Rivista mensile - Anno XIII, Numero 1

marzo 2023

MEDIAPPALTI

Project management e settore pubblico: Dal procedimento al progetto (Parte Prima)

Il nuovo Codice dei Contratti secondo ANAC: i margini di miglioramento e le proposte di modifica allo Schema nelle Osservazioni presentate dall'Autorità al Parlamento

La riscrittura dell'accesso agli atti e del soccorso istruttorio nello schema del nuovo codice dei contratti

"Guida pratica in materia di appalti pubblici"

Media Graphic

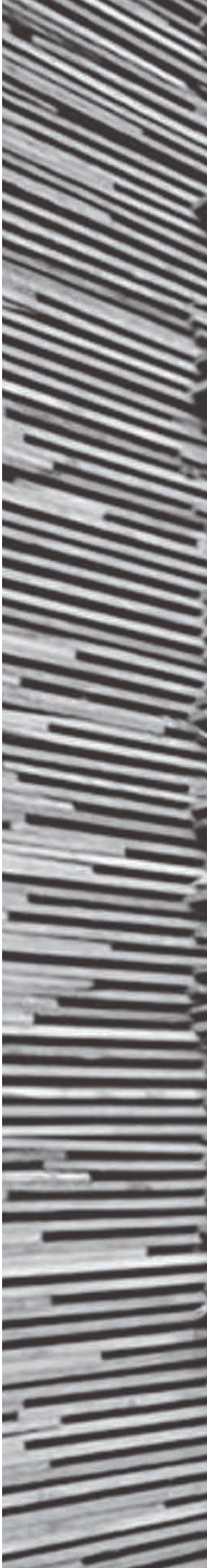
Registrazione presso il
Tribunale di Trani il 03.02.2011
al numero 3/2011 del Registro
dei giornali e periodici.

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

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

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

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

marzo
2023

EDI
TO
RIALE

Archeologia

I denti famelici dell'escavatore affondano nel terreno. Tornano su. Il collo sauropode si contorce e deposita terra, fango, frantumi di pietre. Qualcuno osserva con visibile apprensione ogni operazione. Si affaccia sul vuoto che avanza sotto il cingolato. Rovista con lo sguardo tra i detriti che vanno accumulandosi nel cassone di un ribaltabile. Siamo in un'area ricca di reperti archeologici. Nel sottosuolo, anche a pochi centimetri dalla superficie potrebbero essere custoditi pagine di storia che nessuno ha ancora raccontato.

Imbattersi in un reperto archeologico nelle fasi di esecuzione di uno scavo, in Italia, non è un evento insolito. Quando accade, partita la segnalazione alla Sovraintendenza, il rischio è che l'opera resti bloccata anche per periodi indefiniti. Qui si scontrano le ragioni di chi è preposto ad eseguire tutti gli accertamenti e rilievi necessari per recuperare e tutelare i reperti archeologici con quelle dell'impresa appaltatrice cui il fermo dei lavori potrebbe essere causa di un danno economico.

La "sorpresa archeologica", non sempre e non per tutti, è ed è stata una bella sorpresa. Ma i tempi cambiano. L'esperienza è stata nutrice di iniziative che muovono verso una pacifica convivenza tra lavori e archeologia.

L'archeologia fa alla storia ciò che lo psicoterapeuta fa all'uomo che soffre di amnesia. Il terapeuta scava in un passato custodito all'interno di una barriera che la memoria ha elevato attorno a un evento. L'archeologo sottopone a un'indagine minuziosa le stratificazioni di terra nel tentativo di riportare al presente porzioni di un passato perduto. La terra, proprio come la mente umana, non cancella nulla. Mette da parte. Conserva. La mente può non avere più accesso a un determinato ricordo. Ma ciò non significa che il ricordo sia svanito. La terra seppellisce un antico insediamento ma ciò non significa che non sia mai esistito.

Il territorio italiano è uno scrigno colmo di tesori storici. Non è possibile ignorarlo. Si deve essere preparati all'eventualità che un'opera pubblica possa essere l'inconsapevole giovane che cade in una grotta sul colle Oppio e si ritrova con i piedi nella scomparsa e dimenticata Domus Aurea di Nerone.

Di recente, proprio a Roma, in occasione dei lavori sulla stazione di Porta Metronia, lungo la Linea C della nuova metro, gli operai si sono imbattuti nella più grande scoperta archeologica degli ultimi tempi: un'intera caserma romana e la domus del comandante. In questa occasione, come ha detto il Ministro alle Infrastrutture e ai Trasporti Matteo Salvini si è registrato "un caso eccellente di pubblico che aiuta il pubblico". Dopo il blocco iniziale, la soluzione che ha permesso ai lavori di riprendere senza intaccare l'importante scoperta archeologica. Quando sarà inaugurata, nell'ottobre del 2024, la stazione sarà anche un museo. L'area archeologica è stata preservata e sarà visitabile, accedendovi proprio attraverso gli ambienti della stazione.

Come dimostrato con l'esperienza di Porta Metronia, la sorpresa archeologica non è più l'imprevisto che blocca i lavori. È una risorsa. Questo nuovo approccio è reso possibile dall'introduzioni di professionalità e metodi di lavoro innovativi: l'archeologo di cantiere che segue i lavori direttamente sul campo supervisionato dalla stazione appaltante; l'archeologia preventiva che prevede indagini e carotaggi sulle aree che saranno attraversate da un cantiere. Un modus operandi che permette di conoscere in anticipo se nel corso dei lavori sarà necessario eseguire scavi archeologici, munendosi già delle necessarie autorizzazioni della Soprintendenza, arruolando già la squadra di esperti che dovrà intervenire per l'esecuzione degli scavi e degli eventuali recuperi di reperti. Tale pianificazione va a favore della scoperta archeologica e della tempestività dei lavori che non subiranno gli stessi ritardi che si accumulerebbero se ogni procedura dovesse essere attivata nel momento in cui si dovesse rinvenire un sito di interesse archeologico in prossimità di un cantiere.

Tra le organizzazioni che hanno compreso e adottato meglio queste iniziative figurano Ferrovie dello Stato e Anas. La pagina che ANAS dedica, sul proprio sito istituzionale, alle operazioni di smontaggio e messa in sicurezza di un acquedotto romano scoperto in occasione della realizzazione di una galleria autostradale in provincia di Brescia, è un racconto intriso di passione e orgoglio che misura come è oggi cambiato l'approccio nei confronti dell'archeologia.

Una postura esplicitata da Andrea Nardinocchi, ad e direttore generale di Italferr, in un'intervista rilasciata a Forbes.it. Nardinocchi afferma che "l'azienda si pone il duplice obiettivo di realizzare opere fondamentali per lo sviluppo del Paese, e di salvaguardare e valorizzare l'immenso patrimonio storico-archeologico dell'Italia".

Nel corso degli anni, a partire dai '90 del secolo scorso, l'archeologia ha assunto i connotati di una risorsa. Un approccio maturato nel grembo di una nuova visione culturale, inspessito dal supporto della norma. Nel Codice degli Appalti del 2016, l'articolo 25 è dedicato alla "Verifica preventiva dell'interesse archeologico".

Qualcosa di innovativo che ha incanalato sulla stessa direttrice l'interesse per la salvaguardia dei beni storici con la necessità di eseguire opere pubbliche. Dopo sette anni, con il codice in vigore dal 1 aprile prossimo, di questo articolo, denunciano gli archeologi, non c'è traccia. Archeoimprese afferma che l'assenza dell'istituto della "verifica preventiva" conduce alla perdita della possibilità "di integrare, già in fase progettuale, eventuali scavi archeologici ed evitare costosi fermo cantiere e contenziosi con le imprese appaltatrici".

Il 23 gennaio scorso l'Associazione Nazionale Archeologi è stata audita alla Camera dei Deputati. In tale occasione il Presidente Alessandro Garrisi ha dichiarato che si riconosce "legittimità ad un'impostazione che tenti di dare speditezza alle operazioni, che semplifichi le operazioni e che garantisca che l'orizzonte di rinnovamento del paese non sia l'eternità, ma il futuro prossimo. Per far questo, tuttavia, occorre operare con intelligenza […] bisogna sapere dove mettere le mani per garantire tutti gli interessi (costituzionali) che il Paese chiede che siano garantiti".

Ogni opera pubblica che prevede operazioni di scavo è una potenziale campagna archeologica. Se non supportata dall' "ex" articolo 25 del d.lgs. 2016 rischia di agire contro l'obiettivo dichiarato del nuovo codice: snellire le procedure; sveltire i tempi di lavorazione delle commesse. Qualcosa per recuperarne i contenuti dovrà attivarsi perché l'archeologia preventiva non diventi archeologia normativa. Evitiamo che un giorno, in un futuro qualsiasi, come oggi ci stupiamo di quanto fossero evoluti gli antichi, qualcuno, recuperando quel testo, si meravigli di quanto fosse all'avanguardia una norma che un giorno, come per la Domus Aurea di Nerone, si decise di cancellare.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

Archeologia **4**

In evidenza

Project management e settore pubblico: Dal procedimento al progetto
(Parte Prima) **7**

Sotto la lente

Il nuovo Codice dei Contratti secondo ANAC: i margini di miglioramento e le proposte di modifica allo Schema nelle Osservazioni presentate dall'Autorità al Parlamento. **12**

Il Punto

Gare di progettazione: l'ANAC sul limite temporale dei servizi affini tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica **21**

La riscrittura dell'accesso agli atti e del soccorso istruttorio nello schema del nuovo codice dei contratti **28**

La rinegoziazione dell'offerta prima della stipula del contratto **34**

Nuovo codice: una spinta decisiva per il finanziamento privato delle opere pubbliche? **41**

Il rapporto tra il giudizio di impugnazione dell'interdittiva antimafia e il c.d. controllo giudiziario. La sentenza dell'Adunanza Plenaria **45**

Pareri & Sentenze **53**

A Domanda Rispondiamo **59**

In pillole **63**

Osservatorio sulla Corte dei Conti

Hanno collaborato a questo numero:

Ing. Pier Luigi Guida
Ingegnere, esperto di project management. Dirigente di società pubblica di rilevanza nazionale del settore trasporti

Dott.ssa Alessandra Verde
Referendaria consiliare presso il Consiglio regionale

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

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

Avv. Riccardo Gai
Esperto in materia di appalti pubblici

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

Avv. Adriana Presti
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

Avv. Giuseppe Croce
Esperto in appalti pubblici

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

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

Project management e settore pubblico: Dal procedimento al progetto (Parte Prima)

IN EVIDENZA

di Pier Luigi Guida

Premesse

Il termine "procedimento", introdotto nel nostro diritto amministrativo, e quello di "progetto", di cui sempre più si sente parlare in materia di pubblica amministrazione, sono spesso usati come sinonimi, tanto che l'uno viene spesso sostituito dall'altro, nel comune parlare quando si tratti di opere o servizi pubblici, che più in generale rientrano nel Codice degli appalti. Analogamente "servizi" e "appalti" vengono anche spesso scambiati per… progetti. In realtà ci sono differenze fra i diversi concetti, e spesso è bene porvi la dovuta attenzione, pena il rischio di improprie interpretazioni, che possono anche avere impatti in termini gestionali e di conduzione dei relativi interventi.

Queste note mirano a fare chiarezza sui termini in argomento, anche al fine di porre nella giusta luce diversi concetti e tendenze che hanno l'obiettivo di introdurre modernità ed efficienza nella gestione della cosa pubblica, oggi sempre più oggetto di "efficientamenti", in relazione a tendenze più generali del mercato nonché confronti - si dice "benchmarking" - con il settore privato e con altre realtà, anche al di fuori del nostro Paese.
La materia che da tempo interessa il problema di gestire in modo sempre più efficiente i procedimenti, ergo progetti pubblici, come meglio si dirà, è stata peraltro accompagnata negli ultimi anni dalla questione se il RUP, responsabile unico del progetto, sia o debba essere "arruolato" come *project manager,* in virtù dell'aspirazione a vederne sviluppate o migliorate le capacità gestionali.

La diatriba se il RUP fosse o potesse (anche) definirsi project manager, è andata peraltro avanti per diversi decenni, almeno fino a quando nel 2016 l'ANAC, con storica delibera a integrazione della nuova edizione del Codice, sdoganasse finalmente il tabù che il funzionario o dirigente RUP della nostra pubblica amministrazione potesse fregiarsi anche di un titolo che ormai è riconosciuto in tutto il mondo, senza particolari distinguo fra progetti pubblici e privati[1].
Peraltro in diversi paesi, come la Gran Bretagna e di stampo anglosassone, in cui non vige il diritto amministrativo, almeno come lo s'intende in Italia, non si impedisce di realizzare opere e servizi pubblici; dovendo porsi il problema di come si possano gestire al meglio certe attività, con le dovute garanzie e l'efficienza che merita la cosa pubblica; in altri termini evitare che l'istituto gestionale diventi fine a sé stesso, e non diventi invece, ameno in certi casi, lo strumento poco adatto a realizzare nuove opere e servizi, ovvero non del tutto appropriato a gestire certi tipi di interventi.

1. ANAC, Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni. Delibera n. 1007 del 11/10/2017 (versione aggiornata del n. 1096 del 26 ottobre 2016, Linee guida n. 3).

Sono infatti note le recenti evoluzioni che ha subito il nostro Codice degli appalti, specie negli ultimi anni e nelle successive edizioni e integrazioni, all'affannosa ricerca di adeguarsi alle esigenze e ai tempi, se non essere finanche oggetto di certe spinte politiche per l'eliminazione. Problema sarebbe al meno in questi termini mal posto, perché si dovrebbe porre prima la questione di eliminare lo stesso diritto amministrativo…. Peraltro ipotesi di assoluta semplificazione, trascurando che anche nei paesi che non hanno un codice degli appalti come il nostro, esistono comunque altri, se non più voluminosi manuali e documenti di riferimento, che quand'anche non abbiano la stessa natura di carattere pubblicistico o di atto legislativo, svolgono di fatto la stessa funzione.

Può invece sostenersi che il Codice degli appalti, integrato dallo storico regolamento, sia esso stesso un manuale di project management, anche se ciò non si sa né lo interpreta sotto questa luce, con tutti i miglioramenti, integrazioni e modifiche che vi andrebbero fatti. Peraltro, quando svolgiamo corsi di project management e fra i discenti ci sono dottori in legge, questi sono fra i più interessati al tema, come se si riuscisse a trovare le tessere mancanti del mosaico; essendo certo noto come la cultura multidisciplinare e multiculturale sono essenziali in questo campo.

Rileviamo che progetti pubblici o privati non sono concettualmente diversi, avendo alla base la stessa definizione, filosofia e costruzione logica, e rifuggiamo anche da coloro che osservano che un progetto pubblico sia diverso da quello privato, per i cosiddetti vincoli del codice. Diremmo invece in principio che non sono tali vincoli né il codice degli appalti né le procedure ecc. che fanno di per sé la differenza, quanto il modo di interpretarli ed applicarli; cioè più in generale il sostrato e la cultura di base, ovvero l'ambiente generale che l'intelligenza umana o il buon senso avranno il compito di piegare, governando gli strumenti disponibili, e non al contrario farsi da questi soggiogare. Certo, più facile a dirsi che a farsi, in assenza di ambienti e cultura idonei, occorrendo leadership, tempo, pazienza, strategie, nuovi strumenti e metodo.

