede di Brescia, Sez. I, 10.3.2022, n. 232).**

## 8

**A seguito della normativa riguardante l'emergenza sanitaria Covid-19, è possibile la sospensione di un servizio ai sensi dell'art. 107 del D.Lgs. 18/04/2016, n. 50, oppure è necessario procedere a risoluzione del contratto?**

Su risposta ad apposito quesito, il MIMS rileva che: "*l'articolo 3 comma 6-bis del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, introdotto dall'articolo 91 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 ed inerente l'attuazione delle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, ha previsto che il rispetto delle misure di contenimento del contagio previste nell'indicato Decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti. È stato quindi ritenuto che la necessità di adeguarsi a siffatte prescrizioni emergenziali è in linea astratta causa di forza maggiore, ma esige in concreto la dimostrazione da parte del debitore che l'inadempimento è derivato proprio dall'esigenza di allinearsi ad esse. Tanto premesso, si ritiene che le Stazioni appaltanti possano valutare, al ricorrere nel caso concreto delle suesposte condizioni e tenendo in considerazione tutte le circostanze del caso concreto, tra cui il momento della sottoscrizione del contratto, l'oggetto della prestazione, i termini previsti per l'adempimento, la possibilità di applicare misure idonee a superare la situazione di impossibilità da parte dell'appaltatore, la possibilità di disporre la sospensione del contratto per il tempo strettamente necessario e nel rispetto delle indicazioni riportate nell'articolo 107 del D.Lgs. 50/2016, come da ultimo confermato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione con Delibera n. 227 del 11 maggio 2022".*

# I “limiti” del subappalto



IN  
PIL  
LOLE

L'attuale previsione del subappalto nel codice degli appalti pubblici va interpretata alla luce dell'orientamento comunitario avvalorato dalla sentenza della Corte di Giustizia del 26 settembre 2019 (causa C-63/18) che ha censurato il limite quantitativo al subappalto di cui al comma 2 dell'art. 105, in ossequio al principio di apertura del mercato al fine di facilitare l'accesso alle procedure di gara delle piccole e medie imprese.

Per tale motivo la giurisprudenza nazionale ha ritenuto illegittima la previsione di assoluto divieto di subappalto, anche in virtù del principio di tassatività delle cause di esclusione in forza del quale i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal Codice e da altre previsioni di legge, quindi, in caso di loro

indicazione sono da considerarsi nulle e come tali da disapplicarsi.

Pur essendo chiara tale ricostruzione normativa, non mancano voci giurisprudenziali interessanti che fanno emergere le varie sfaccettature dell'applicazione di tali principi.

Il Tar Veneto con sentenza n. 788 del 25/05/2022, sez. I, anche se riferita a servizi specialistici, si è espressa sulla previsione del divieto di subappalto disposta nel disciplinare di gara a cui non ha riconosciuto valenza escludente in quanto le stesse ricorrenti avrebbero potuto partecipare individualmente alla gara in quanto in possesso della capacità "per mezzi e personale, necessaria allo svolgimento di tutti i servizi previsti", dichiarando pertanto inammissibile il ricorso per carenza di interesse.

Sul punto, come è stato anche recentemente osservato “merita sicuramente adesione l’orientamento giurisprudenziale che ha rilevato come possano essere ritenute immediatamente escludenti solo quelle clausole “che con assoluta ed oggettiva certezza incidono direttamente sull’interesse dell’impresa in quanto precludono, per ragioni oggettive, a un operatore economico, un’utile partecipazione alla gara” (Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2021, n. 5792), così escludendo ogni possibilità di considerare immediatamente impeditive della partecipazione clausole che, in realtà, non incidano su qualsivoglia “operatore economico che intenda partecipare al confronto competitivo, ... (dipendendo, al contrario, solo dalle) specifiche modalità organizzative e produttive del singolo concorrente” (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 12 dicembre 2019, n. 2658)” (in questi termini T.A.R. Toscana, Sez. I, 3 febbraio 2022, n. 120).

La particolarità commentata dalla sentenza del Tar Veneto è infatti relativa al riferimento a “servizi specifici”, se il divieto generalizzato di subappalto è contrario ai principi europei che regolano gli appalti pubblici come da sentenza della Corte di Giustizia Europea sopra segnalata e non solo, in termini Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389, anche quando si tratti di appalti sotto soglia (CGUE, Sez. V, 5 aprile 2017, in causa C 298/15), a meno che si sia in presenza di casi specifici, con riferimento a determinate tipologie di appalto, in cui può essere giustificato un limite percentuale all’esperibilità del subappalto in relazione alla natura particolare delle prestazioni da svolgere (TAR Toscana, Sez. II, 9 luglio 2020 n. 898).

In casi specifici, con riferimento a determinate tipologie di appalto, come quelle riguardanti le opere superspecialistiche, può essere giustificato un limite percentuale all’esperibilità del subappalto in relazione alla natura particolare delle prestazioni da svolgere, come prevede l’art. 63, paragrafo 2, della direttiva UE n. 2014/24.

«La giurisprudenza interna ha recepito le indicazioni della Corte comunitaria affermando che:

- la norma del codice dei contratti pubblici che pone limiti al subappalto deve essere disapplicata in quanto incompatibile con l’ordinamento euro-unitario, come affermato dalla Corte di Giustizia (Corte di Giustizia U.E., Sezione Quinta, 26

settembre 2019, C-63/18; Id., 27 novembre 2019, C-402/18; in termini Cons. St., V, 16 gennaio 2020, n. 389, che ha puntualmente rilevato come «i limiti ad esso relativi (30% per cento “dell’importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture”, secondo la formulazione del comma 2 della disposizione richiamata applicabile *ratione temporis*, [...] deve ritenersi superato per effetto delle sentenze della Corte di giustizia dell’Unione europea»”(Cons. di Stato, sez. V, 17 dicembre 2020 n. 8101);

- è considerata contraria al diritto comunitario la previsione di un limite generale all’utilizzo di questo istituto che prescindendo dal settore economico interessato, dalla natura delle prestazioni e dall’identità dei subappaltatori. L’affermazione di tale principio però non esclude che in casi specifici, con riferimento a determinate tipologie di appalto come quelle riguardanti le opere superspecialistiche, non possa essere giustificato un limite percentuale all’esperibilità del subappalto in relazione alla natura particolare delle prestazioni da svolgere, come prevede l’art. 63, paragrafo 2, della direttiva UE n. 2014/24. Quest’ultimo stabilisce infatti che (anche) nel caso di appalti di lavori le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che alcuni compiti essenziali siano direttamente svolti dall’offerente. (TAR Toscana, 9 luglio 2020 n. 898).