Da sempre l'uomo, da quando si ha traccia delle sue opere, realizza progetti. Si deve quindi ritenere che il "progetto" sia nato prima del "procedimento"; quindi il primo abbia per così dire natura e un posto concettuale nella scala dei valori superiore al secondo. In pratica il procedimento nasce dal progetto, e il procedimento ne debba ereditare i valori e non viceversa, come alcuni potrebbero pensare… In altri termini il procedimento di origine amministrativa è "uno" degli strumenti gestionali che aiutano a realizzare un progetto, e neppure il solo, come alcuni potrebbero ritenere. Per cui la disciplina di gestione del progetto, in altri termini il project management – che si non si dovrà scrivere né in corsivo né maiuscolo - in verità sa più di latino che di anglosassone; e comprende come aspetto particolare e contestuale la gestione del procedimento. In quest'ottica il codice degli appalti e collegato regolamento (o quel che ne sarà) sono a ben vedere strumenti e manuali di "secondo livello" di project management; per cui, come si direbbe per le leggi, i principi di quest'ultimo sarebbero prelevanti sui primi, e quando ciò non avviene, o addirittura si vincola a fare il contrario, sarebbe sintomo che qualcosa non va nel verso giusto. Spesso ciò riguarda solo il buon senso, come ci diceva un RUP di notevole esperienza.

1. L'origine del termine

Il termine progetto deriva dal latino "*pro iacere"*, o abbreviato "*proícere",* cioè gettare avanti, lanciare, proiettare, quindi nella lingua più tarda passato a significare anche erigere edifici. Management non è neppure inventato dagli anglosassoni, ma la versione più accreditata è quella di *manu agere,* cioè condurre con mano (i cavalli), da cui in particolare maneggio. È noto come gli inglesi siano amanti delle corti toscane, ed è verosimile che i nobili di quel paese abbiano dapprima importato il termine in casa loro, quindi lo abbiano riesportato in tutto il mondo dai primi del novecento in poi, tramite l'omonima produzione letteraria in materia, appunto di management, mentre nel nostro paese l'ultimo scrittore in materia resterà il Machiavelli, come argutamente citato da alcuni. Pertanto noi abbiamo tutto il diritto a parlare di project management e project manager, termini anche entrati ufficialmente nel nostro lessico in virtù della normativa in materia.

È interessante osservare come il termine "progetto" rappresenti all'origine un predicato, cioè un verbo che indica un'azione e una dinamica, che dice già tutto. Gli esperti o gli analisti di organizzazione oggi direbbero che un progetto è un particolare processo, cioè insieme di attività correlate e coordinate fra loro, finalizzate a un certo obiettivo. Si ritrova la stessa radice, ma con senso più generale e linguaggio più aziendale che

procedimento; oltre il fatto che usare tale termine in testi legislativi potrebbe procurare qualche imbarazzo. Quindi progetto esprime concetto plastico e dinamico, piuttosto che rappresentare un concetto statico o cosa materiale, come sarebbe invece il "prodotto" di progetto. Purtroppo nella nostra lingua c'è stata involuzione, e il termine progetto indica comunemente anche, se non il più delle volte, quanto realizzato o da realizzare dal (processo di) progetto (!), e non il come e il sistema gestionale che ne sovrintende l'insieme delle attività.

Quando in italiano diciamo "portami il progetto" di una casa, intendiamo l'insieme degli elaborati tecnici che costituiscono il prodotto delle attività di progettazione, e non l'insieme delle attività, di coordinamento, gestione ecc., che ne hanno reso possibile o ne permetteranno l'esecuzione. Invece in inglese il termine è rimasto puro, e *project* indica appunto le attività che consentono la realizzazione in generale di qualsiasi opera; mentre l'attività tecnica e più specialistica di progettazione, è detta rigorosamente *design.* Ma guai in inglese a confondere, come facciamo noi, i due termini.

Pensiamo che questa involuzione semantica sia uno dei motivi per cui la cultura del project management, almeno in termini letterari e metodologici, non si sia sviluppata nel '900 in modo adeguato nel nostro paese, unitamente ad altri fattori, allorché il termine ha cominciato a diffondersi a livello internazionale (anni trenta e successivi), epoca peraltro in cui il nostro linguaggio era tutt'altro disposto a recepirlo.

Un altro fattore di reticenza alla cultura del project management, pensiamo sia una generale sottovalutazione degli aspetti gestionali rispetto a quelli tecnici, essendo la nostra cultura più olistica, creativa e tendente meno alla specializzazione di quella anglosassone, dove all'aumentare della complessità del lavoro sia stato più agevole separare la funzione di gestione (management) da quelle propriamente tecniche; ovvero saremmo meno disposti ad essere diretti da altri, pena la perdita della nostra indipendenza e creatività.

Ma quando il lavoro e i progetti diventano complessi, separare il processo gestionale o direzionale dal prodotto, diventa un passo obbligato, e chi coordina deve avere il tempo sufficiente per pensare al fine di rendere più efficiente la gestione e il lavoro degli altri; da cui il paradigma scolastico e più generale del management, comprensivo di attività di pianificazione, organizzazione, esecuzione, controllo e altre.

Significativo quanto espone in merito un manuale del CIOB (istituto inglese delle costruzioni, analogo a un nostro ordine professionale) circa l'origine della gestione progetti [2]: *"La funzione del project management è applicabile a tutti i progetti. Tuttavia, nei progetti piccoli e meno complessi il ruolo di project manager può combinarsi con quello di altra disciplina, come ad es. il leader del gruppo di progettazione (design). Per progetti più complessi, le relative competenze devono essere assunte da una specifica funzione di project management".*

2. Procedimento o progetto?

Del progetto si hanno più definizioni. La più generale è quella che lo distingue dalle cosiddette attività di natura corrente e ripetitiva (in gergo anche dette *"operations"*), mentre un progetto ha un obiettivo unico e singolare, diverso dagli atri, nonostante vi possano essere analogie con progetti simili nello stesso settore o area applicativa. Un altro carattere fondamentale è l'avere il progetto una durata ben determinata, con una data di inizio e una di fine; salvo eventuali ripianificazioni…, comunque strettamente controllate.

Fra le altre definizioni si possono citare quella assolutamente sintetica della norma UNI ISO 21502[3], come *"impegno temporaneo per raggiungere uno o più obiettivi definiti".* Una definizione più articolata è quella mutuata dal dall'Istituto Italiano di Project Management (ISIPM) secondo cui *"un progetto è un'imresa complessa, unica e di durata determinata, volta al raggiungimento di un obiettivo prefissato*

2. CIOB (Chartered Institute of Building), Code of Practice for Project Management for construction and development, 3^ Ed., Blackwell.

3. UNI ISO 21502 Gestione dei progetti, dei programmi e del portfolio. Guida alla gestione dei progetti. UNI, Ente nazionale di normazione, www.uni.com.

mediante un processo continuo di pianificazione, esecuzione e controllo di risorse differenziate e con vincoli interdipendenti di costi, tempi, qualità", e aggiungiamo qui, rischi".[4]

Nella questione di definire un progetto, spesso lo stesso concetto si trova sostituito o sovrapposto, con altre definizioni o casi di riferimento, spesso presenti nel comune linguaggio o nel volgare parlare anche degli esperti. Di ciò la Figura 1 vuol dare una rappresentazione.

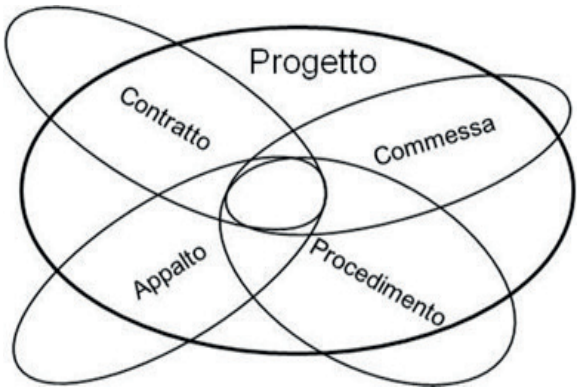


Figura 1 - Progetto e diverse definizioni

Riprendiamo il *procedimento*. Oltre che essere termine di valore pubblicistico, riguarda nella fattispecie il procedimento amministrativo, che nel nostro ordinamento giuridico è una sequenza ordinata di atti finalizzata all'emanazione di un provvedimento amministrativo, ovvero nell'omonimo diritto un particolare tipo di atto dispositivo, che si caratterizza per produrre effetti sulle situazioni giuridiche di soggetti terzi.

È pertanto termine di carattere amministrativo molto più generale, sostanzialmente finalizzato nel presente discorso al contratto e relativa gestione per la realizzazione di un'opera o servizio pubblico; il quale può riguardare progetti, propriamente detti, e "non progetti", avendovi specifico rilievo gli atti burocratico-amministrativi.

Lungi da noi, usare il termine burocratico in senso negativo o dispregiativo, avendo la burocrazia statale origini pregevoli, e tuttora aspetti e valori positivi. Si richiama che nel significato corrente il termine di procedimento (amministrativo) è regolato principalmente dalla legge n. 241/1990 "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi" (aggiornata dal DL 77/2021), e di seguito integrato dalla costituzione della figura del RUP (responsabile unico procedimento), previsto dalla Legge 11 febbraio 1994, n. 109, per l'attuazione di ogni singolo intervento di lavori pubblici, per le fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione. Ma non tutti gli "interventi" sono progetti[5]. Ad esempio un contratto di manutenzione o suo rinnovo non rappresenta un progetto in senso proprio. Poiché lo stesso servizio (di cui riprenderemo il termine), cioè inerente attività di pura manutenzione, è infatti classificabile come attività ripetitiva e corrente, quindi esclusa da quelle di progetto; salvo che non si introducano miglioramenti, sostanziali modifiche o valore aggiunto, ad esempio pianificare un processo di manutenzione di nuovo tipo o un caso di manutenzione straordinaria, che vada più approfonditamente studiata e progettata.

Il suddetto concetto di procedimento è quindi termine da un lato più restrittivo di progetto, come si intuisce, e come si espliciterà di seguito, per le più ampie competenze in generale richieste dalla metodologia di project management, dall'altro più ampio, includendo atti e oggetti che progetti non sono.

L'***appalto*** è come noto un particolar modo di eseguire o meglio far realizzare un lavoro. Se ne tralascia per comune conoscenza la definizione (rinviabile al Codice civile) e tutte le sue conseguenze e questioni applicative. Ma è un appalto un progetto? Anche in tal caso vale la limitazione detta sopra, per cui non tuti gli appalti hanno caratteristiche di progetto. Verosimilmente tutta l'attività per affidare un qualsiasi appalto, specie se di notevole impegno e innovazione, potrebbe essere un progetto, ma in seguito può cessare di esserlo e le relative attività affidate all'appaltatore rientrare in quelle di servizi più comuni e ricorrenti. Anche l'appalto è di norma oggetto di un contratto, costituendo uno dei petali dello pseudo quadrifoglio in figura.

4. Mastrofini E, (a cura di), ISIPM. Guida alle conoscenze di gestione progetti. FrancoAngeli.

5. L'ulteriore declinazione della figura RUP è stata ripresa dal nuovo Codice degli appalti D. Lgs. 50/2016, a seguito del quale è stata emanata la linea guida ANAC già citata.

Il ***contratto*** peraltro ha le stesse aree di estensione e limitazioni dei concetti già visti, salvo sovrapporsi e integrare gli stessi per ragioni di carattere amministrativo, legale e altro, quale definizione dell'ambito, corrispettivi, modalità di controllo dell'esecuzione ecc.
Ma un progetto può non essere sempre oggetto di contratto, o almeno di contratto formale, come lo si intende nel Codice degli appalti (da cui anche l'espressione del Codice dei contratti pubblici). Infatti un progetto può essere di tipo "interno", quando ad esempio un ufficio di un ente prende in carico e s'impegna a realizzare un progetto a beneficio di altri uffici o dello stesso dipartimento, salvo un accordo più o meno… informale fra le parti interessate. Questa visione non è ad esempio compresa nello stesso codice; ma i relativi progetti possono avere non minore impatto e importanza. Si pensi ad un intervento di riorganizzazione, miglioramento dei processi di lavoro ecc., che sono tutti importanti progetti, e fino a quando non richiedano contratti esterni, non abbiano ancora nominato il RUP. Eppure anche in tal caso si dovrebbe parlare, secondo i principi di qualità, di contratti o accordi interni cliente-fornitore che giustifichino o siano giustificati dalla realizzazione di un certo progetto.

Commessa. Nel mondo delle costruzioni e nelle imprese industriali è infine comune il termine "commessa", che anche in tal caso viene usato spesso come sinonimo di progetto; ma chi scrive si straccia le vesti! Anche commessa infatti ha alla base un rapporto di natura commerciale tra cliente e fornitore, di cui il primo anche in tal caso affida al secondo l'esecuzione di un lavoro. Tant'è che si usa il termine "capo commessa", invece che "capo progetto", ma molto meglio project manager. La stessa commessa ha i limiti delle voci precedenti e secondo vale più per il fornitore, che acquisisce l'incarico, che per il cliente. Non ha senso infatti per quest'ultimo, come una stazione appaltante, parlare di… capo-commessa. Anche una commessa può non riguardare la realizzazione di un progetto, ma ad esempio la fornitura di una certa quantità di materiali, per cui può identificarsi nel caso più semplice con un ordine commerciale. Inoltre nel caso delle costruzioni, realizzazione di impianti ecc. acquista più precisi significati in termini economici e scritture in bilancio. Per chi desidera approfondire, deve farsi riferimento alla linea guida dei dottori commercialisti, OIC n.23, che ne fornisce compiuta definizione e i "dettagli d'uso" [6]. Infatti lo stesso documento recita che un "*un lavoro in corso su ordinazione* (o *commessa*) si riferisce *a un contratto, di durata normalmente ultrannuale, per la realizzazione di un bene (o una combinazione di beni) o per la fornitura di beni o servizi non di serie, che insieme formino un unico progetto, ovvero siano strettamente connessi o interdipendenti per ciò che riguarda la loro progettazione, tecnologia e funzione o la loro utilizzazione finale. I lavori su ordinazione sono eseguiti su ordinazione del committente secondo le specifiche tecniche da questi richieste" (…).*
"o la fornitura di più beni o servizi pattuiti come oggetto unitario".

Ne deriva che anche la commessa, o lavoro (in corso) su ordinazione, è un tipo specifico di progetto e non può, come termine particolare, identificare il tutto. Peraltro chiamare il tutto con la parte, o viceversa, è un fenomeno comune di linguaggio, che spesso può andar bene, ma talvolta induce in errore. (Fra parentesi, diciamo che conoscere un pò di project management aiuta a parlar meglio in tema ovvero usare meglio il lessico della disciplina).

I cosiddetti lavori in corso sono una voce ben conosciuta dai contabili (alias rimanenze), che appunto hanno specifico significato nel trattamento nelle voci di bilancio relative ai corrispondenti progetti specie di commesse pluriannuali; riguardando nello specifico l'imputazione dei costi e dei ricavi ai vari esercizi con l'avanzamento dei lavori. Quindi si deve ai contabili, direttori amministrativi, commerciali e altri, una tale invasione di campo nel linguaggio dei progetti! Caso giustificabile, per l'ovvia importanza che rivestono gli aspetti economici nei progetti, ma solo aspetto parziale; essendo i costi e il budget solo una voce e specifica competenza di project management.

Altre essenziali competenze riguardano infatti la gestione delle risorse umane, stakeholder, rischio, qualità del prodotto realizzato ecc., come si vedrà in ulteriori note di questa serie dedicata al project management nel settore pubblico.

6. OIC- Organismo Italiano di Contabilità. Principi Contabili. Lavori su ordinazione, 2016.

Il nuovo Codice dei Contratti secondo ANAC: i margini di miglioramento e le proposte di modifica allo Schema nelle Osservazioni presentate dall'Autorità al Parlamento.

SOTTO LA LENTE

di Alessandra Verde

Premessa

Come è noto, la Commissione speciale del Consiglio di Stato ha presentato, nel dicembre scorso, nel pieno rispetto delle tempistiche stabilite dal Governo, lo Schema definitivo del nuovo Codice dei contratti. Adesso lo Schema, approvato una prima volta dal Consiglio dei Ministri, è stato sottoposto al parere della Conferenza Unificata e poi inviato alle Commissioni parlamentari per l'espressione del parere di competenza.

Dopo l'esame in Parlamento, tornerà in Consiglio dei Ministri per la seconda approvazione per poi essere emanato dal Capo dello Stato e conseguentemente pubblicato in Gazzetta Ufficiale ed entrare in vigore.

Nella fase attuale, in vista dell'esame da parte della Commissione parlamentare competente, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha deciso di formulare proprie osservazioni[1] sullo Schema per invitare il Parlamento ad apportare alcune modifiche al testo prima della sua approvazione definitiva così da scongiurare difficoltà interpretative e migliorare l'efficacia di alcune disposizioni.

Con tali osservazioni, l'intento dell'ANAC è anche quello di correggere il tiro del legislatore in alcuni ambiti in cui esso sembri voler intraprendere direzioni differenti dalla linea maestra della lotta alla corruzione, della massima trasparenza, del rigore ecc.
Nella premessa del documento contenente le osservazioni dell'Autorità si legge infatti che <<proprio in ragione dell'importanza strategica del decreto legislativo e della complessità delle questioni in esso disciplinate, ANAC *(n.d.r.)* ritiene opportuno indicare gli ulteriori margini di miglioramento che si possono conseguire attraverso alcune puntuali proposte di modifica.

È evidente, infatti, che la formulazione di una legge, anche se riordinata e semplificata in un unico testo codicistico, è un **elemento necessario ma non sufficiente per una riforma di successo**.

1. <<Osservazioni di ANAC in relazione all'Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 19: "Schema di decreto legislativo recante codice dei contratti pubblici" (articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78)>> del 2 febbraio 2023.

Occorrerà, infatti, accompagnare questo fondamentale processo di riforma, sia con riferimento ai **tempi della sua implementazione**, sia, soprattutto, garantendone la **più efficace attuazione amministrativa**>>.

L'Autorità suggerisce alcune soluzioni operative: da un lato, al fine di evitare rallentamenti nell'attività contrattuale in corso per l'attuazione degli investimenti previsti dal PNRR, si potrebbe introdurre in norma un possibile differimento dei termini di applicazione di alcune disposizioni. Dall'altro, l'ANAC ritiene necessaria l'adozione di separati provvedimenti per fornire le necessarie risorse a tutti i soggetti pubblici coinvolti nell'attuazione della riforma, soprattutto per il potenziamento della professionalizzazione e specializzazione delle stazioni appaltanti e per l'implementazione di centri di consulenza e supporto alle imprese nella partecipazione alle gare pubbliche, al fine di migliorarne le conoscenze, favorire la formulazione di offerte più consapevoli e qualitativamente adeguate e ridurre i rischi di contenzioso.

All'indomani della prima approvazione dello Schema di Codice dei contratti pubblici da parte del Consiglio dei Ministri, l'Autorità Nazionale Anticorruzione pubblica un documento contenente osservazioni rivolte al Parlamento per suggerire alcune importanti modifiche da apportare al testo prima che lo stesso venga definitivamente approvato, dopo il parere delle Commissioni parlamentari competenti.

L'Autorità affronta, poi, nello specifico una serie di tematiche per le quali propone puntuali suggerimenti di modifica, eliminazione o integrazione volti a mitigare i rischi di difficoltà interpretative o applicative o, ancor peggio, il venir meno di alcune competenze dell'Autorità medesima poste a presidio – secondo ANAC - dei principi regolatori del sistema dei contratti pubblici.

1. **Le questioni principali oggetto delle Osservazioni dell'Autorità: il ripristino dell'elenco delle amministrazioni che operano mediante proprie società *in house***

Una prima questione affrontata dall'Autorità è la mancata previsione, nello Schema di nuovo Codice, dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, attualmente gestito da ANAC.

L'Autorità ne chiede fortemente il ripristino affermando che, se da un lato, è pacificamente ammesso nel nostro ordinamento che, tra le varie modalità organizzative che le pubbliche amministrazioni possono adottare per l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi, vi è anche l'affidamento diretto a società *in house*, è innegabile tuttavia che esso rappresenti una netta sottrazione del contratto al mercato.

Per tale ragione il diritto eurounitario, come elaborato anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha individuato le precise condizioni che ne consentono l'attuazione, al fine di evitare l'inefficienza del mercato e la distorsione della concorrenza.

L'attuale Codice, nel prevedere l'elenco delle amministrazioni che operano mediante affidamenti alle proprie società *in house*, consente di sovrintendere con attenzione al rispetto delle condizioni imposte dal diritto dell'Unione. Infatti, la presentazione della domanda da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e la relativa iscrizione nel suddetto elenco presenta, secondo l'ANAC, <<l'evidente vantaggio di verificare a priori la sussistenza dei requisiti richiesti dalla normativa eurounitaria per l'affidamento diretto, senza in alcun modo interferire rispetto alla decisione dell'ente di procedere con tale affidamento>>.

Tale verifica a priori si è rivelata, secondo quanto sostiene l'Autorità, molto utile e apprezzata dalle stazioni appaltanti, perché ha consentito di correggere nel tempo cattive pratiche e di limitare al massimo i casi in cui le amministrazioni si potessero trovare coinvolte – uscendone soccombenti - in contenziosi giurisdizionali volti all'applicazione della corretta normativa ed all'annullamento degli affidamenti illegittimi.

A sostegno della proposta di ripristinare la previsione dell'elenco, l'Autorità porta più di una argomentazione. In primo luogo, la mancata previsione dell'elenco, che comporterebbe una radicale modifica dell'impostazione della disciplina sull'*in house providing*, non trova riscontro nella legge delega[2] sulla base della quale lo Schema di Codice è stato elaborato. Anzi, <<l'abrogazione della competenza di ANAC in relazione all'istituto dell'elenco c.d. *in house* - sostiene l'Autorità - sembra in contrasto con la legge delega laddove all'articolo 2, comma 1, lett. b), richiede la revisione delle competenze dell'Autorità "al fine di rafforzarne le funzioni di vigilanza sul settore e di supporto alle stazioni appaltanti">>.
Inoltre, il sistema di verifica a priori esistente è stato già valutato e approvato dalla Corte di Giustizia Europea, che - esprimendosi[3] sulle questioni pregiudiziali rimesse dal Consiglio di Stato sulla coerenza dei vincoli previsti dalla normativa italiana - si era a suo tempo pronunciata a favore della conformità dell'ordinamento italiano a quello comunitario.
Infine, la Corte dei Conti ha più volte ribadito le difficoltà nel reperimento di informazioni e dati coerenti sull'intero territorio nazionale riguardo alle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche, delle quali le società *in house* costituiscono un segmento molto importante. L'elenco, che lo Schema di nuovo Codice si accinge ad eliminare, è invero un ottimo strumento per raccogliere informazioni a livello aggregato; la sua eliminazione andrebbe in senso diametralmente opposto alle esigenze informative sollevate dalla magistratura contabile italiana.

Alla luce di quanto detto, non vi è pertanto ragione, a parere dell'ANAC, di allontanarsi dalla strada già ampiamente collaudata e della cui efficacia ed utilità non è ragionevole dubitare.

Tra le modifiche proposte da ANAC allo Schema di nuovo Codice vi è il ripristino dell'elenco delle amministrazioni che operano mediante affidamenti diretti a proprie società in house, sul quale l'Autorità stessa esercita attualmente il potere di vigilanza e che non è stato previsto nella nuova disciplina.

2. (Segue) La necessità di non depotenziare la disciplina del conflitto di interessi

Un altro tema su cui l'ANAC si sofferma e propone puntuali modifiche al testo dello Schema di Codice è l'art. 16 sul conflitto di interessi.
A parere dell'Autorità, la nuova formulazione della norma depotenzia notevolmente la disciplina e apre possibili spiragli al dilagare di fenomeni corruttivi, il cui rischio è particolarmente presente nel settore degli appalti pubblici.

La nuova disposizione infatti così recita: <<1. Si ha conflitto di interessi quando un soggetto che, a qualsiasi titolo, interviene **con compiti funzionali** nella procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione degli appalti o delle concessioni **e** ne può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato, gli esiti e la gestione, ha direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia **concreta ed effettiva** alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione o nella fase di esecuzione. 2. In coerenza con il principio della fiducia e per preservare la funzionalità dell'azione amministrativa, la percepita minaccia all'imparzialità e indipendenza **deve essere provata da chi invoca il conflitto sulla base di presupposti specifici e documentati** e deve riferirsi a interessi effettivi, la cui soddisfazione sia conseguibile solo subordinando un interesse all'altro. 3. Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 1 ne dà comunicazione alla stazione appaltante o all'ente concedente e si astiene dal partecipare alla procedura di aggiudicazione e all'esecuzione>>.
Secondo l'Autorità, la nuova definizione è in

2. Legge 21 giugno 2022, n. 78 (Delega al Governo in materia di contratti pubblici).
3. Sentenza Corte di giustizia europea del 6 febbraio 2020, cause riunite C-89/19 e C-91/19.

contrasto con quella contenuta nelle Direttive europee, dal momento che vengono inserite condizioni ivi non previste e che tendono a ridurne l'ambito applicativo.

Infatti, viene innanzitutto richiesto che, per rilevare un possibile conflitto di interessi, il soggetto debba intervenire nella procedura d'appalto non a qualsiasi titolo ma con specifici "compiti funzionali"; inoltre, deve coesistere (perché si usa la congiunzione "e" e non "o") l'ulteriore condizione di poterne influenzare i risultati, la gestione ecc. Ancora, la minaccia all'imparzialità deve essere "concreta ed effettiva", condizioni prima non previste e, aspetto ancora più grave, nel secondo comma è introdotta di fatto un'inversione dell'onere della prova a carico di chi invoca il conflitto di interessi. Tale ultima previsione determina il concreto rischio che dimostrare la sussistenza di un conflitto di interessi possa trasformarsi in una *probatio diabolica*.

Secondo l'ANAC, le novità apportate alla disciplina del conflitto di interessi ne restringono l'ambito applicativo, anche rispetto a quello previsto per i procedimenti amministrativi ordinari, pur essendo il campo degli appalti pubblici particolarmente soggetto a rischi di corruzione. Da ciò la proposta di una serie di integrazioni all'art. 16 dello Schema di Codice.

Secondo l'ANAC, le novità apportate alla disciplina del conflitto di interessi ne restringono l'ambito applicativo anche rispetto a quello previsto per i procedimenti amministrativi ordinari dalla legge 241 del 1990 e questo appare paradossale se solo si pensa che quello dei contratti pubblici è proprio un campo particolarmente soggetto a rischi di corruzione.

Peraltro, con riferimento all'inversione dell'onere della prova, l'Autorità evidenzia - richiamando la sentenza della Corte di Giustizia del 12 marzo 2015, causa C538/13 - un contrasto tra il dettato dell'art. 16 dello Schema di codice e il diritto eurounitario in quanto, secondo quanto ha affermato la Corte, l'amministrazione aggiudicatrice è responsabile della procedura di gara anche nel caso in cui nomini una commissione di esperti, e la stessa Corte <<assegna alla sua specifica ed esclusiva competenza la verifica dell'esistenza di eventuali conflitti di interesse tra questi ultimi e le imprese concorrenti. Per la Corte, non si può chiedere al ricorrente in giudizio "di provare concretamente la parzialità del comportamento degli esperti": di conseguenza, se sussistono elementi oggettivi che mettono in dubbio l'imparzialità di un ausiliario dell'amministrazione aggiudicatrice, spetta poi a quest'ultima ogni ulteriore verifica sul punto, anche in funzione dell'eventuale prova contraria da fornire in sede processuale>>.

Infine, la nuova definizione elimina il riferimento ad una specifica previsione delle direttive eurounitarie che pongono in capo alle stazioni appaltanti l'onere di attivarsi al fine di prevenire i conflitti.

Da ciò, la proposta di modificare in più parti l'art. 16, eliminando i riferimenti alle condizioni che restringono il campo di applicazione del conflitto, eliminando altresì il comma 2 sull'inversione dell'onere della prova e introducendo un comma 4 dal seguente tenore: <<le stazioni appaltanti prevedono misure adeguate per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni e nella fase di esecuzione, e vigilano affinché gli adempimenti di cui al comma precedente siano rispettati>>.

3. Criticità connesse al notevole innalzamento della soglia di valore per gli affidamenti diretti

Un altro aspetto su cui l'Autorità si sofferma con attenzione è la norma in materia di procedure sottosoglia e, in particolare, solleva critiche alla nuova soglia di valore per gli affidamenti diretti, che lo Schema di Codice fissa a 140mila euro per gli appalti di servizi e forniture e a 150mila euro per i lavori.

E' stata di fatto recepita stabilmente nell'ordinamento la soglia prevista in via provvisoria dalla normativa emergenziale dettata dai decreti Semplificazioni.

Il legislatore ha infatti colto gli effetti positivi, in termini di semplificazione amministrativa e accelerazione delle procedure con conseguente rilancio del settore, derivanti dalle procedure emergenziali utilizzate negli ultimi due anni da tutte le stazioni appaltanti e ha voluto renderli stabili nel tempo prevedendo nel nuovo Codice una norma praticamente analoga.

L'Autorità non si mostra affatto entusiasta di tale scelta. Nel documento contenente le osservazioni per il Parlamento, infatti, l'ANAC afferma di aver avuto modo <<nell'ambito della propria esperienza di vigilanza, di constatare l'inefficienza di affidamenti diretti eseguiti senza il minimo confronto concorrenziale, ciò che nelle piccole realtà spesso significa l'affidamento a ditte conosciute, non sempre le più efficienti. Questa prospettiva è destinata a peggiorare nel caso in cui divenissero definitive le modifiche alla disciplina sul conflitto di interesse, sopra evidenziate, che "sollevano" la stazione appaltante dalla predisposizione di serie misure di prevenzione del conflitto d'interessi, facendo ricadere sugli eventuali interessati l'onere di dimostrarne la sussistenza. Per le suddette ragioni, questa Autorità non ha mai visto con favore l'innalzamento delle soglie che esentano la stazione appaltante dal confronto con la concorrenza ed auspica, pertanto, che le suddette soglie vengano ridimensionate>>. Considerato tuttavia che è abbastanza improbabile che il Parlamento riduca le soglie per gli affidamenti diretti, posto che il loro innalzamento è ritenuto una delle leve strategiche per la semplificazione delle procedure e per il rilancio economico del sistema Paese - e di questo l'Autorità ne è consapevole - la stessa propone, in subordine, una serie di correttivi alla norma dello Schema così da potenziare quantomeno la trasparenza e favorire il confronto competitivo.

L'Autorità non ha mai visto con favore l'innalzamento delle soglie per gli affidamenti diretti, che esentano la stazione appaltante dal confronto con la concorrenza e ne chiede il ridimensionamento o, in subordine, l'introduzione di alcuni correttivi che potenzino quantomeno la trasparenza e favoriscano il confronto competitivo.