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

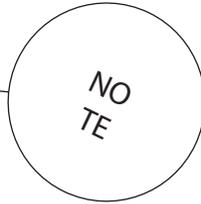
La stessa Corte di Giustizia ha peraltro precisato (sez. V, 5 aprile 2017, C-298/15 (“Borta”)) che, con riferimento all’aggiudicazione di un appalto che, in considerazione del suo valore, non rientra nell’ambito di applicazione delle direttive, la valutazione della compatibilità del diritto interno con quello comunitario può essere condotta con riferimento alle norme fondamentali ed ai principi generali del TFUE “in particolare, degli articoli 49 e 56 dello stesso e dei principi di parità di trattamento

e di non discriminazione nonché dell'obbligo di trasparenza che ne derivano, purché l'appalto di cui trattasi presenti un interesse transfrontaliero certo. Infatti, sebbene non siano disciplinati dalla direttiva 2004/17, siffatti appalti restano soggetti al rispetto di tali regole e di detti principi (v., in tal senso, sentenze del 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punti da 22 a 24; del 18 dicembre 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, punto 27, e del 6 ottobre 2016, Tecnoedi Costruzioni, C-318/15, EU:C:2016:747, punto 19)».

La nuova disciplina infatti, non ha fugato alcuni dubbi. La formulazione del nuovo comma 1 dell'art. 105, fa riferimento alla "prevalente esecuzione", introducendo implicitamente il limite del 50% al subappalto delle categorie prevalenti.

La situazione non cambia in merito all'eliminazione dei limiti al subappalto delle categorie SIOS: infatti, se da un lato è stato abrogato il comma 5 dell'art. 105, dall'altro rimangono vigenti il D.M. 248/2016, che impone il limite del 30% qualora il valore di tali categorie superi il 10% dell'importo complessivo dei lavori.

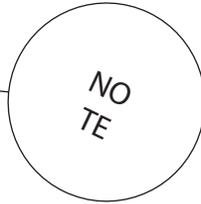
Sicuramente la nuova disciplina del subappalto giova alle piccole e medie imprese che potranno entrare nel circuito degli appalti pubblici, ma non esclude l'insorgenza di molteplici difficoltà durante l'esecuzione degli stessi dal punto di vista logistico e della sicurezza, problematiche queste, che dovranno essere oggetto di attenta valutazione da parte delle stazioni appaltanti previa adozione di misure specifiche atte a garantire il controllo necessario ad assicurare lo standard qualitativo che l'appalto richiede, ed evitare ripercussioni negative sulle modalità di esecuzione e del flusso dei pagamenti, fronte, quest'ultimo da non sottovalutare.



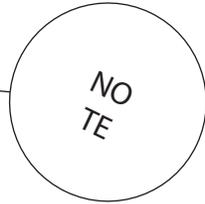
A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



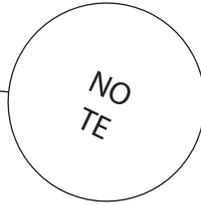
A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



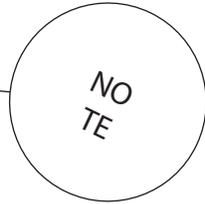
A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



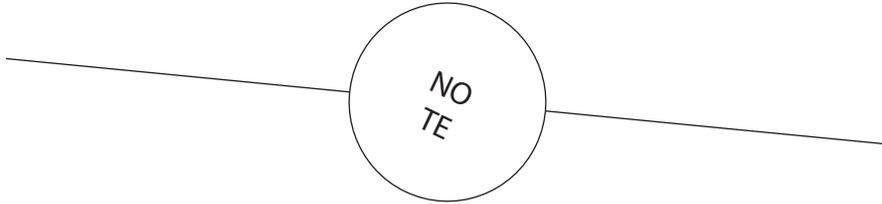
A series of 20 horizontal dotted lines spanning the width of the page, intended for taking notes.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



A series of 20 horizontal dotted lines spanning the width of the page, intended for taking notes.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



# MEDIAAPPALTI

**Guida pratica in materia di appalti pubblici**

**Mediappalti ora è disponibile on line**

**Abbonati su [www.mediappalti.it](http://www.mediappalti.it)**

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

**MEDIAAPPALTI**

Pubblicità: [pubblicita@mediappalti.it](mailto:pubblicita@mediappalti.it)  
Servizio Abbonamenti: [abbonamenti@mediappalti.it](mailto:abbonamenti@mediappalti.it)

**Medi  
Graphic**

Redazione: Mediagraphic s.r.l.  
Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)  
Tel. 0883.527171 - Mail: [redazione@mediappalti.it](mailto: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](http://www.mediaconsult.it)

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



**Un nuovo obiettivo: un senso profondo!**



sulla  
**Corte dei Conti**

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

*Medi*  
*Graphic*  
**MEDIA**APPALTI

Rubrica bimestrale  
a cura di  
Stefano Usai

**luglio**  
**2022**

allegato alla Rivista mensile  
MediAppalti

## sommario

---

### **Liquidazione incentivi possibile anche con integrazione successiva del quadro economico dell'intervento (Corte dei Conti, sezione reg. Toscana deliberazione n. 73/2022)**

1. Il quesito
2. L'istruttoria
3. La questione specifica
4. La previsione "postuma" degli incentivi
5. Il riscontro

**3**

### **Rapporti tra debiti fuori bilancio e fondo rischi contenzioso (Corte dei Conti, Valle d'Aosta deliberazione n. 7/2022)**