In primo luogo, l'ANAC suggerisce, almeno per gli affidamenti diretti di importo superiore alla soglia dei 40mila euro, che la stazione appaltante pubblichi sul proprio profilo di committente la determina a contrarre e dia esplicitamente conto in essa delle ragioni della scelta dell'affidatario, introducendo altresì qualche minimo riferimento al confronto competitivo, almeno sotto il profilo della comparazione dei prezzi, che, soprattutto per gli acquisti a catalogo da effettuarsi sul mercato elettronico, è immediatamente realizzabile e facilmente dimostrabile.

L'Autorità interviene anche sulla parte della disposizione in materia di procedure sottosoglia che si riferisce alle procedure negoziate senza bando. Secondo ANAC, <<a fronte del notevole innalzamento delle soglie - soprattutto in relazione all'affidamento di lavori - sarebbe opportuno, anche in questo caso, compensare l'ampliamento della discrezionalità dell'amministrazione nella scelta dei contraenti con una maggiore trasparenza, tramite l'introduzione dell'obbligo di pubblicazione sul sito della stazione appaltante dell'avviso dell'avvio della procedura negoziata>>. In particolare, l'Autorità suggerisce di introdurre l'obbligo di pubblicare un avviso preventivo almeno dieci giorni prima dell'avvio della consultazione degli operatori economici.

Inoltre, sulla falsariga di quanto previsto nel decreto Semplificazioni e alla luce dell'esperienza maturata negli ultimi due anni, l'ANAC ritiene che il ricorso alle indagini di mercato o alla consultazione di elenchi di operatori economici abbia favorito e favorisca l'applicazione dei principi di trasparenza ed efficacia dell'azione amministrativa; suggerisce pertanto di prevederne l'obbligo in tutte le ipotesi di procedura negoziata per gli appalti sottosoglia, inclusa la procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori economici, per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di rilevanza europea, per la quale lo Schema di Codice al momento non prevede alcunché.

L'ANAC, infine, contesta il fatto che l'attuale disposizione dello Schema consenta alla stazione

appaltante di ricorrere alle procedure ordinarie nel solo caso da ultimo citato, ovvero la procedura negoziata senza bando per lavori da un milione di euro fino alle soglie comunitarie, e ne suggerisce la previsione **in termini generali come possibile alternativa a tutte le procedure sottosoglia** - sia affidamenti diretti che procedure negoziate - **previa adeguata motivazione**.

4. Problematiche connesse alla qualificazione delle stazioni appaltanti

Altra questione di grande rilievo affrontata nel documento ANAC è la qualificazione delle stazioni appaltanti, tema caro all'Autorità che ha da sempre sostenuto <<l'importanza dell'innalzamento dei livelli di qualità delle amministrazioni pubbliche, connessi alla professionalizzazione e alla specializzazione dei soggetti coinvolti nell'approvvigionamento nell'espletamento delle loro funzioni>>.

Il sistema della qualificazione delle stazioni appaltanti è, come ben noto, finalizzato a centralizzare il più possibile la spesa pubblica per favorire l'ottimizzazione della spendita delle risorse, l'incremento dell'efficienza e dell'efficacia dell'attività amministrativa volta all'acquisizione di beni, lavori o servizi pubblici e la riduzione del contenzioso in materia di appalti attraverso l'innalzamento della qualità e correttezza delle procedure svolte attraverso la sempre crescente professionalizzazione dei soggetti ad esse preposti.
Tale sistema è ampiamente accolto e confermato nel nuovo Codice dei contratti, salva tuttavia una previsione, introdotta dall'art. 62 dello schema di Codice, in tema di aggregazioni e centralizzazione delle committenze, volta ad ampliare il novero delle stazioni appaltanti che possono operare in autonomia pur non essendo qualificate mediante l'innalzamento fino a 500mila euro della soglia minima al di sopra della quale scatta l'obbligo della qualificazione per l'affidamento di contratti di lavori pubblici.

L'ANAC esprime in merito tutta la sua disapprovazione sostenendo che <<si tratta di una modifica di assoluto rilievo che sottrae dall'obbligo di qualificazione una fetta importante degli enti aggiudicatori. Secondo le stime effettuate sui dati relativi al quinquennio 2017-2021, l'innalzamento della soglia di qualificazione per i lavori da 150mila euro a 500mila euro **comporterebbe una riduzione del numero di gare eseguite da enti qualificati di circa il 65% corrispondente ad una diminuzione di circa il 45% del numero di amministrazioni aggiudicatrici qualificate**>>.

Per tale ragione l'Autorità propone al Parlamento di mantenere la soglia vigente di 150mila euro, al di sopra della quale imporre l'obbligo di qualificazione per l'affidamento dei contratti di lavori pubblici. Al più, per consentire il progressivo adeguamento da parte delle stazioni appaltanti al sistema di qualificazione, l'ANAC suggerisce di prevedere semmai un periodo transitorio di un anno dall'entrata in vigore del Codice, durante il quale la soglia per la qualificazione per l'affidamento dei contratti di lavori pubblici, sia temporaneamente innalzata a 500mila euro.

Altro aspetto critico della disposizione dello Schema in tema di centralizzazione delle committenze è quello relativo alla regolamentazione dell'ipotesi in cui l'amministrazione procedente non abbia la qualificazione adeguata per un certo tipo di affidamento ed abbia quindi necessità di rivolgersi ad una centrale di committenza.

Lo Schema di Codice prevede l'innalzamento fino a 500mila euro della soglia minima al di sopra della quale scatta l'obbligo della qualificazione per l'affidamento di contratti di lavori pubblici, ampliando in tal modo il novero delle stazioni appaltanti che possono operare in autonomia pur non essendo qualificate. L'ANAC disapprova fortemente tale novità e ne propone la modifica.

La versione attuale dello Schema prevede che la richiesta della stazione appaltante non qualificata alla centrale di committenza di svolgere la procedura di gara si intende accolta qualora, nei successivi dieci giorni, non sia pervenuta risposta negativa. Tuttavia, se tre centrali di committenza

abbiano respinto la richiesta, la stazione appaltante non qualificata dovrà rivolgersi ad ANAC, la quale, nei successivi quindici giorni, assegnerà d'ufficio la richiesta ad una centrale di committenza.

Secondo l'Autorità sussiste un vuoto normativo in quanto non è disciplinata l'ipotesi in cui eventualmente anche la centrale di committenza "supplente" individuata da ANAC non proceda allo svolgimento della procedura di gara. Sussiste il concreto rischio di arrivare ad una paralisi di fatto delle procedure di affidamento di competenza della stazione appaltante non qualificata.

L'Autorità propone, quale soluzione, quella di introdurre sanzioni a carico della centrale di committenza individuata da ANAC rimasta inerte senza giustificato motivo, che vadano ad incidere sulla sua qualificazione.
La procedura descritta appare in ogni caso molto lunga. Sarebbe forse ancora più efficace prevedere una sorta di clausola di chiusura secondo la quale, dopo i tre rifiuti (che potrebbero ragionevolmente anche essere ridotti a due) e la successiva inerzia della centrale di committenza individuata dall'ANAC, la stazione appaltante non qualificata richiedente possa infine procedere in autonomia.

5. Altri temi trattati dall'ANAC: il venir meno dell'unicità del RUP, l'appalto integrato, il principio di rotazione, il controllo sul possesso dei requisiti

Dopo aver affrontato le questioni sopra esposte, considerate dall'ANAC come di maggior rilievo, la stessa Autorità fa una carrellata di numerose altre proposte di modifica allo Schema di Codice toccando tante, differenti tematiche. Senza alcuna pretesa di completezza, si accennerà di seguito alle osservazioni mosse dall'ANAC sulle disposizioni ritenute di maggior interesse.
La prima questione è il venir meno dell'unicità del RUP.

L'art. 15 dello Schema di Codice prevede che le stazioni appaltanti, su richiesta del RUP, possano nominare un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento. Le relative responsabilità saranno, in tal caso, ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, mentre in capo al RUP – denominato ora Responsabile Unico di Progetto - resterebbero le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento.

Secondo l'ANAC tale disposizione non è conforme al principio generale vigente nell'ordinamento relativo all'unicità del responsabile del procedimento, imposto dalla legge 241 del 1990.

Infatti, osserva l'ANAC che <<nell'ipotesi in cui venga nominato un responsabile del procedimento per ogni fase, in aggiunta al RUP, ci sarebbero di fatto due soggetti responsabili per ogni fase, con le relative conseguenze in merito ai provvedimenti da adottare in caso di divergenza tra gli stessi>>.
L'Autorità propone di sfruttare l'istituto, già esistente e confermato nel nuovo Codice, di una struttura stabile a supporto del RUP, che ne mantenga tuttavia inalterata l'unicità della funzione.

L'Autorità solleva alcune obiezioni anche in merito alla disposizione dello Schema che tratta dell'appalto integrato, ovvero l'art. 44. In esso si legge che negli appalti di lavori, con la decisione di contrarre, la stazione appaltante, se qualificata, possa stabilire che il contratto abbia per oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori, sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica approvata, escludendo l'esercizio di tale facoltà soltanto per gli appalti di opere di manutenzione ordinaria.

La scelta dell'affidamento di un appalto integrato deve inoltre essere motivata <<con riferimento alle esigenze tecniche, tenendo sempre conto del rischio di eventuali scostamenti di costo nella fase esecutiva rispetto a quanto contrattualmente previsto>>.

Secondo l'ANAC, la formulazione della esaminata disposizione, che si presenta di maggior favore verso l'istituto rispetto alla vigente disciplina, appare tuttavia generica nell'individuazione dei presupposti legittimanti la scelta di tale tipologia di appalto. Essa infatti si limita a richiedere alla stazione appaltante una motivazione al ricorso all'appalto integrato fondata su non meglio specificate "esigenze tecniche". Tale genericità di formulazione rischia di favorire un possibile uso improprio dell'istituto.
Sarebbe pertanto necessario, secondo l'Autorità, chiarire con maggiore precisione i presupposti che

ne legittimino il ricorso, anche confermando la formulazione del vigente Codice del 2016. L'Autorità, in particolare suggerisce che il ricorso all'appalto integrato <<sia motivato in ragione dell'elevato contenuto tecnologico dei lavori da eseguire, per i quali le imprese possano convenientemente offrire soluzioni tecniche innovative>>, così come, di fatto, è avvenuto finora.

In tema di principio di rotazione negli affidamenti sotto soglia, invece, lo Schema di nuovo Codice prevede all'art. 49 che <<è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto **al contraente uscente** nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi>>.

Nel documento di osservazioni l'ANAC tocca numerosi altri temi, sui quali propone modifiche o integrazioni alle disposizioni dello Schema: tra gli altri, vi è il venir meno dell'unicità del RUP, l'appalto integrato, il principio di rotazione, il controllo sul possesso dei requisiti e molti altri.

Ciò significa che, a differenza dell'attuale disciplina, la rotazione sarà obbligatoria solo con riferimento ai contraenti uscenti e **non anche agli operatori economici invitati alla precedente procedura ma risultati non affidatari**.

ANAC non concorda con tale scelta: <<per favorire la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico – sostiene - e controbilanciare la sottrazione alla concorrenza di una significativa quota degli appalti di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, si suggerisce di estendere la rotazione anche ai soggetti precedentemente invitati e non affidatari>>.

L'Autorità suggerisce, in coerenza con tale proposta, che anche la disposizione che ammette, a determinate condizioni, il reinvito del precedente aggiudicatario in deroga al principio di rotazione, debba estendersi anche agli operatori precedentemente invitati e non risultati aggiudicatari.

Tale posizione dell'ANAC appare invero eccessivamente rigorosa. L'obbligo di applicare la rotazione non solo con riferimento all'affidatario uscente ma anche a coloro che siano stati invitati ma non si siano aggiudicati l'appalto si è spesso rivelato, nella pratica, un ostacolo all'efficace e conveniente affidamento delle procedure e un limite eccessivamente gravoso e foriero di lungaggini procedurali per gli addetti ai lavori.
Succede spesso che il mercato non abbia molti concorrenti in un certo settore e, se si è proceduto per un primo affidamento a invitare tutti o quasi tutti gli operatori disponibili, nell'affidamento successivo la stazione appaltante può trovarsi nella concreta difficoltà di individuare *ex novo* altri operatori da invitare. Per tale ragione la formulazione dello Schema di nuovo Codice appare più che altro volta a "semplificare la vita" alle stazioni appaltanti.

Sulla stessa falsariga è il contenuto del comma 3 dell'articolo in esame che dispone che <<la stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico. In tale caso il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia (…)>>. In altri termini, il divieto di aggiudicare l'appalto all'operatore uscente non opera se il nuovo appalto rientra in una diversa fascia.

L'Autorità ha da ridire anche su tale punto in quanto rileva che l'applicazione del citato divieto potrebbe venire facilmente aggirata con la previsione, ad opera della stazione appaltante, di un numero elevato di fasce. Per tale ragione, propone di integrare la norma in esame introducendo il divieto di **determinazione artificiosa dell'importo dell'affidamento finalizzata a farlo ricadere in una differente fascia.**

L'ANAC si è espressa anche in tema di controllo sul possesso dei requisiti. In merito, nell'ambito degli affidamenti diretti di importo inferiore ai 40mila euro, l'art. 52 dello Schema prevede che, in conseguenza della verifica negativa sui requisiti dichiarati, la stazione appaltante debba risolvere il contratto, escutere l'eventuale garanzia definitiva e comunicare all'ANAC l'esito negativo

della verifica. Inoltre è attribuita alla stazione appaltante la competenza a disporre la sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento indette dalla medesima per un periodo da uno a dodici mesi.

L'Autorità solleva alcune condivisibili perplessità su tale previsione. Innanzitutto, non è stabilito un termine massimo per la suddetta comunicazione ad ANAC, che appare invece essenziale al fine di non procrastinare l'eventuale avvio del procedimento sanzionatorio.

E' ravvisabile inoltre un <<difetto di coordinamento tra il potere della stazione appaltante di sospendere l'operatore economico dalla partecipazione alle proprie gare e il generale potere interdittivo in capo all'ANAC all'esito del procedimento sanzionatorio>>. Vi è infatti il concreto rischio che <<i due procedimenti, avviati uno dalla stazione appaltante (limitatamente all'esclusione dalle proprie gare dell'operatore che non confermi i requisiti dichiarati) e l'altro dall'ANAC, si concludano con esiti contrastanti e/o non coerenti tra loro>>. ANAC suggerisce di eliminare tale rischio affidando ad essa soltanto il compito di svolgere il procedimento sanzionatorio e prevedendo che la stazione appaltante interessata si adegui al provvedimento adottato dall'Autorità ad esito di tale procedimento.

Come è emerso dalla, inevitabilmente non esaustiva, carrellata di tematiche sopra analizzate sia pure in modo sintetico, gli articoli dello Schema presi in esame dall'Autorità sono numerosi e toccano quasi tutti gli istituti in materia di appalti. Occorrerà attendere ancora poche settimane per capire quali e quanti dei suggerimenti formulati da ANAC saranno accolti dal Parlamento e conseguentemente recepiti nel testo definitivo del nuovo Codice.

Gare di progettazione: l'ANAC sul limite temporale dei servizi affini tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica

di Paola Cartolano

IL PUNTO

Premesse

Nell'ambito delle procedure per l'affidamento di incarichi di progettazione diversi sono i profili problematici che possono sorgere, fra cui la definizione della clausola circa l'**indicazione dell'esperienza pregressa dei concorrenti ai fini della valutazione delle offerte in sede di aggiudicazione**.

In termini generali, il legislatore del **d.lgs. n. 50/2016** – sancendo il superamento del precedente orientamento circa la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione - all'**art. 95 comma 6** ha disposto che «*I documenti di gara stabiliscono* ***i criteri di aggiudicazione dell'offerta****, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto. Nell'ambito di tali criteri possono rientrare: … e) l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto …*».