Premessa

1. Il quesito
2. L'analisi
3. Debito fuori bilancio in caso di sentenza di condanna
4. L'intervento della Sezione delle Autonomie
5. La natura del fondo rischi
6. La conclusione

**7**

### **Che tipo di "gara" è necessaria per la liquidazione degli incentivi? (Corte dei Conti, regione Sardegna deliberazione n. 96/2022)**

1. Il quesito
2. Il consolidato orientamento
3. La ratio degli incentivi
4. I recenti orientamenti
5. La conclusione

**12**

# **Liquidazione incentivi possibile anche con integrazione successiva del quadro economico dell'intervento**

---

## **1. Il quesito**

Il Sindaco di un comune toscano riprende, con il collegio regionale, la questione degli incentivi per funzioni tecniche con particolare riferimento all'ipotesi in cui il quadro economico non riportasse gli importi correlati. Omessa indicazione per mero errore materiale.

Più nel dettaglio precisa che, che il quadro economico del servizio regolarmente appaltato con gara *"non riportava, per mera dimenticanza, in modo analitico la somma del 2% da destinare al fondo per lo svolgimento di funzioni tecniche, pur essendo nella sua totalità capiente a tal fine"*. Da qui la richiesta se *"sia legittimo procedere alla erogazione degli incentivi di cui all'art. 113 del Codice dei contratti pubblici, utilizzando le somme accantonate nel capitolo di spesa riguardante il medesimo servizio"*.

## **2. L'istruttoria**

Il Collegio, espletata la consueta premessa sugli incentivi per funzioni tecniche ex art. 113 e sulla necessità di aver adottato i provvedimenti propedeutici (tra questi, in specie, il regolamento interno) sottolinea che per effetto del disposto di cui all'art. 16 del d.p.r. n. 207/2010 – tuttora vigente ex art. 216 co. 4 d. lgs. n. 50/2016 - *"I quadri economici degli interventi sono predisposti con progressivo approfondimento in rapporto al livello di progettazione al quale sono riferiti e con le necessarie variazioni in relazione alla specifica tipologia e categoria dell'intervento stesso e prevedono la seguente articolazione del costo complessivo: (...) b) somme a disposizione della stazione appaltante per: (...) 7 - (...) l'importo relativo all'incentivo di cui all' articolo 92, comma 5, del codice [ora art. 113 co. 3, d. lgs. 50/2016], nella misura corrispondente alle prestazioni che dovranno essere svolte dal personale dipendente; ..."*.

In generale in tema di incentivi, la sezione rammenta la posizione della giurisprudenza contabile che si può ritenere unanime nell'individuare "... le condizioni di carattere generale che, in base all'art. 113 del Codice dei contratti pubblici, devono sussistere ai fini dell'incentivabilità di ogni singola funzione tecnica, le quali sono così enucleabili:

- a) che l'Amministrazione sia dotata di apposito regolamento interno, essendo questa la condizione essenziale ai fini del legittimo riparto tra gli aventi diritto delle risorse accantonate sul fondo e sede idonea per circoscrivere dettagliatamente le condizioni alle quali gli incentivi possono essere erogati;*
- b) che le risorse finanziarie del fondo costituito ai sensi dell'art. 113, comma 2, del Codice siano ripartite, per ciascuna opera, lavoro, servizio e fornitura, con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale;*
- c) che il relativo impegno di spesa sia assunto a valere sulle risorse stanziare nel quadro economico dell'appalto, attraverso la costituzione di un apposito fondo vincolato non superiore al 2% dell'importo dei lavori posti a base di gara;*
- d) che l'incentivo spettante al singolo dipendente non ecceda il tetto annuo lordo del 50% del trattamento economico complessivo;*
- e) che, negli appalti di servizi e forniture, sia stato nominato il direttore dell'esecuzione" (così, ex pluribus, Sezione controllo Emilia-Romagna, delib. n. 56/2021/QMIG)."*

### **3. La questione specifica**

Con particolare riferimento al punto c), si legge in deliberazione, ovvero sulla necessità che gli incentivi siano indicati dall'atto dell'approvazione nel quadro economico è stata recentemente affermata anche da Sezione regionale Sardegna (delib. n. 1/2022), la quale ha trattato la questione evidenziando (anche) il profilo attinente alla copertura finanziaria dei relativi oneri, considerati come parte integrante dell'onere complessivo scaturente dall'esecuzione dell'appalto: "... Un secondo elemento da considerare è l'impatto finanziario che la misura determina sul bilancio dell'Ente, considerando che le amministrazioni provvedono a destinare al fondo una quota non superiore al 2 per cento degli importi posti a base di gara nell'ambito degli stanziamenti di bilancio previsti. Tali stanziamenti costituiscono, pertanto, la provvista delle risorse a disposizione per la realizzazione complessiva dell'appalto e, come chiarito dalla Sezione delle Autonomie "l'allocatione in bilancio degli incentivi tecnici (...) ha l'effetto di conformare in modo sostanziale la natura giuridica di tale posta, in quanto finalizzata a considerare globalmente la spesa complessiva per lavori, servizi o forniture, ricomprendendo nel costo finale dell'opera anche le risorse finanziarie relative agli incentivi tecnici" (delib. n. 6/SEZAUT/2018/QMIG e delib. n. 15/SEZAUT/2019/QMIG). Sulla gestione contabile degli incentivi tecnici si è espressa anche la Commissione Arconet approvando la modifica al paragrafo 5.2 del principio applicato della contabilità finanziaria (...). La corretta procedura di contabilizzazione degli incentivi tecnici, come puntualmente specificata nel principio contabile, è strettamente correlata al mantenimento degli equilibri di bilancio, esigendo, pertanto, che ciascuna amministrazione, nella fissazione dei coefficienti per la costituzione del fondo e per la conseguente ripartizione tra gli aventi diritto, valuti attentamente la sostenibilità finanziaria della spesa...".

Dello stesso tenore il successivo intervento della Sezione regionale per l'Emilia-Romagna (delib. n. 43/2021) che la delibera riporta. In questo caso si afferma la necessità che la provvista degli incentivi per funzioni tecniche venga predeterminata nei quadri economici dei singoli appalti, servizi e forniture, in quanto *"gli stanziamenti di bilancio effettuati per la realizzazione dell'opera o per l'esecuzione della fornitura o del servizio oggetto dell'appalto comprendono anche quelli destinati agli incentivi tecnici in virtù della già richiamata normativa", precisando peraltro che "... anche in ragione del chiaro dato normativo, ... è preclusa per l'ente la possibilità di liquidare gli incentivi non previsti nei quadri economici dei singoli appalti"*.

Ad analoghe considerazioni era peraltro pervenuta questa stessa Sezione (delib. n. 19/2018/PAR, seppur con un obiter dictum), nonché Sezione controllo per la Lombardia (delib. n. 304/2018/PAR), che afferma l'impossibilità per le amministrazioni *"... di liquidare incentivi non previsti nei quadri economici dei singoli appalti, in ragione appunto del chiaro quadro normativo e anche per quanto già più volte ribadito dalla giurisprudenza contabile (es. Sez. Liguria 58/2017/QMIG e Sezione Toscana n. 186/2017/PAR)"*.

#### **4. La previsione "postuma" degli incentivi**

In alcuni casi le sezioni regionali, prosegue la deliberazione, hanno anche affermato la possibilità di una iscrizione solo successiva della voce di costo legata agli incentivi nel quadro economico. L'ipotesi predetta, però, può verificarsi nel caso in cui l'omessa previsione (degli incentivi nel quadro economico) sia stata determinata *"da fatti sopravvenuti e non prevedibili utilizzando l'ordinaria diligenza, potrebbe essere sintomatica di un difetto di programmazione. (...) Pertanto, l'eventuale, successiva inclusione nel quadro economico degli oneri derivanti dalla previsione dello svolgimento di funzioni incentivabili, ai sensi del citato art. 113 del Codice, dovrà essere sostenuta da un obbligo di motivazione rafforzata dei relativi provvedimenti, che dia conto della finalizzazione all'interesse pubblico, la quale garantisce il rispetto del principio costituzionale del buon andamento, secondo un principio già espresso da questa Sezione in relazione all'incentivabilità di funzioni tecniche svolte per la realizzazione di appalti non inseriti nella programmazione, al ricorrere di circostanze eccezionali ed imprevedibili (deliberazione n. 11/2021/PAR del 10 febbraio 2021)"* (Sezione Emilia-Romagna delib. n. 56/2021/ QMIG). E' possibile, pertanto, una integrazione postuma ma è necessaria una attenta motivazione.

#### **5. Il riscontro**

Considerato questo ambito di interventi e la problematica specifica il collegio conclude affermando che "l'erogazione degli incentivi è subordinata – nella ricorrenza degli altri requisiti di legge – alla preventiva quantificazione e costituzione del fondo di cui all'art. 113 cit., che – giusta il disposto di cui all'art. 16 del d.p.r. n. 207/2010, tutt'ora in vigore – trova la propria collocazione all'interno del quadro economico dell'intervento".

La mancata previsione del fondo, si puntualizza in deliberazione, "determina la carenza di copertura finanziaria degli oneri derivanti dalla erogazione degli incentivi tecnici, con conseguente impossibilità di erogare gli incentivi, in considerazione dei possibili riflessi sugli equilibri di bilancio dell'Ente".

La sezione ammette, pertanto, la possibilità di integrare il quadro economico – e quindi la possibilità di liquidare gli incentivi per funzioni tecniche – a seguito di una modifica "del quadro economico originariamente sprovvisto dell'apposito fondo, solo laddove ricorrano motivi adeguati a giustificazione dell'operazione, da esplicitare mediante congrua motivazione.

Si precisa peraltro che, laddove nel quadro economico dell'intervento sia stato appostato il fondo ex art. 113 cit. senza tuttavia declinarne espressamente la composizione, è opinione della Sezione che l'Ente possa comunque procedere alla erogazione dell'incentivo nel rispetto dei parametri di legge, considerato che in questo caso, a differenza del precedente, sono state apprestate le dovute coperture". Occorre, pertanto, motivazione adeguata ed ovviamente la previa copertura.

# **Rapporti tra debiti fuori bilancio e fondo rischi contenzioso**

---

## **Premessa**

La questione posta alla sezione risulta di particolare interesse non solo per gli uffici appalti ma, più in generale, l'intera stazione appaltante. Con il quesito si richiede alla sezione se, in presenza di sentenze di condanna con fondo rischi accantonato (semplificando, un vincolo sull'avanzo per poter coprire spese di eventuali passività e/o debiti fuori bilancio), sia comunque necessario procedere con il formale riconoscimento in consiglio per poter procedere alla liquidazione.

## **1. Il quesito**

Testualmente il quesito mira a "conoscere il parere di codesta Spettabile Corte in relazione all'obbligo di attivazione della procedura di riconoscimento di debito fuori bilancio di cui all'art. 194, comma 1, lettera a) del Decreto Legislativo n. 267/2000, dell'intero importo derivante da una sentenza sfavorevole ad un Comune, pronunciata, in secondo grado, dal Consiglio di Stato, con la quale l'Ente è stato condannato al pagamento delle spese legali della controparte vittoriosa. In particolare si prega di voler prendere in considerazione l'ipotesi in cui l'ente sia risultato vittorioso all'esito del giudizio amministrativo di primo grado e, ciò nonostante, abbia prudentemente accantonato nel Fondo Rischi Contenzioso, nell'esercizio precedente a quello di pronuncia della sentenza di secondo grado, con apposita variazione di bilancio – e, quindi, investendo della relativa competenza in termini di gestione del bilancio, l'Organo consiliare – un importo quasi del tutto bastevole a fronteggiare l'onere in questione. Si chiede, quindi, di conoscere se sia sufficiente applicare la quota parte dell'avanzo di amministrazione accantonato, nel quale confluirà l'anzidetto Fondo Rischi Contenzioso con l'approvazione del conto del bilancio dell'esercizio precedente e procedere a specifica variazione di bilancio per l'esercizio in corso per fronteggiare la parte di spese legali non coperta dal fondo, manifestatasi, comunque, nel corrente anno – nel quale la sentenza di secondo grado è stata emanata e pubblicata anche se non notificata con formula esecutiva né, tantomeno, il legale di controparte ha ancora emesso parcella o la controparte medesima ha avanzato alcuna richiesta di adempimento – ovvero se si debba, comunque, procedere, con apposita deliberazione del Consiglio Comunale, al riconoscimento di un debito fuori bilancio per la parte delle spese di cui si tratta non coperta dall'accantonamento".