E' restrittivo della concorrenza il criterio di valutazione dell'offerta tecnica in cui è previsto un limite temporale per l'indicazione delle esperienze pregresse

Gli elementi soggettivi caratterizzanti l'operatore economico – quali appunto "***l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale***" – vengono quindi formalmente annoverati tra i criteri di aggiudicazione dell'offerta nella misura in cui siano diretti ad identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'occasione per approfondire il tema dell'esperienza curriculare dei concorrenti ai fini della partecipazione a una procedura per l'affidamento di servizi di progettazione di recente è stata offerta dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (**ANAC**).

Come avremo modo di approfondire nel presente contributo, l'ANAC si è espressa in merito alla possibilità del concorrente di dimostrare la propria capacità di realizzare l'appalto indicando le **esperienze pregresse acquisite nell'esecuzione di servizi affini nell'intero arco di vita professionale del concorrente medesimo**.

In particolare, l'ANAC ha affermato che nel definire i **criteri di valutazione delle offerte tecniche** nell'ambito delle gare per l'affidamento dei servizi di progettazione, la stazione appaltante non può prevedere un limite temporale con riferimento alle esperienze pregresse del concorrente ai fini della dimostrazione della capacità di realizzare la prestazione oggetto dell'appalto. Nel rispetto del principio della massima concorrenza le esperienze pregresse devono essere riferite all'intera vita professionale del concorrente e non a un periodo circoscritto.

È questo il principio affermato dall'ANAC da ultimo nel recentissimo **atto del Presidente approvato dal Consiglio nell'adunanza del 17 gennaio 2023** (Fasc. n. 3356/2022).

1. Il caso al vaglio dell'ANAC

Nel caso di specie la vicenda sottoposta all'attenzione dell'ANAC faceva riferimento a una procedura di appalto per la redazione del progetto di fattibilità tecnica del nuovo ponte di attraversamento sul fiume Po.

In particolare, l'indagine ha avuto avvio a seguito di un esposto presentato dall'OICE (Associazione delle organizzazioni di ingegneria architettura e consulenza tecnica ed economica) con cui è stata segnalata alla stazione appaltante e all'ANAC la previsione, tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, di una **clausola limitativa** per la presentazione dei tre servizi relativi ad interventi affini. La clausola in questione chiedeva al concorrente la "*descrizione di tre servizi di progettazione svolti **negli ultimi quindici anni**, relativi ad interventi affini a quello oggetto della gara, e ritenuti significativi della capacità professionale dell'operatore economico offerente*".

Nel caso di specie sottoposto al vaglio dell'ANAC la SA aveva previsto tra i criteri di valutazione la presentazione di tre servizi relativi ad interventi affini "svolti negli ultimi quindici anni"

Già in precedenza l'ANAC si era espressa sul punto, sempre su segnalazione dell'OICE, come da atto del Presidente approvato dal Consiglio nell'adunanza del 14 settembre 2022 (Fasc. n. 1298/2022) con riferimento a una procedura bandita dalla Città metropolitana di Firenze per l'affidamento dell'incarico di redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica per interventi di adeguamento di un corridoio infrastrutturale. In quel caso l'istante contestava la clausola relativa ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica ed economica e, più precisamente, criterio di affinità servizi di progettazione, laddove si richiedeva agli offerenti, al fine di dimostrare la professionalità e l'adeguatezza dell'offerta, di indicare "*un numero massimo di tre servizi relativi a interventi ritenuti dal concorrente significativi della propria capacità a realizzare la prestazione sotto il profilo tecnico, scelti tra interventi qualificabili affini a quelli oggetto dell'affidamento*", i quali dovevano "*essere stati eseguiti e conclusi **nei dieci anni precedenti la data di pubblicazione del bando***".

2. Il limite temporale delle esperienze pregresse quale criterio di valutazione dell'offerta tecnica negli atti regolatori dell'ANAC

L'ANAC contesta la previsione tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica di una **clausola limitativa** per la presentazione dei tre servizi relativi ad interventi affini, in contrasto con le **Linee Guida n. 1** (recanti "*Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*") e con il **Bando-tipo ANAC n. 3** (relativo alle "*Procedure aperte per l'affidamento di servizi di architettura e ingegneria di importo pari o superiore a 100.000 euro con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*").

Come ha rilevato l'ANAC nell'Atto del Presidente approvato dal Consiglio nell'adunanza del 17 gennaio 2023, nelle Linee Guida n. 1 e nel correlato Bando-tipo n. 3 non è più presente alcun limite temporale per la valutazione della capacità tecnica del concorrente: è previsto, infatti, che i concorrenti in sede di offerta tecnica possono indicare servizi relativi a interventi ritenuti significativi della propria capacità e affini a quelli oggetto dell'affidamento svolti lungo tutto l'arco dell'intera vita professionale.

Proprio con riferimento al criterio di professionalità e adeguatezza delle offerte, le citate Linee guida n. 1 erano state in precedenza oggetto di modifica - in sede di aggiornamento rispetto alle novità apportate dal decreto legislativo n. 56/2017 - con l'inserimento del riferimento al periodo di dieci anni entro cui devono essere svolti i tre servizi idonei alla dimostrazione della professionalità del concorrente sulla base dell'esperienza pregressa.

Questa impostazione era stata anche riflessa nella versione originaria del Bando-tipo n. 3, approvato con delibera del Consiglio n. 723 del 31 luglio 2018.

Tuttavia, per tentare di favorire la più ampia partecipazione alle procedure di gara, nel Bando-tipo n. 3 è stato successivamente eliminato il riferimento al periodo di dieci anni entro cui devono essere svolti i tre servizi idonei alla dimostrazione della professionalità del concorrente sulla base dell'esperienza pregressa.

Di conseguenza anche le Linee Guida n. 1 sono state poi successivamente aggiornate con deliberazione ANAC n. 417 del 15 maggio 2019, espungendo dal testo qualsiasi limite temporale per la presentazione dei servizi affini, al fine di coordinare le relative disposizioni con quelle del Bando-tipo n. 3.

Per favorire la più ampia partecipazione alle procedure di gara, nel Bando-tipo n. 3 e successivamente nelle Linee Guida n. 1 è stato eliminato il riferimento al limite temporale per lo svolgimento dei servizi affini

Sul punto si segnala il parere reso dal Consiglio di Stato n. 1349 del 2 maggio 2019 sulla bozza di Linee Guida con cui i Giudici di Palazzo Spada hanno affermato che «*appare condivisibile la scelta dell'Autorità di coordinare la Parte VI, punto 1.1, lett. a), delle Linee guida n. 1, con il Bando tipo n. 3, prevedendo che i candidati possono illustrare in sede di offerta tre servizi relativi a interventi ritenuti significativi della propria capacità e affini a quelli oggetto dell'affidamento svolti lungo tutto l'arco della vita professionale*».

Le **Linee Guida ANAC n. 1 – nella loro formulazione attuale** – dispongono infatti che: «*i criteri di valutazione delle offerte possono essere individuati nei seguenti: a) professionalità e adeguatezza dell'offerta desunta da un numero massimo di tre servizi relativi a interventi ritenuti dal concorrente significativi della propria capacità a realizzare la prestazione sotto il profilo tecnico, scelti fra interventi qualificabili affini a quelli oggetto dell'affidamento, secondo quanto stabilito nel paragrafo V e dal DM tariffe*» (cfr. § VI, punto 1.1). Non è, dunque, presente alcun limite temporale in ordine ai servizi già svolti dal concorrente ai fini della redazione dell'offerta tecnica per la valutazione del c.d. merito tecnico.

A fronte di dette modifiche, i concorrenti possono illustrare in sede di offerta tre servizi relativi a interventi ritenuti significativi della propria capacità e affini a quelli oggetto dell'affidamento svolti lungo tutto l'arco della vita professionale.

Come rappresentato nella **Relazione Illustrativa alle Linee Guida n. 1**, l'ANAC si è determinata nell'eliminare tale limite temporale sulla base del presupposto che nell'esperienza concreta la previsione si era rivelata limitativa della partecipazione alle gare, anche alla luce della crisi che ha investito il settore negli ultimi anni, con conseguente riduzione degli affidamenti.

Con la finalità di favorire la più ampia partecipazione alle procedure di gara, l'ANAC ha pertanto eliminato il riferimento al periodo di dieci anni entro cui devono essere svolti i tre servizi idonei alla dimostrazione della professionalità del concorrente sulla base dell'esperienza pregressa.

Come dato atto poi nella **Nota Illustrativa al Bando-tipo n. 3** «*la scelta, sollecitata da più Stakeholders, deriva anche dalla considerazione secondo cui eventuali rischi di presentazione in offerta di esperienze "obsolete", in quanto troppo risalenti nel tempo della vita professionale del concorrente – contrariamente a quanto avviene in tema di requisiti di accesso alla gara – possono essere agevolmente superati in sede di valutazione. Ciò, attribuendo, se del caso, un minor punteggio a quei curricula meno soddisfacenti in relazione ai criteri di cui ai punti 1.1 e 1.2, dell'allegato 1, parametro A*». La stazione appaltante, perciò, dovrà valutare «*i servizi descritti dal concorrente e relativi ad interventi dal medesimo ritenuti*

significativi della propria capacità e affini a quelli oggetto dell'affidamento, svolti lungo tutto l'arco della sua vita professionale».

Resta inteso che l'affidabilità e la professionalità dell'operatore vengono assicurate a monte attraverso la previsione, tra i requisiti di partecipazione alla procedura, di criteri di capacità tecnica professionale piuttosto stringenti e pertanto eventuali rischi di presentazione in offerta di esperienze "obsolete", in quanto troppo risalenti nel tempo della vita professionale del concorrente possono essere agevolmente superati in sede di valutazione.

Le medesime Linee Guida n. 1, infatti, con riferimento ai **requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa**, prevedono tra l'altro i requisiti relativi:
«*… b) all'avvenuto espletamento negli ultimi dieci anni di servizi di ingegneria e di architettura, di cui all'art. 3, lett. vvvv) del codice, relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo globale per ogni classe e categoria variabile tra 1 e 2 volte l'importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione, calcolato con riguardo ad ognuna delle classi e categorie;*
c) all'avvenuto svolgimento negli ultimi dieci anni di due servizi di ingegneria e di architettura, di cui all'art. 3, lett. vvvv) del codice, relativi ai lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo totale non inferiore ad un valore compreso fra 0,40 e 0,80 volte l'importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione, calcolato con riguardo ad ognuna delle classi e categorie e riferiti a tipologie di lavori analoghi per dimensione e per caratteristiche tecniche a quelli oggetto dell'affidamento; .. ».

Per tali motivi la previsione di un ulteriore limite temporale dello svolgimento dei servizi tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica è un illegittimo restringimento della concorrenza privo di reali ragioni giustificatrici.

La previsione tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica di una clausola limitativa per la presentazione dei tre servizi relativi ad interventi affini è in contrasto con le attuali Linee Guida n. 1 e il Bando-tipo n. 3

3. Eventuali deroghe

Le Linee Guida n. 1 sono state adottate dall'ANAC ai sensi e per gli effetti dei poteri attribuitegli dal legislatore ex art. 213 del d.lgs. n. 50/2016 il quale al comma 2 dispone che «*L'ANAC, attraverso **linee guida, bandi-tipo**, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri **strumenti di regolamentazione flessibile**, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche*».

In particolare, con la disposizione richiamata è stato posto in capo all'ANAC un potere regolatorio non vincolante, i cui tratti sono stati oggetto di ampio dibattito giurisprudenziale e dottrinario[1].
Tuttavia, l'art. 71 del d.lgs. n. 50/2016 dispone altresì che «*… Al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti omogeneizzandone le condotte, successivamente alla adozione da parte dell'ANAC di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità agli stessi. Essi contengono le informazioni di cui all'allegato XIV, Parte I, lettera C, e sono pubblicati conformemente all'articolo 72. Contengono altresì i criteri ambientali minimi di cui all'articolo 34. **Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo***».

1. Si rimanda a "Le linee guida non vincolanti dell'Autorità Nazionale Anti-Corruzione: soft law with hard effects", di Giorgio Martino, 21 agosto 2020 per "Amministrazione in cammino" – consultato al link https://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2020/08/MARTINO.pdf

Giova qui richiamare il parere consultivo n. 1767 del 2 agosto 2016 reso dal Consiglio di Stato ove i Giudici di Palazzo Spada hanno rilevato che «*In relazione al comportamento da osservare da parte delle stazioni appaltanti, questa Commissione speciale rileva che, se esse intendono discostarsi da quanto disposto dall'Autorità, devono adottare un atto che contenga una adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa*», tanto che l'amministrazione potrà non osservare le linee guida soltanto se «*la peculiarità della fattispecie concreta giustifica una deviazione dall'indirizzo fornito dall'ANAC ovvero se sempre la vicenda puntuale evidenzi eventuali illegittimità delle linee guida nella fase attuativa*», per poi affermare che «*Al di fuori di questa ipotesi, la violazione delle linee guida può essere considerata come* ***elemento sintomatico dell'eccesso di potere****, sulla falsariga dell'elaborazione giurisprudenziale che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari*».

Con specifico riferimento agli atti di regolazione emanati in ordine alla tematica oggetto del presente contributo, l'ANAC ha avuto modo di rilevare come le stazioni appaltanti non possono discostarsi dalle Linee Guida n. 1 e dal Bando-tipo n. 3 in maniera irragionevole e abnorme, e comunque – nel caso decidano di non adeguarsi – lo devono motivare adeguatamente adottando un apposito atto che indichi le ragioni sottese a tale deroga.

Sul punto l'ANAC ha, infatti, evidenziato che con riferimento all'art. 71 del d.lgs. n. 50/2016 «*emerge chiaramente il ruolo di fondamentale importanza che vengono ad assumere le linee guida e i bandi-tipo nel definire indirizzi ed istruzioni operative alle stazioni appaltanti, a tutela della concorrenza e dell'efficienza della pubblica amministrazione … Ne consegue che qualora le Stazioni appaltanti, in applicazione della loro discrezionalità valutativa, intendano derogare a singole disposizioni delle linee guida è necessario che le stesse, oltre a non potersene discostare in modo irragionevole e abnorme, motivino attraverso l'adozione di un apposito atto le ragioni di opportunità sottese a tale deroga. La motivazione, peraltro, a norma dell'art. 71 del codice dei contratti pubblici, dovrà essere maggiormente circostanziata qualora sia presente, come nel caso di specie, un bando-tipo che esplicita chiaramente i criteri di valutazione delle offerte…*» (cfr. atto del Presidente dell'ANAC approvato dal Consiglio nell'adunanza del 14 settembre 2022).

In deroga alle Linee Guida n. 1 e al Bando-tipo n. 3 è ammissibile la reintroduzione del limite temporale nella presentazione dei servizi affini purché adeguatamente motivato dalla SA

Con espresso riferimento alle Linee Guida n. 1 e al Bando-tipo n. 3 l'ANAC ha ancora chiarito che «*ferma restando la regola per cui la stazione appaltante deve valutare, come chiarito, i servizi ritenuti significativi della capacità del concorrente svolti lungo tutto l'arco della sua vita professionale,* ***eventuali deroghe, oltre a non essere irragionevoli, devono essere strettamente motivate, non ritenendosi sufficiente un generico riferimento all'importanza dell'opera***" (cfr. atto del Presidente dell'ANAC approvato dal Consiglio nell'adunanza del 17 gennaio 2023).