## 2. L'analisi

Il collegio rammenta cosa si intende per debito fuori bilancio. In sintesi i debiti fuori bilancio "rappresentano delle obbligazioni pecuniarie maturate senza la previa adozione dei procedimenti correlati alla regolare assunzione dell'impegno di spesa. La disciplina essenziale è contenuta negli articoli 191, 193 e 194 del TUEL. In particolare, tale ultima disposizione prevede che, con deliberazione consiliare di cui all'art. 193, comma 2, concernente la verifica degli equilibri finanziari, da adottarsi, di norma, entro il 31 luglio di ogni anno, o con diversa periodicità stabilita dal regolamento di contabilità, gli enti locali riconoscono la legittimità dei debiti fuori bilancio derivanti da:

- a) sentenze esecutive;
- b) copertura di disavanzi di consorzi, di aziende speciali e di istituzioni, nei limiti degli obblighi derivanti da statuto, convenzione o atti costitutivi, purché sia stato rispettato l'obbligo di pareggio del bilancio di cui all'articolo 114 ed il disavanzo derivi da fatti di gestione;
- c) ricapitalizzazione, nei limiti e nelle forme previste dal codice civile o da norme speciali, di società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici locali;
- d) procedure espropriative o di occupazione d'urgenza per opere di pubblica utilità;
- e) acquisizione di beni e servizi, in violazione degli obblighi di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'articolo 191, nei limiti degli accertati e dimostrati utilità ed arricchimento per l'ente, nell'ambito dell'espletamento di pubbliche funzioni e servizi di competenza".

## 3. Debito fuori bilancio in caso di sentenza di condanna

In caso di sentenza di condanna, precisa la sezione non è ravvisabile alcuna discrezionalità nell'organo competente al riconoscimento considerato che la fattispecie in parola, a differenza di tutte altre, presenta la peculiarità di non comportare alcun margine di discrezionalità in capo all'Organo consiliare nel valutare, in sede di riconoscimento, l'an della regolarizzazione e il *quantum* del debito, poiché l'entità dello stesso è stabilita nella misura indicata dall'autorità giudiziaria (cfr. *ex multis* SS.RR. sentenza n. 12/2007/QM)". L'orientamento giurisprudenziale consolidato della sezione ha acclarato che la deliberazione consiliare di riconoscimento del debito fuori bilancio derivante da sentenze esecutive non attiene, quindi, al profilo della legittimità - poiché già dedotto in sede giudiziale - quanto piuttosto alla duplice necessità di:

- a) ricondurre al sistema di bilancio un fenomeno di rilevanza finanziaria maturato all'esterno che può alterare gli equilibri di bilancio;
- b) accertare le cause che hanno generato l'obbligo e le eventuali responsabilità.

A questo si associa l'obbligo - di cui all'art. 23, comma 5, della legge 27 dicembre 2002, n. 289 - di trasmissione dei provvedimenti di riconoscimento di debiti fuori bilancio posti in essere dalle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, (dunque, enti locali compresi) agli organi di controllo e alla competente procura della Corte dei conti.

Proprio l'esistenza di questo precetto, si puntualizza, porta ad escludere che il pagamento del debito possa avvenire prima della suddetta deliberazione. Pur vero che un orientamento, minoritario, si esprime in senso opposto.

#### **4. L'intervento della Sezione delle Autonomie**

La querelle tra le diverse posizioni è stata risolta dalla Sezione delle Autonomie con deliberazione n.27/2019/QMIG, ha stabilito il principio di diritto *"il pagamento di un debito fuori bilancio rinveniente da una sentenza esecutiva deve, sempre, essere preceduto dall'approvazione da parte del Consiglio dell'ente della relativa deliberazione di riconoscimento"*.

Ciò vale indipendentemente dall'accantonamento a Fondo rischi contenzioso e, a maggior ragione, come nel caso prospettato dal Comune istante, quando tale accantonamento non sia sufficiente a dare copertura integrale agli oneri conseguenti dalla sentenza di condanna.

L'essenziale funzione assolta, tra le altre, dalla deliberazione consiliare di riconoscimento, quale fondamentale momento di valutazione della incidenza degli oneri che si vanno ad assumere sugli equilibri di bilancio, induce la Sezione delle Autonomie a precisare ulteriormente che *"Sotto tale profilo appare opportuno rimarcare come tale finalità potrebbe essere frustrata laddove l'anzidetta deliberazione intervenga dopo il pagamento e come, in ogni caso, l'accantonamento di somme in bilancio non esima dalla doverosa verifica circa la effettività dei mezzi di copertura, anche in relazione alla sussistenza di ulteriori passività"*.

#### **5. La natura del fondo rischi**

La deliberazione chiarisce perfettamente la natura del Fondo rischi spese legali (Fondo rischi contenzioso), che come delineato nel principio contabile n. 4/2, punto 5.2, lettera h), allegato al d.lgs. n. 118/2011, riguarda accantonamenti che prudenzialmente l'Ente è tenuto ad effettuare qualora, a seguito di contenzioso in cui ha significative probabilità di soccombere, o di sentenza non definitiva e non esecutiva, venga condannato al pagamento di spese.

Tale accantonamento è effettuato in presenza di un'obbligazione passiva condizionata al verificarsi di un evento (l'esito del giudizio appunto), con riferimento al quale non è possibile impegnare alcuna spesa.

Vale la pena di sottolineare a margine che, in ordine all'importanza degli accantonamenti da effettuare al fondo in argomento in presenza delle condizioni sopra richiamate, questa Sezione ha già più volte segnalato agli enti locali regionali e ai rispettivi organi di revisione di porre la massima attenzione sull'adeguatezza degli stessi, in ragione della necessità di preservare il bilancio da possibili squilibri derivanti dal finanziamento di oneri maturati a seguito di sentenze avverse e, ciò, sin dal primo grado di giudizio (cfr., da ultimo, deliberazioni nn. 10/2020, 17/2020, 4/2021, 3/2022).

L'accantonamento di cui al punto precedente deve essere effettuato a fronte di passività condizionate. Soltanto l'esito del giudizio trasforma la passività potenziale in debito fuori bilancio. Di conseguenza, l'esistenza dell'accantonamento al fondo, sul quale non è possibile impegnare e pagare alcuna spesa (art. 167, comma 3, TUEL), non costituisce l'elemento che consente di determinare se si è in presenza di un debito fuori bilancio, ma costituisce lo strumento che, se adeguatamente valorizzato, consente di assicurare la necessaria copertura finanziaria del debito previamente riconosciuto nella sua interezza: *"Il riconoscimento determina la competenza finanziaria, in quanto sancisce la sopravvenuta certezza dell'obbligazione, che costituisce presupposto, insieme all'esigibilità (che nel caso dei provvedimenti giurisdizionali è insita nell'esecutività della sentenza) per la registrazione in bilancio della passività; detto in altri termini, solo con la sentenza esecutiva maturano i presupposti per l'imputazione a bilancio della spesa"* (cfr. Sezione regionale di controllo per la Campania, deliberazione n. 249/2017).

## 6. La conclusione

Sottolinea ancora il Comune, nell'ipotesi prospettata, che la sentenza di condanna è stata depositata e pubblicata ma non notificata, desumendosi da ciò un elemento di dubbio se procedere al riconoscimento del debito o attendere la notifica nelle forme di legge della stessa. Al riguardo, questo Collegio rammenta che, per evenienze analoghe, la giurisprudenza di questa Corte, con riferimento all'art. 194, comma 1, lettera a), si è pronunciata rilevando che *"poiché la sentenza esecutiva che dà luogo al debito fuori bilancio viene ad esistenza nel momento della pubblicazione, è da tale momento che deve farsi riferimento ai fini della maturazione dello stesso debito fuori bilancio"* (in tal senso SS.RR. in sede giurisdizionale, sentenza n. 12/2007; Sezione regionale di controllo per il Molise, deliberazione n. 173/2014; Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 326/2017). Come, ancora, evidenziato dalla Sezione delle Autonomie (cfr. deliberazione n. 21/2018), ai fini di una corretta gestione finanziaria l'emersione di un debito non previsto nel bilancio di previsione deve essere portata tempestivamente al Consiglio dell'Ente per l'adozione dei necessari provvedimenti ai sensi dell'art. 194, comma 1, del TUEL, restando, pertanto, in capo all'Amministrazione l'onere di procedere con la massima sollecitudine. Quanto alla fattispecie di cui alla lettera a) della sopra citata disposizione, tale obbligo *"decorre, in un'ottica prudenziale, dalla data del deposito della sentenza di condanna cioè dal momento del giuridico perfezionamento della relativa pubblicazione (art. 133, c.1, c.p.c.). E' in questo momento infatti che sorge l'obbligazione giuridica, vincolante (almeno in via provvisoria) e non programmata nell'ambito del ciclo del bilancio dell'ente"* (cfr. Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 326/2017).

Sul punto, appare ancora utile segnalare che, ai fini di escludere un intempestivo riconoscimento del debito fuori bilancio, per la fattispecie in parola, ed evitare ritardi ingiustificati comportanti la maturazione di ulteriori, quanto dannosi, oneri, questo Collegio concorda quanto già evidenziato da precedente giurisprudenza di questa Corte, come di seguito riportato: *"tenuto conto che per l'avvio delle procedure di esecuzione forzata nei confronti delle amministrazioni pubbliche, a norma dell'art. 14 del d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito dalla legge 28 febbraio 1997, n. 30 e s.m.i., è richiesto il decorso di 120 giorni dalla notifica della sentenza esecutiva, tale lasso di temporale segna anche*

il termine massimo entro il quale il riconoscimento può dirsi fisiologicamente e non tardivamente disposto dal Consiglio comunale” (cfr. Sezione regionale di controllo per il Lazio, deliberazione n. 38/2018).

# Che tipo di “gara” è necessaria per la liquidazione degli incentivi?

---

## 1. Il quesito

Il sindaco di un comune isolano, sempre sul tema degli incentivi, pone alla sezione il quesito per avere cognizione *“se l’espletamento di una gara, o comunque di una procedura comparativa strutturata sul modello disciplinato dall’art. 36, comma, 2, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016, che ha introdotto il c.d. “affidamento diretto mediato” (o anche di utilizzo dalle procedure negoziate senza bando prescritte, temporaneamente, dall’art. 1, comma 2, lett. b), del d.l. n. 76 del 2020), sia condizione imprescindibile per il riconoscimento dell’incentivo, ovvero se la gara o procedura comparativa costituisca solo una tra le fasi alle quali la legge ricollega l’incentivo in relazione alla prestazione tecnica svolta dal personale dell’amministrazione, per cui in presenza di un affidamento diretto o di somma urgenza si avrebbe solo una riduzione e non l’esclusione dell’incentivo, che permarrebbe per le altre attività espletate nell’esercizio di funzioni tecniche (pianificazione, valutazione preventiva progetti, fase esecutiva ecc.), così come sostenuto dal Consiglio di Stato con il parere n. 01357/2021 del 29/07/2021, reso sullo Schema di decreto del Presidente del consiglio dei ministri recante “Norme per la ripartizione degli incentivi per funzioni tecniche al personale non dirigenziale della Presidenza del consiglio dei ministri, a norma del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”.*

## **2. Il consolidato orientamento**

La sezione rammenta quelle che sono le condizioni principali legittimanti l'erogazione degli incentivi (che sotto si riportano):

- 1) l'adozione di un regolamento interno,
- 2) la stipula di un accordo di contrattazione decentrata,
- 3) il previo espletamento di una procedura comparativa per l'affidamento del contratto di lavoro, servizio o fornitura (cfr. *ex multis* Sez. di controllo per il Veneto, deliberazione n. 1/2019 PAR, Sez. di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 310/2019).