E ancora l'ANAC ha evidenziato che «*la Stazione appaltante per* ***discostarsi dalle indicazioni presenti nelle linee guida n. 1 e dal bando tipo n. 3, avrebbe dovuto motivare adeguatamente*** *in relazione ai presupposti di fatto e alle ragioni di pubblico interesse che l'hanno spinta a reintrodurre il limite temporale dei dieci anni nella presentazione dei servizi affini. Tale parametro, infatti, mira a valutare il livello di specifica professionalità del concorrente, richiedendo allo stesso di illustrare tre servizi affini a quelli oggetto dell'affidamento e dal medesimo ritenuti significativi della propria capacità, in modo che la stazione appaltante possa attribuire un maggior punteggio al concorrente che ha svolto servizi di ingegneria e architettura che, sul piano tecnologico, funzionale e di inserimento ambientale, rispondano meglio agli obiettivi che essa stessa intende perseguire. Ciò al fine di valutare nella gara in corso se il progettista abbia precedentemente maturato un'esperienza che gli consenta di svolgere al meglio l'incarico da affidare. Non avendo, invece, sufficientemente motivato in merito, tale clausola temporale non*

può che considerarsi in contrasto col principio del favor partecipationis e, dunque, limitativa della concorrenza» (cfr. atto del Presidente dell'ANAC approvato dal Consiglio nell'adunanza del 14 settembre 2022).

Ad avviso dell'ANAC, quindi, la stazione appaltante, ove intendesse discostarsi dalle Linee guida n. 1 e dal collegato Bando-tipo n. 3 deve fornire adeguata motivazione circa i **presupposti di fatto** e le **ragioni di pubblico interesse** che l'hanno determinata a reintrodurre il limite temporale nella presentazione dei servizi affini ai fini della valutazione dell'offerta tecnica: in mancanza di detta stringente motivazione la clausola derogatoria alle Linee guida n. 1 ed al Bando-tipo n. 3, secondo l'ANAC, è illegittima in quanto in contrasto con il *principio del favor partecipationis*.

4. Conclusioni

Come illustrato nei precedenti paragrafi, la modifica agli atti regolatori dell'ANAC sopra richiamati (con l'eliminazione del limite temporale per i servizi affini tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica nelle gare di progettazione) è derivata dall'esigenza – verificata nell'esperienza concreta – che la precedente previsione si era rivelata limitativa della partecipazione alle gare.

Nell'attuale momento storico si assiste ad un'impennata del numero di gare di progettazione (in particolare nel 2022, come da indagine OICE[2]), in gran parte anche per effetto degli impegni assunti dall'Italia nell'ambito delle misure connesse al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) caratterizzato da stringenti tempistiche.

In un momento di contrazione del mercato generale - il quale risente ancora degli effetti della pandemia da SARS COV-2 come successivamente aggravati dalle difficoltà dovute al conflitto russo-ucraino ancora in corso e delle pressioni inflazionistiche registratesi nell'ultimo anno - le eliminazioni delle limitazioni quali quelle oggetto del presente contributo non potranno che favorire l'ampia partecipazione alle gare pubbliche e costituire un volano per l'economia di un intero settore, ferma restando l'affidabilità e la professionalità dell'operatore da selezionare in ragione di stringenti requisiti di partecipazione richiesti.

2. https://www.oice.it/792591/pnrr-report-oice-nel-2022-3-5-di-servizi-professionali-per-45-mdl-di-lavori-lupoi-necessario-mantenere-gli-impegni-e-supportare-le-ppaa

PROGRAMMAZIONE 2023

IN FASE DI AGGIORNAMENTO

LE NOSTRE AREE

- Percorsi di Alta Formazione
- Appalti Pubblici - Il Nuovo Codice
- Appalti Pubblici
- Contabilità
- Innovazione e dematerializzazione
- Organizzazione e Personale
- Anticorruzione
- Project Management
- Società partecipate

- Corsi registrati
- Pillole di Formazione Gratuite

LE NOSTRE CERTIFICAZIONI
ISO 9001:2015 E ISO/IEC 27001:2013

Ci sono argomenti che vorresti approfondire? Segnalaceli!

COMPILA IL FORM

CONTATTACI:
SERVIZIO CLIENTI 0883.310504
info@mediaconsult.it

La riscrittura dell'accesso agli atti e del soccorso istruttorio nello schema del nuovo codice dei contratti

IL PUNTO

di Stefano Usai

Premesse

Con il nuovo schema di codice, attualmente sottoposto al parere delle commissioni parlamentari, due degli istituti di maggior rilievo ovvero l'accesso agli atti e il soccorso istruttorio hanno ricevuto una nuova "riscrittura" e "svecchiamento" con introduzione – soprattutto in tema di soccorso –, di importanti novità rispetto alle attuali disposizioni.

1. L'accesso agli atti nel nuovo codice

L'accesso agli atti trova una compiuta disciplina nell'articolo 35 dello schema di codice (articolo rubricato "Accesso agli atti e riservatezza") e con un successivo articolo 36 (rubricato "Norme procedimentali e processuali in tema di accesso") inedito in cui si precisano alcune importanti indicazioni procedimentali.

In relazione all'articolo 35 la prima novità è l'adeguamento dell'istituto dell'accesso ai sistemi "telematici" ovvero l'obbligo della stazione appaltante di assicurare l'accesso mettendo a disposizione i dati/atti dell'appalto sulle piattaforme utilizzate.

In questo senso, la prima parte del primo comma dell'articolo citato chiarisce che "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano in modalità digitale l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme (…)".

Profonda innovazione poi è la previsione/adeguamento in tema di accesso espressa nella parte finale del comma laddove si puntualizza che l'accesso non solo è consentito ai sensi della legge 241/90 (l'accesso si potrebbe dire tradizionale) ma anche nella forma dell'accesso civico generalizzato ai sensi e con i limiti (pochi) di cui agli articoli 5 e 5-bis del decreto legislativo 33/2013 e succ. modifiche.

Si tratta, quindi, della definitiva soluzione del problema circa l'applicabilità o meno dell'accesso civico generalizzato agli appalti (risolto definitivamente in Adunanza Plenaria con la sentenza n. 10/2020). L'accesso civico generalizzato sostanzia il diritto di ogni cittadino ad avere gli atti formati o anche solo detenuti dalla Pubblica Amministrazione.

Si tratta di fattispecie finalizzata ad un controllo sociale sull'attività e sulla spendita delle risorse da parte della P.A., non è soggetto ad alcun formalismo né richiede motivazione specifica ed incontra i soli limiti declinati dall'articolo 5-bis del decreto legislativo 33/2013.

Il secondo comma contiene, rispetto all'attuale disciplina, maggiori dettagli specificando anche i tempi in cui (si legge nella relazione tecnica) "si può ottenere la documentazione di gara di interesse, quale ad esempio le domande di partecipazione e gli atti, dati e informazioni relativi ai requisiti di partecipazione e ai verbali relativi alla fase di ammissione dei candidati e offerenti, i verbali relativi alla valutazione delle offerte e agli atti, dati e informazioni a questa presupposti, e infine i verbali riferiti alla fase di verifica dell'anomalia dell'offerta. Tutti questi documenti non si potranno conoscere fino all'aggiudicazione".
Da ricordare che il nuovo codice prevede un'unica aggiudicazione e, segnatamente, la sola aggiudicazione efficace. Ciò contribuisce a far comprendere la durata del c.d. momento di "*congelamento*" entro i quali non è possibile avere la conoscenza degli atti citati nel comma.

Più nel dettaglio, il comma in parola prevede che "Fatta salva la disciplina prevista dal codice per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, l'esercizio del diritto di accesso è differito:

a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;

b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti o degli enti concedenti, dei nominativi dei candidati da invitare;

c) in relazione alle domande di partecipazione e agli atti, dati e informazioni relativi ai requisiti di partecipazione di cui agli articoli 94, 95 e 98 e ai verbali relativi alla fase di ammissione dei candidati e offerenti, fino all'aggiudicazione;

d) in relazione alle offerte e ai verbali relativi alla valutazione delle stesse e agli atti, dati e informazioni a questa presupposti, fino all'aggiudicazione;

e) in relazione alla verifica della anomalia dell'offerta e ai verbali riferiti alla detta fase, fino all'aggiudicazione".

Rimane fermo, come ora, che fino alla conclusione delle fasi o alla scadenza dei termini di cui al comma 2 gli atti, i dati e le informazioni non possono essere resi accessibili o conoscibili pena la violazione dell'articolo 326 del codice penale.

Il comma 4 ribadisce quali atti sono comunque soggetti ad un regime particolare risultando esclusi dall'accesso. L'unica novità, probabilmente (in realtà si tratta di un adeguamento rispetto alla norma attuale) è la previsione (lett. b) del comma punto 3) che esclude l'accesso proposto rispetto "alle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, ove coperte da diritti di privativa intellettuale".
Il comma 5, ricorda al RUP – quale soggetto che deve presidiare questo sub-procedimento -, che l'accesso si deve comunque consentire oltre che nel caso dell'offerta e delle giustificazioni fornite dall'appaltatore anche se contenenti segreti commerciali/ industriali anche in relazione alla ipotesi appena richiamata (lett. b), punto 3).

L'accesso agli atti trova una compiuta disciplina nell'articolo 35 dello schema di codice (articolo rubricato "Accesso agli atti e riservatezza") e con un successivo articolo 36 (rubricato "Norme procedimentali e processuali in tema di accesso") inedito in cui si precisano alcune importanti indicazioni procedimentali.

Si tratta dei casi come oramai si afferma per consolidata giurisprudenza (anche comunitaria) il diritto di difesa (che costituisce una prerogativa costituzionale) supera la prerogativa della tutela di riservatezza e/o, nel caso dell'appalto, dei segreti commerciali/industriali.

Il comma 4 ribadisce quali atti sono comunque soggetti ad un regime particolare risultando esclusi dall'accesso.

Nel caso di specie, l'istante che richiede l'accesso chiarisce che lo stesso è necessario per risolvere la questione se ricorrere o meno al giudice competente (impugnando gli atti di gara) visto che la stazione appaltante non può pretendere un ricorso "al buio".

2. Le norme procedimentali

Le novità, indubbiamente, di maggio rilievo si trovano nell'articolo 36 che sostanzia le norme procedurali indicando anche in che modo la stazione appaltante deve strutturare la propria azione amministrativa rispetto alla richiesta di ostensione di atti.

In questo senso, il primo ed il secondo comma dell'articolo prevedono che "L'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione **sono resi disponibili, attraverso la piattaforma digitale di cui all'articolo 25 utilizzata dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90**".

Il primo ed il secondo comma dell'articolo 36 prevedono che "L'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione sono resi disponibili, attraverso la piattaforma digitale di cui all'articolo 25 utilizzata dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90".

Inoltre, "Agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, gli atti di cui al comma 1, nonché le offerte dagli stessi presentate".

La novità è evidente visto che è la stazione appaltante ad anticipare la visibilità (ai candidati/offerenti ad esclusione degli operatori esclusi) di tutta una serie di atti relativi all'aggiudicatario. Il secondo comma, limitato ai soli primi 5 graduati, potranno avere conoscenza reciproca delle proprie offerte (oltre che degli atti di gara relativi all'aggiudicatario.

In questo modo, come si legge nella relazione tecnica, la stazione appaltante ha già "risolto" preventivamente la questione di accessi agli atti (della correlata fase amministrativa).

Altre fondamentali novità sono contenute nei successivi commi 3 e 4. Nel comma 3 si introduce una importante semplificazione ovvero l'obbligo della stazione appaltante di chiarire, fin dalla comunicazione dell'aggiudicazione, le parti dell'offerta che l'appaltatore/aggiudicatario ha ritenuto doversi oscurare (per la presenza di segreti industriali/commerciali).

Questa scelta, si spiega nella relazione tecnica, è avvenuta in considerazione del fatto che "La stazione appaltante già nella fase procedimentale della valutazione delle offerte ha, infatti, modo di considerare la sussistenza e la rilevanza delle ragioni di segretezza dichiarate dai partecipanti per la presenza di segreti tecnici o commerciali; proprio per ottimizzare i tempi, quindi, **già in quella fase si valuterà se l'offerta, nel caso in cui dovesse risultare selezionata, potrà essere ostesa a tutti i partecipanti, nella sua interezza oppure andranno mantenute coperte, perché ritenute segrete, le parti indicate**.

In caso di messa a disposizione sulla piattaforma dell'offerta selezionata, con indicazione delle parti oscurate, il procedimento di accesso nella sua fase amministrativa si intende concluso per cui coloro che hanno interesse a conoscere le parti riservate dovranno adire direttamente il giudice amministrativo".

Il comma 4, altra importante novità prevede tempi più ristretti per proporre ricorso avverso le parti considerate segrete anche dalla stessa amministrativa all'esito della fase amministrativa. Il ricorso proposto secondo il rito dell'accesso di cui all'art. 116 c.p.a. deve essere notificato entro 10 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione ai sensi dell'articolo 90".

Le altre novità sostanziali sono quelle precisate nei commi 5 e 6. Per la prima volta, in pratica, gli estensori hanno preso in considerazione degli strumenti deterrenti di certi comportamenti che possono indurre gli operatori – innanzi a istanza di ostensione dei propri atti -, a dichiarare la presenza di segreti commerciali/industriali magari solo fittizi.

In queste situazioni, se la stazione appaltante ritiene che in realtà tali dichiarazioni non siano corrette, o meglio (come si legge nella relazione tecnica) "ritenga insussistenti le ragioni di segretezza indicate dall'offerente ai sensi dell'articolo 35, comma 4, lettera a), l'ostensione delle parti dell'offerta di cui è stato richiesto l'oscuramento **non è consentita prima del decorso del termine di impugnazione delle decisioni di cui al comma 4" ma solo successivamente** fermo restando (comma 6) il fatto che la stessa stazione appaltante o l'ente concedente può inoltrare segnalazione all'ANAC la quale può irrogare una sanzione pecuniaria nella misura stabilita dall'articolo 222, comma 9, ridotta alla metà nel caso di pagamento entro 30 giorni dalla contestazione, qualora vi siano reiterati rigetti di istanze di oscuramento.

3. Il soccorso istruttorio

Nella riscrittura della fattispecie del soccorso, il primo aspetto che non può essere taciuto è che nel nuovo codice alla fattispecie viene dedicata una intera norma (art. 101) e non un solo comma nell'attuale testo (art. 83, comma 9).

Il primo comma contiene un importante adeguamento/semplificazione alla "novità" del c.d. fascicolo virtuale dell'operatore economico. La disposizione specifiche che l'attivazione del soccorso istruttorio (e quindi il sollecito all'operatore economico) avviene "Salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a 10 giorni".

Altra importante novità è quella sui termini temporali del soccorso. Per la prima volta il legislatore fissa un termine minimo (5 giorni) che deve essere rispettato. La fissazione del termine minimo rappresenta una assoluta novità visto che l'attuale disposizione disciplina solo il termine finale.

Altra importante novità è quella sui termini temporali del soccorso. Per la prima volta il legislatore fissa un termine minimo (5 giorni) che deve essere rispettato. La fissazione del termine minimo rappresenta una assoluta novità visto che l'attuale disposizione disciplina solo il termine finale.

Nelle lettere a) e b) sono specificate le ipotesi in cui può essere attivato il soccorso istruttorio.
Con la lettera a), si ribadisce quanto già noto/previsto con l'esclusione della possibilità di integrare le offerte tecnico/economiche ed ammettendo il soccorso solo per la produzione di documentazione "amministrativa".
In aggiunta si chiariscono casi in cui il soccorso è ammesso a conferma degli orientamenti giurisprudenziali (anche se in certi casi non sono mancate soluzioni diverse).
Più nel dettaglio la norma chiarisce che "**la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte**".