Dopo una attenta analisi dell'attuale normativa in tema di appalti, compresa l'analisi dei nuovi decreti emergenziali (DL 76/2020 e DL 77/2021) si rimarca che il presupposto indefettibile per l'applicazione dell'art. 113 del Codice dei contratti pubblici è ritenuto *"in modo unanime e pacifico [...] l'esternalizzazione della produzione di beni e servizi o comunque il ricorso al mercato, a mezzo di pubblica gara, come si evince dal comma 2, il quale individua nell'importo posto "a base di gara" il parametro per il calcolo della percentuale da destinare al fondo incentivi per funzioni tecniche"* (cfr. SRC Campania, deliberazione n. 14/2021/PAR).

Che tale fosse l'intenzione del legislatore trova conferma nell'intervento di modifica dell'art. 113 cit. disposto con il DL n. 32/2019 (art. 1, comma 1, lett.aa), non convertito in legge) nel quale veniva espressamente circoscritta l'operatività delle nuove disposizioni sugli incentivi *"alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara, sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui alla medesima data non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte"*.

Invero, la necessaria condizione dell'espletamento di una procedura comparativa risulta integrata, secondo la consolidata giurisprudenza contabile, anche nell'ipotesi del ricorso ad una procedura strutturata sul modello disciplinato dall'art. 36, comma, 2, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016, che ha introdotto il c.d. "affidamento diretto mediato" (o anche di utilizzo delle procedure negoziate senza bando prescritte, temporaneamente, dall'art. 1, comma 2, lett. b), del D.L. n. 76 del 2020) (cfr. SRC Emilia-Romagna, deliberazione n. 33/2020/PAR e SRC Veneto, deliberazione n. 121/2020/PAR).

## **3. La ratio degli incentivi**

Da qui il collegio esprime alcune considerazioni sostanziali che è bene riportare:

"Ratio sottostante alla misura degli incentivi tecnici. Se da una parte la ratio di tale incentivazione si radica nell'esigenza di stimolare le pubbliche amministrazioni a confrontarsi con le procedure ad evidenza pubblica e *"in ragione della complessità tecnica che la formulazione della domanda al mercato può comportare, viene stabilito uno speciale (recte eccezionale) incentivo "premiare" al personale dell'amministrazione pubblica aggiudicatrice che svolge prestazioni intellettive di alta complessità"* (cfr. SRC Campania, deliberazione n. 14/2021/PAR), dall'altra, come si evince dal tenore

letterale della norma, le funzioni tecnico-specialistiche oggetto di incentivazione non si esauriscono nella fase relativa alla predisposizione ed espletamento della gara.

Tali funzioni investono anche le fasi precedenti e successive dell'intervento, rendendo evidente una finalizzazione dello strumento più ampia, che, come sottolineato in numerose pronunce delle Sezioni regionali, fa perno sulla valorizzazione delle professionalità interne all'amministrazione, incaricate di svolgere prestazioni altamente qualificate che, ove fossero affidate invece a soggetti esterni, sarebbero da considerare prestazioni libero-professionali, con conseguente incremento dei costi in termini di incarichi e consulenze a valere sul bilancio dell'ente pubblico (cfr. Sezione delle Autonomie, delibera n. 6/2018/QMIG, SRC Lazio, deliberazione n. 60/2020/PAR; Sezione delle Autonomie, deliberazione n. 10/2021/QMIG). Una finalità rafforzata dall'evoluzione normativa dell'istituto, in attuazione del principio contenuto nella legge delega, che ha spostato l'ambito applicativo dell'incentivo dalla progettazione alla programmazione e realizzazione degli investimenti, e ha integrato l'obiettivo premiale nel percorso di razionalizzazione della spesa, da realizzare innanzitutto evitando l'aggravio di oneri dovuto al mancato rispetto di tempi e costi secondo quanto programmato e/o all'esecuzione non conforme agli standard qualitativi concordati (cfr. SRC Toscana, delibera n. 186/2017/PAR; SRC Friuli Venezia Giulia, delibera n. 43/2021/PAR). Il legislatore ha pertanto costruito la misura incentivante come strumento economico, al quale, almeno per una quota parte, ha attribuito una funzione attiva di stimolo alla dinamica degli investimenti pubblici, con lo scopo di favorire un effetto espansivo della spesa per l'accumulo di capitale che supera l'investimento iniziale, con innegabile vantaggio per l'amministrazione aggiudicatrice.

Ratio del regime eccezionale e temporaneo introdotto dall'art. 1 del d.l. n. 76/2020. La ratio della norma è espressamente indicata dal legislatore nella necessità, a fronte della grave crisi innescata dalla pandemia, di incentivare gli investimenti pubblici, in particolare in infrastrutture e servizi. Una finalità che si è inteso perseguire, fondamentalmente, attraverso una accelerazione delle procedure che assicurasse una rapida ed efficiente trasformazione delle risorse finanziarie in realizzazioni effettive. L'innalzamento della soglia di valore per l'affidamento diretto di lavori (150.000 euro) servizi e forniture (139.000 euro) ne è l'espressione più significativa, con la conseguenza, tuttavia, che, a fronte di procedure amministrative più rapide e semplificate, i progetti per i quali tali vie risultano ora praticabili si qualificano per quadri economici di valore più elevato rispetto a quanto previsto in via ordinaria, caratterizzati da una maggiore complessità degli interventi (in termini qualitativi o quantitativi) cui si associano, conseguentemente, richieste di prestazioni professionali specialistiche e tecniche anche in relazione a fasi diverse dall'aggiudicazione dei contratti.