Viene meno la distinzione tra irregolarità essenziali e non essenziali (foriera, si precisa nella relazione tecnica, di confusione tra stazione appaltante ed operatori economici).

Nella relazione, testualmente si legge che viene meno la distinzione "tra irregolarità essenziali e non essenziali. In adesione alle indicazioni della Corte di Giustizia si specifica che il soccorso istruttorio non può riguardare profili dell'offerta. Quale unico limite al soccorso istruttorio è stato indicato l'assoluta incertezza sull'identità dell'operatore economico che ha presentato l'offerta".

Ciò è quanto si legge nella lettera b) in cui si precisa che con il soccorso è possibile "sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica. Non sono sanabili le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente".

La mancata collaborazione dell'operatore economico, sollecitato con il soccorso (finanche specificativo) determina la sua esclusione dalla procedura.

4. La richiesta di semplici chiarimenti (soccorso specificativo)

La disposizione disciplina anche il c.d. soccorso istruttorio "specificativo" ovvero il soccorso avviato dalla stazione appaltante per avere non delle integrazioni ma dei chiarimenti su parti, evidentemente, non chiare degli atti prodotti e finanche delle offerte.

Nel comma terzo, si legge che "La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato.

L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a 10 giorni. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica".

Nella relazione tecnica che accompagna il testo del codice si precisa che la norma recepisce le "indicazioni provenienti dalla giurisprudenza euro-unitaria – si prevede che la stazione appaltante possa sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta, a condizione che i chiarimenti non portino a modificare il contenuto dell'offerta tecnica ed economica".

5. La possibilità, dell'operatore, di apportare correzioni alle offerte

Una delle novità di maggior rilievo è sicuramente quella fissata nel comma di chiusura dell'articolo (comma 4) in cui si prevede la possibilità, per l'operatore economico, di apportare correzioni alle offerte già presentate post scadenza della domanda di partecipazione e prima dell'"apertura" delle stesse.

Nel comma si puntualizza che "Fino al giorno fissato per la loro apertura, l'operatore economico, con le stesse modalità di presentazione della domanda di partecipazione, può richiedere la rettifica di un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine per la loro presentazione a condizione che la rettifica non comporti la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale, e che resti comunque assicurato l'anonimato".

Una rettifica, pertanto, richiesta autonomamente dall'operatore interessato sulle offerte tecnico/economi tecnica che accompagna lo schema di codice si legge che la norma introduce "una rilevante novità: per la prima volta si prevede la possibilità per l'operatore economico di emendare un proprio errore materiale in cui sia incorso nella elaborazione dell'offerta (ad es. una incongruenza tra importi unitari e importo complessivo dell'offerta economica) prima che la stessa sia esaminata e, in particolare, fino al giorno fissato per l'apertura delle buste contenenti l'offerta. La richiesta di rettifica deve essere avanzata con le stesse modalità previste per la presentazione della domanda e può avvenire – questa è l'altro elemento di novità – anche oltre il termine per la presentazione dell'offerta".

Secondo gli estensori, "Tendenzialmente la possibilità dell'operatore economico di emendare

l'errore materiale costituisce una previsione omologa e corrispondente alle ipotesi in cui è ammissibile la sanatoria di cui al comma 1, lett. b). Una simile possibilità concessa all'operatore economico non sembra creare particolari problemi di trasparenza, né impone particolari oneri all'amministrazione appaltante di rendere edotti gli altri concorrenti, dal momento che questi ultimi potranno esercitare le loro facoltà di accesso alle offerte e agli altri atti di gara. Resta fermo che la rettifica va chiesta in busta chiusa, con indicazione riportata sulla stessa che si tratta di rettifica, e va aperta insieme all'offerta".

Una delle novità di maggior rilievo è sicuramente quella fissata nel comma di chiusura dell'articolo 101 (comma 4) in cui si prevede la possibilità, per l'operatore economico, di apportare correzioni alle offerte già presentate post scadenza della domanda di partecipazione e prima dell'"apertura" delle stesse.

La rinegoziazione dell'offerta prima della stipula del contratto.

IL PUNTO

di Riccardo Gai

1. Rinegoziazione del contratto e revisione prezzi

L'attuale congiuntura economica, aggravata dalla pandemia e dal caro energetico, ha fatto tornare di attualità un tema comunque sempre dibattuto nell'ambito dell'esecuzione delle pubbliche commesse, ovvero quello della rinegoziazione del contratto e della revisione prezzi. Si pone infatti il problema delle circostanze sopravvenute, intese come eventi imprevedibili ed eccezionali capaci di incidere sul rapporto contrattuale, alterandone in modo significativo l'equilibrio.

Lo strumento normativo principale studiato per riallineare tale squilibrio è l'istituto della revisione dei prezzi, cioè un meccanismo che consente la revisione del corrispettivo per le prestazioni oggetto del contratto, conseguente alla dinamica dei prezzi registrata in un dato arco temporale, con la particolare finalità di preservare l'interesse pubblico a che le prestazioni rese in favore delle pubbliche amministrazioni non siano esposte al rischio di una diminuzione qualitativa; al contempo, è posta a tutela dell'interesse dell'impresa a non subire l'alterazione dell'equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi sopraggiunte durante l'arco del rapporto.

Nella previgente disciplina, la materia era regolata dall'art. 115 del "vecchio" codice dei contratti (d.lgs. 163/2006), il quale prevedeva che "*tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture devono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'articolo 7, comma 4, lettera c) e comma 5*". Come si vede, la clausola di adeguamento dei prezzi costituiva un obbligo per le stazioni appaltanti le quali dovevano, in tali casi, procedere agli adempimenti istruttori normativamente previsti.

Con l'introduzione del nuovo codice degli appalti, invece, la revisione dei prezzi è divenuta facoltativa; opera, quindi, solo se prevista nei documenti di gara. L'attuale disciplina è oggi contenuta nell'art. 106 del Codice, in cui sono stati individuati i casi - eccezionali e tassativi - in cui i contratti di appalto possono essere modificati senza fare ricorso ad una nuova procedura di gara.

Il primo è quello delle varianti previste nelle clausole contenute nei documenti iniziali di gara. Tali clausole, che possono prevedere anche la revisione dei prezzi, devono essere "*chiare, precise e inequivocabili*", al fine di definire con esattezza la portata e la natura di eventuali modifiche, nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard. Esse incontrano tuttavia un limite di ordine generale, cioè non posso prevedere modifiche negoziali che abbiano l'effetto di alterare la natura generale del contratto (articolo 106, comma 1, lett. a).

La revisione prezzi serve a preservare l'interesse pubblico a che le prestazioni rese in favore delle pubbliche amministrazioni non siano esposte al rischio di una diminuzione qualitativa, e allo stesso tempo si pone a tutela dell'interesse dell'impresa a non subire l'alterazione dell'equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi sopravvenute in corso di rapporto.

Il secondo caso è quello delle varianti per lavori, servizi o forniture supplementari che non erano incluse nell'appalto iniziale. In questo caso, è consentito affidare la loro esecuzione al contraente originario, quando il mutamento del medesimo non risulti possibile per motivi economici o tecnici oppure comporti per l'Amministrazione "*notevoli disguidi*" o "*una consistente duplicazione dei costi*" (articolo 106, comma 1, lettera b).

Il terzo caso riguarda le varianti in corso d'opera, in cui la necessità di modifica del contratto nasce da "*circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore*". Tali modifiche non possono alterare la natura generale del contratto e sono consentite soltanto se contenute entro determinati limiti di natura economica (articolo 106, comma 1, lettera c).
Il quarto caso è quello delle varianti cosiddette non sostanziali (articolo 106, comma 1, lettera e), la cui definizione si ricava per esclusione rispetto alla definizione di varianti sostanziali contenuta nel successivo comma 4.

Infatti, ci si trova davanti alle varianti sostanziali quando: a) la modifica introduca condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati, l'accettazione di una offerta differente oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di gara; b) la modifica alteri l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale; o ancora, c) la modifica estenda notevolmente l'ambito di applicazione del contratto.

Il quinto caso, infine, individua soglie di carattere quantitativo al di sotto delle quali le varianti sono comunque consentite senza una nuova procedura di gara. Il loro valore deve essere inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria e - in ogni caso - al 10% del valore iniziale del contratto per gli appalti di servizi e di forniture ovvero del 15% per quelli di lavori (articolo 106, comma 2).

La modifica sotto il profilo soggettivo, invece, è consentita solo nel caso in cui un contraente sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze:

1) una clausola di revisione inequivocabile in conformità alle disposizioni di cui alla lettera a); 2) all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del codice; 3) nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori.

2. La revisione prezzi nella legislazione emergenziale e nella giurisprudenza

Il tema della rinegoziazione contrattuale è stato ampiamente revisionato dai recenti interventi normativi, finalizzati a incentivare gli investimenti

pubblici e fronteggiare le ricadute economiche negative conseguenti alle misure di contenimento adottate a seguito dell'emergenza pandemica.

In particolare, l'articolo 29, comma 1, lettera a), del DL 4/2022, (convertito, con modificazioni, dalla legge 28 marzo 2022, n. 25), ha introdotto una deroga temporanea alla disciplina prevista dal codice dei contratti, re-introducendo l'obbligo - per le gare indette dopo la sua entrata in vigore e fino al 31 dicembre 2023 - di inserire le clausole di revisione dei prezzi nei documenti di gara iniziali.

Tale disposizione se - da un lato - introduce nuovamente l'obbligatorietà, nei documenti di gara, delle clausole di revisione dei prezzi, dall'altro, conferma che, per le fattispecie non rientranti nel proprio ambito di applicazione temporale, gli operatori economici non possono aspirare ad una modificazione dei prezzi originariamente pattuiti con la stazione appaltante, qualora tale possibilità non fosse già prevista negli atti di gara.

Tale opzione è supportata dagli orientamenti giurisprudenziali in soggetta materia, i quali hanno affermato che "*da nessuna disposizione della direttiva* (2004/17/UE) *emerge che quest'ultima debba essere interpretata nel senso che essa osta a norme di diritto nazionale [...] che non prevedono la revisione periodica dei prezzi dopo l'aggiudicazione di appalti rientranti nei settori considerati dalla medesima direttiva, dal momento che quest'ultima non impone agli Stati membri alcun obbligo specifico di prevedere disposizioni che impongano all'ente aggiudicatore di concedere alla propria controparte contrattuale una revisione al rialzo del prezzo dopo l'aggiudicazione di un appalto*" (Cds, sez. IV, 4 aprile 2022, n. 2446).

Secondo la prevalente giurisprudenza amministrativa, infatti, la disciplina della revisione dei prezzi si esaurisce nelle disposizioni previste dall'articolo 106, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016, con l'ulteriore precisazione che - in assenza delle condizioni previste dalla lettera a) - gli operatori economici non possono richiamare a fondamento dell'istanza la diversa disciplina prevista dalla successiva lettera c).

Difatti, la disposizione da ultimo citata disciplina i casi in cui, nel corso di svolgimento del rapporto contrattuale, si renda necessario, per circostanze impreviste e imprevedibili, modificare "*l'oggetto del contratto*" attraverso "*varianti in corso d'opera*", ossia "*modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale*" (cfr. Cds, sez. V, 15 novembre 2021, n. 7602); sicché, essa non può trovare applicazione nei diversi casi in cui "*la domanda formulata* […] *all'amministrazione* […] *concern*[a] *unicamente l'adeguamento del prezzo dell'appalto ad asseriti aumenti dei costi del servizio*" (cfr. TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 10 marzo 2022, n. 239).

Peraltro, "*tale norma prevede la possibilità di modificare il contratto per* circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice*,* ossia per situazioni che determinino per l'Amministrazione la necessità di modifica considerata dalla legge, e non, invece, per circostanze impreviste e imprevedibili per l'appaltatore (cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 26 gennaio 2022, n. 178).

L'articolo 29, comma 1, lettera a), del DL 4/2022, (convertito, con modificazioni, dalla legge 28 marzo 2022, n. 25), ha introdotto una deroga temporanea alla disciplina prevista dal codice dei contratti, re-introducendo l'obbligo - per le gare indette dopo la sua entrata in vigore e fino al 31 dicembre 2023 - di inserire le clausole di revisione dei prezzi nei documenti di gara iniziali.

Tali conclusioni sono in linea con quanto affermato anche dall'ANAC nella delibera n. 227 dell'11 maggio 2022, con cui la predetta Autorità ha raccomandato di valutare l'opportunità di integrare i contratti in corso di validità con clausole *ad hoc* per la disciplina di situazioni di forza maggiore, ma per fare ciò è pur sempre necessario che la fattispecie rientri nell'ambito di applicazione oggettiva della disposizione appena citata (art. 106, comma 1, lett. c), la quale fa espressamente riferimento a circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice tra le quali possono rientrare

anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti.

D'altro canto, nel caso in cui non vengano in rilevo modifiche della prestazione contrattuale per garantire l'osservanza di misure disposte d'autorità, ma semplicemente istanze di revisione dei prezzi formulate dagli appaltatori privati, al fine di ristabilire l'equilibrio contrattuale alterato da situazioni congiunturali, si è in presenza di un'ipotesi che esula dall'ambito di applicazione dell'articolo 106, comma 1, lettera c), del codice dei contratti per rientrare nella diversa fattispecie disciplinata dalla precedente lettera a).

Se la disciplina della gara non prevede la revisione prezzi, si può ricorrere all'art. 1664, comma 1 del Codice civile, giacché la sua applicazione non è espressamente esclusa dall'art. 106, comma 1, lett. a) come accadeva nella previgente disciplina prevista dall'art. 133, comma 2, del d.lgs. 163/2006 nonché dall'art. 26, comma 3, della L. 109/1994.

Pertanto, in assenza di previsioni "*chiare, precise e inequivocabili*" nei documenti iniziali di gara, il codice dei contratti pubblici non consente l'accoglimento di istanze di revisione dei prezzi.

3. L'applicabilità agli appalti pubblici delle norme civilistiche sulla rinegoziazione

Altra considerazione degna di nota è che, nell'ipotesi in cui la disciplina della gara non preveda la revisione prezzi, si può ricorrere all'art. 1664, comma 1 del Codice civile, giacché la sua applicazione non è espressamente esclusa dall'art. 106, comma 1, lett. a) come accadeva nella previgente disciplina prevista dall'art. 133, comma 2, del d.lgs. 163/2006 nonché dall'art. 26, comma 3, della L. 109/1994.

Tale disposizione normativa, in via generale, consente di ottenere la revisione dei prezzi qualora, "*per effetto di circostanze imprevedibili*" si siano verificati aumenti o diminuzioni del costo dei materiali o della mano d'opera, che hanno determinato un aumento o una diminuzione superiore al decimo del prezzo complessivo convenuto.
La revisione può essere richiesta limitatamente alla differenza che eccede il decimo.
A fronte di un eventuale diniego alla revisione del prezzo, gli appaltatori hanno ancora la possibilità di esperire il rimedio della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, disciplinato dagli articoli 1467 e seguenti del Codice Civile nei contratti ad esecuzione continuata, periodica o differita, tale istituto giuridico consente alla parte, la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, di sciogliersi dal vincolo contrattuale.

Tuttavia, la risoluzione del contratto non può essere richiesta se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto (art. 1467, comma 2) o se la parte contro la quale è domandata offre di modificare equamente le condizioni contrattuali (art. 1467, comma 3), o in ultimo se il contratto stipulato è aleatorio per sua natura o per volontà delle parti (art. 1469).