Tali considerazioni sostanziali, ad avviso di questo Collegio, debbono trovare accoglimento in una lettura dell'art. 113 del Codice dei contratti pubblici, norma in nessun modo incisa dall'art. 1 del D.L. n. 76/2020, che, pur non consentendo una sua interpretazione analogica, dato il tenore letterale della disposizione che riconnette esplicitamente l'istituto all'espletamento di una gara, possa coniugare le esigenze di tutela della concorrenza con quelle della efficienza della pubblica amministrazione e del miglior utilizzo delle risorse”.

#### **4. I recenti orientamenti**

In tale direzione si sono di recente orientate alcune Sezioni regionali (Liguria e Veneto) nel cui solco giurisprudenziale si inserisce l'esito del parere reso da questa Sezione. Infatti, pur confermando l'esperimento di una procedura comparativa come presupposto necessario per il riconoscimento degli incentivi tecnici, se ne accoglie una accezione estesa anche a forme più ridotte e semplificate, riferibili quantomeno *"allo svolgimento di indagini di mercato e della comparazione concorrenziale tra più soluzioni negoziali che vincolano il committente alla valutazione tra le diverse offerte secondo canoni predeterminati, a contenuto più o meno complesso, secondo la diversa tipologia e oggetto del contratto da affidare"* (SRC Liguria, deliberazione n. 59/2021/PAR).

Le modalità procedurali di cui all'art. 36, comma 2, lett. a), così come la disciplina derogatoria e temporanea introdotta dal DL n. 76/2020, art. 1, comma 2, lett. a) (affidamenti diretti), non precludono, infatti, che l'affidamento del contratto possa essere preceduto dall'esperimento di procedure, sia pure semplificate, ma sostanzialmente di natura comparativa e, in ogni caso, nel rispetto dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità e rotazione di cui all'art. 30 del codice dei contratti, richiamati anche dalla disciplina emergenziale di cui al DL n. 76/2020 (cfr. SRC Veneto, deliberazione n. 121/2020/PAR).

Viepiù, il mantenimento di un presidio di confronto concorrenziale è raccomandato anche dall'Autorità Anti Corruzione nel documento "Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76....." dell'agosto 2020, laddove, richiamando gli elementi qualificatori dell'atto che dispone l'affidamento indicati all'art. 32, comma 2 del D.lgs. 50/2016 (l'indicazione dell'oggetto dell'affidamento, dell'importo, del fornitore e delle ragioni della sua scelta, e del possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale nonché di quelli di carattere speciale, ove richiesti), afferma che trattasi *"di una estrema semplificazione procedurale, che sembra esaurirsi nell'obbligo di motivare la scelta dell'affidatario individuato discrezionalmente; una semplificazione che va temperata tuttavia alla luce dei principi fondamentali dell'attività contrattuale della p.a. e che rappresentano una best practice: il principio di rotazione degli affidamenti, l'acquisizione di informazioni, dati, documenti volti a identificare le soluzioni presenti sul mercato per soddisfare i propri fabbisogni e la platea dei potenziali affidatari, il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici"*.

La soluzione interpretativa già tracciata dalla magistratura contabile, dalla quale, come detto, questa Sezione non ha motivo di discostarsi, conferma dunque l'esclusione dalla disciplina degli incentivi tecnici dell'affidamento diretto, tra cui anche l'affidamento per somma urgenza di cui all'art. 163 del Codice dei contratti pubblici, *"salve le ipotesi nelle quali per la complessità della fattispecie contrattuale l'amministrazione, nonostante la forma semplificata dell'affidamento diretto, proceda allo svolgimento di una procedura sostanzialmente comparativa, la quale dovrà comunque emergere nella motivazione della determinazione a contrarre, in conformità al principio di prevalenza della sostanza sulla forma, di matrice comunitaria"* (cfr. SRC Veneto, deliberazione n. 121/2020/PAR). Un approdo ermeneutico che rappresenta un punto di equilibrio tra tenore letterale delle disposizioni e le esigenze di carattere sostanziale precedentemente illustrate.

La questione all’esame, è stata oggetto di un pronunciamento del Consiglio di Stato (Affare consultivo n. 00813/2021) in merito allo schema di decreto del Presidente del consiglio dei ministri recante “Norme per la ripartizione degli incentivi per funzioni tecniche al personale non dirigenziale della Presidenza del consiglio dei ministri, a norma del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”. Nell’esercizio della funzione consultiva, il Consiglio di Stato ha osservato che la scelta operata dall’Amministrazione di escludere dal regolamento gli incentivi nei casi di affidamento diretto o di somma urgenza, non ha ragion d’essere dal momento che *“la scelta del contraente costituisce solo una tra le fasi alle quali la legge ricollega un incentivo in relazione alla prestazione tecnica svolta dal personale dell’amministrazione, per cui la fattispecie considerata potrebbe dar luogo ad una riduzione, ma non all’esclusione dell’incentivo, che permane per le altre attività espletate in relazione al contratto (programmazione della spesa, valutazione preventiva progetti ecc.), nell’esercizio di funzioni tecniche”*.

## **5. La conclusione**

In sostanza la conclusione è che a priori pur nel caso di affidamento diretto non è detto che non vi siano (anche in fase di esecuzione del contratto) delle attività che possono rendere possibile e legittimare la liquidazione degli incentivi. Anche se la sezione non giunge ad una chiara risposta in questo senso precisando che ciò richiederebbe *“uno sforzo ermeneutico estensivo ed analogico tale da riscrivere di fatto il contenuto dell’art. 113. Operazione che appare travalicare la competenza di chi è chiamato ad interpretare e applicare le norme”* (cfr. Sezione delle autonomie, deliberazione n. 15/2019/QMIG)