Con riguardo a quest'ultima ipotesi, l'articolo 1469 cod. civ. pone sullo stesso piano, ai fini dell'esclusione dei rimedi civilistici contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta, i contratti aleatori per loro natura e quelli aleatori per volontà delle parti, per cui nei primi l'alea è elemento connaturale al tipo di contratto, mentre nei secondi diviene elemento essenziale della fattispecie per volontà delle parti mediante l'inserimento in uno schema contrattuale di per sé non aleatorio di una clausola che introduce un rischio estraneo al tipo, rendendo - per tale motivo - il contratto aleatorio. Infatti, "*nell'esplicazione della loro autonomia privata, ben possono le parti di un contratto convenire l'unilaterale o reciproca assunzione di un prefigurato possibile rischio futuro, estraneo al tipo contrattuale prescelto, a tale stregua modificandolo e rendendolo per tale aspetto aleatorio, con l'effetto di escludere, nel caso che tale rischio si verifichi, l'applicabilità dei meccanismi di riequilibrio previsti nell'ordinaria disciplina del contratto*" (cfr., *ex plurimis*, Cass. n. 16568 del 2002).

In tema di contratti d'appalto, peraltro, potrebbe dirsi che se le parti escludessero il meccanismo della revisione del prezzo previsto dalla legge, l'appalto diverrebbe automaticamente un contratto aleatorio; ma, come è stato sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, una clausola siffatta non muta la natura del contratto, perché comporta solo un ampliamento del margine di rischio previsto dal legislatore, e tale rischio sarà pur sempre pari a quello rinvenibile in ogni contratto che non sia ad esecuzione istantanea. Il corollario di questa tesi è che, qualora il margine tra le due prestazioni diventi notevole, sarà sempre esperibile la generale azione di risoluzione per eccessiva onerosità.

È bene ricordare, a quest'ultimo proposito, come affermato anche da costante orientamento dell'Altissimo Consesso della Giustizia Amministrativa che, la disposizione di cui all'art. 1467 c.c. limitata ai contratti a esecuzione continuata o periodica o a esecuzione differita, non assegna al contraente il diritto potestativo di determinare la risoluzione del contratto mediante atto unilaterale (il recesso), ma subordina un effetto di tal fatta a una pronuncia dell'autorità giudiziaria di natura costitutiva.

Il TAR Piemonte (Sez. II - sentenza 20 febbraio 2023 n. 180), ha stabilito l'illegittimità del provvedimento con il quale la stazione appaltante ha stabilito di dichiarare la decadenza di un concorrente dall'aggiudicazione di una gara di appalto di lavori, motivato con esclusivo riferimento al fatto che l'aggiudicatario, in ragione del lasso di tempo intercorso tra aggiudicazione e stipula del contratto di appalto, ha manifestato l'esigenza di rinegoziare l'offerta presentata in gara e di non voler confermare la stessa, a seguito dell'intervenuto aumento, medio tempore, dei costi dei materiali per le lavorazioni.

4. La rinegoziazione dell'offerta prima della stipula: orientamenti giurisprudenziali

Nella casistica giurisprudenziale più recente, è stato indagato il peculiare caso della rinegoziazione dell'offerta che avviene tra l'aggiudicazione dell'appalto e (prima) della stipula del contratto, al fine di comprendere l'applicabilità dei meccanismi revisionali contrattuali sopra descritti anche ad una fase intermedia che precede – appunto - la sottoscrizione del contratto, anche in relazione all'impatto che tale operazione di rinegoziazione potrebbe avere sull'avvenuta aggiudicazione dell'appalto.

Secondo un assai recente orientamento del TAR Piemonte (Sez. II - sentenza 20 febbraio 2023 n. 180), deve ritenersi illegittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha stabilito di dichiarare la decadenza di un concorrente dall'aggiudicazione di una gara di appalto di lavori, che sia motivato con esclusivo riferimento al fatto che l'aggiudicatario, anche in ragione del lasso di tempo intercorso tra aggiudicazione e stipula del contratto di appalto, ha manifestato l'esigenza di rinegoziare l'offerta presentata in gara e di non voler confermare la stessa, a seguito dell'intervenuto aumento, *medio tempore*, dei costi dei materiali per le lavorazioni.

In proposito, peraltro, occorre dare atto del fatto che sul punto non vi sia unità di vedute, anche in giurisprudenza. Secondo un primo e più tradizionale orientamento, infatti, non può trovare accoglimento la domanda di modifica delle pattuizioni prima di procedere alla stipulazione del contratto. Secondo tale indirizzo il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario apportino alle disposizioni dell'appalto modifiche che lo rendano sostanzialmente diverso rispetto alla sua configurazione iniziale (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 31 ottobre 2022, n 9426).

A tale orientamento si contrappone nettamente quello condiviso dal TAR Piemonte nella sentenza in rassegna, che parte dalla constatazione per cui la legislazione in materia di appalti pubblici è sì ispirata al rispetto del principio di tutela della

concorrenza e parità di trattamento, ma è anche informata ai criteri di efficacia ed economicità che, in presenza di particolari circostanze, possono condurre alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali sia in corso d'esecuzione che prima della stipula del contratto (Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2022, n. 2709); inoltre, l'immodificabilità del contratto non ha carattere assoluto e le variazioni contrattuali non violano sempre e comunque i principi fondamentali in materia di evidenza pubblica (Cons. Stato, Sez. V, 11 aprile 2022, n. 2709; Corte di Giustizia UE, sez. VIII, sentenza del 7 settembre 2016, in C. 549-14).

Lo stesso TAR Piemonte ha già avuto modo di statuire che sussiste un legittimo margine di valutazione in capo all'amministrazione tra l'alternativa di rifare appello al mercato (con le diseconomie e i rischi che ne derivano) ovvero tentare (nei limiti consentiti dall'art. 106) di ricondurre il contratto ad utilità, per cui "*la scelta dell'amministrazione di individuare i termini della necessaria rinegoziazione ancor prima di procedere alla stipulazione del contratto si configura in fondo come prudente, poiché, posto che la rinegoziazione implica ovviamente l'accordo della controparte, ove tale accordo non fosse stato raggiunto, si sarebbe rafforzata in capo all'amministrazione una possibilità di revoca fondata sulle sopravvenienze organizzative e su un ragionevole rispetto delle aspettative dell'aggiudicatario*" (TAR Piemonte, Sez. I, 28 giugno 2021, n. 667).

In altre occasioni è stata affermata la legittimità della rinegoziazione delle offerte nella fase precedente la stipula del contratto, attraverso il richiamo alla correttezza del ricorso all'analogia, essendovene tutti presupposti di cui all'art. 12 delle disp. prel. al Codice Civile, quali la lacuna dell'ordinamento, in quanto non vi è una disciplina specifica delle sopravvenienze applicabile alla fase tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto; inoltre, la corretta applicazione del principio di economicità, dunque di buon andamento, dell'amministrazione (richiamato dall'art. 30, comma 1, del codice dei contratti), scongiura una riedizione della procedura, che diversamente s'imporrebbe in tutti i casi di modifica, ancorché non "essenziale", delle condizioni (v. TAR Sardegna, 16 novembre 2022, n. 770). Ciò conduce a sostenere altresì che una richiesta di rinegoziazione deve essere presa in considerazione, al ricorrere di particolari circostanze di fatto che ne evidenzino la ragionevolezza e la plausibilità, risultando irragionevole accettare l'azzeramento degli esiti di una procedura di affidamento in assenza di specifiche e sostanziali illegittimità che la affliggano.

Anche in tema di appalto di servizi, il TAR Piemonte ha ritenuto legittimo, e non in contrasto con i principi pro-concorrenziali e della *par condicio,* il provvedimento con il quale la stazione appaltante (nella specie, si trattava di una Azienda Sanitaria), a seguito del regolare esperimento di una gara per l'affidamento di un appalto di forniture e della relativa aggiudicazione, prima della stipula del contratto di appalto, in ragione della sopravvenienza fattuale, consistente nella successiva difforme ripartizione degli esami diagnostici tra le proprie sedi, in forza di quanto previsto dalla *lex specialis*, ha rinegoziato le condizioni della medesima fornitura, ove sia comprovato che tale rinegoziazione della commessa non abbia comportato una modifica sostanziale della stessa, essendo rimasti invariati sia l'attività oggetto dell'affidamento, sia l'importo aggiudicato in sede di gara. Deve quindi escludersi una modifica comportante un sostanziale mutamento delle condizioni dell'appalto, in quanto non risultano soddisfatte le condizioni richiamate all'art. 106, comma 4, D.lgs. 50/2016 e ciò sul rilievo che la variazione: a) non introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura di appalto inziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione; b) non cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto dal contratto iniziale; c) non estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto; d) non comporta una sostituzione dell'aggiudicatario dell'appalto con un nuovo contraente (v. TAR PIEMONTE, SEZ. I - sentenza 20 luglio 2022 n. 681)

5. Conclusioni e prospettive

Come abbiamo visto, l'istituto della revisione prezzi ha la finalità, da una parte, di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni a favore delle amministrazioni non siano esposte, nel tempo, al rischio di una diminuzione qualitativa

a causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta e della conseguente incapacità del contraente di farvi compiutamente fronte, nonché, dall'altra, di tutelare l'interesse dell'operatore economico a non subìre un'alterazione dell'equilibrio contrattuale conseguente all'aumento imprevedibile dei costi tali da indurlo, durante la durata contrattuale, ad una possibile riduzione degli *standards* qualitativi delle prestazioni erogate.

E' interessante, in proposito, rilevare, che il testo del nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato in esame preliminare dal Consiglio dei ministri il 16/12/2022, introduce nuovamente l'obbligo di inserimento di clausole di revisione dei prezzi in tutti i documenti di gara, obbligo che – come detto – nell'attuale disciplina non è presente.

Il testo del nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato in esame preliminare dal Consiglio dei ministri il 16/12/2022, introduce nuovamente l'obbligo di inserimento di clausole di revisione dei prezzi in tutti i documenti di gara, obbligo che – come detto – nell'attuale disciplina non è presente

In particolare, all'art. 60 si prevede che "1. *Nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione prezzi. 2. Queste clausole non apportano modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro; si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta, che determinano una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al XX per cento dell'importo complessivo e operano nella misura del XXX per cento della variazione stessa. 3. Per l'applicazione del presente articolo si utilizzano indici sintetici delle variazioni dei prezzi relativi ai contratti di lavori, servizi e forniture, approvati dall'ISTAT con proprio provvedimento entro [il 31 marzo e] il 30 settembre di ciascun anno, d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Con il medesimo provvedimento si definisce e si aggiorna la metodologia di rilevazione e si indica l'ambito temporale di rilevazione delle variazioni".*

Si prevede inoltre che, per far fronte ai maggiori oneri derivanti dalla revisione prezzi di cui al presente articolo le stazioni appaltanti utilizzano: a) nel limite del 50 per cento, le risorse appositamente accantonate per imprevisti nel quadro economico di ogni intervento, fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti, e le eventuali ulteriori somme a disposizione della medesima stazione appaltante e stanziate annualmente relativamente allo stesso intervento; b) le somme derivanti da ribassi d'asta, se non ne è prevista una diversa destinazione dalle norme vigenti; c) le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza della medesima stazione appaltante e per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi o emessi i certificati di regolare esecuzione, nel rispetto delle procedure contabili della spesa e nei limiti della residua spesa autorizzata disponibile. Per gli interventi finanziati attraverso le risorse previste dal PNRR le stazioni appaltanti possono anche avvalersi del Fondo per la prosecuzione delle opere pubbliche di cui all'articolo 7, comma 1, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120.

E' evidente, quanto condivisibile, pertanto, l'intento del legislatore, in ossequio ai principi di efficienza e di economicità dell'azione amministrativa, oltre che di non aggravio, di consentire sempre la possibilità di rinegoziare il contenuto del contratto – senza alterarne la natura – mostrando un approccio decisamente conservativo rispetto alla necessità di preservare le procedure svolte e i contratti già stipulati, anziché dare luogo a nuove procedure di affidamento, comportanti costi aggiuntivi per l'erario.

Nuovo codice: una spinta decisiva per il finanziamento privato delle opere pubbliche?

di Stefano de Marinis

IL PUNTO

Premessa

Prosegue l'iter di approvazione del nuovo codice dei contratti e con esso l'innovativa disciplina di molti istituti ivi contemplati; in questa sede, intendiamo concentrarci su quanto relativo al finanziamento privato degli investimenti pubblici, fin qui prevalentemente attuato ricorrendo all'istituto della concessione di lavori e/o servizi, al netto delle altre formule attualmente tipizzate, e non, dal d.lgs. n.50/16.

Lo schema di decreto legislativo approvato in via preliminare dal Governo lo scorso 16 dicembre, sul quale sia la Conferenza Unificata (di cui all'art. 8 del d.lgs. 281/97) che il Parlamento hanno in questi giorni reso i prescritti pareri, riserva all'argomento in esame 28 articoli, sui 229 che il testo prevede, allocati nelle prime cinque parti del libro IV, ai quali si aggiunge l'allegato IV.1.

Pur in continuità con le precedenti codificazioni, quanto fin ora complessivamente messo a punto rappresenta un importante passo avanti verso l'adozione di nuove e più efficaci logiche operative per la gestione dei contratti pubblici (*in primis* il principio di risultato), da verificare anche per i temi che in questa sede si intende trattare.

Le nuove logiche ispiratrici della codificazione potranno valere anche in questo campo?

1. Le novità

Tra le modifiche sostanziali che con immediatezza emergono da una prima lettura della bozza di decreto si segnala, anzitutto, l'introduzione dell'obbligo, per le pubbliche amministrazioni, quindi non per gli enti committenti operanti nei settori speciali, di adottare una specifica programmazione triennale delle esigenze che possono essere soddisfatte con operazioni di finanziamento privato, atto al quale si affianca la relativa "valutazione preliminare" sulla fattibilità e la convenienza della singola ipotesi (art.175 commi 1 e 2).

Segue la possibilità di affidare le concessioni ovvero promuovere iniziative di PPP solo ad opera di stazioni appaltanti opportunamente qualificate in quanto iscritte nell'elenco di cui all'articolo 63 del nuovo Codice (art. 174, comma 5).

Altresì rileva in termini radicalmente nuovi la facoltà di affidare le concessioni d'importo inferiore alla soglia comunitaria tramite procedura negoziata senza bando (art. 187), previsione che pienamente si colloca nel filone delle semplificazioni introdotte dalla disciplina emergenziale, in questo caso dall'articolo 2 del decreto legge 76/2020, che il nuovo codice intende, qui come altrove, stabilizzare.

Da notare, ancora, l'eliminazione di riferimenti numerici prefissati per il calcolo dell'entità del finanziamento privato ritenuto rilevante ai fini di poter configurare un'operazione come partenariato pubblico privato, categoria generale in cui rientrano le concessioni; l'articolo 174, comma 1, oggetto peraltro di serrata critica da parte dalla Conferenza Stato Regioni nell'ambito del parere reso il 26 gennaio, si limita infatti a prevedere che la copertura dei fabbisogni finanziari faccia capo al privato *in misura significativa*, senza tuttavia operare alcuna quantificazione che esprima tale concetto di significatività.

Tra le novità assolute: le concessioni sottosoglia affidate con procedure negoziate e la scomparsa del tetto fisso al finanziamento pubblico

Il superamento di ogni riferimento alla qualificazione dei privati intenzionati a proporre iniziative di finanziamento privato, sembra, poi, trovare riscontro nel fatto che non si rinviene nel nuovo Codice (art.193) quanto è attualmente previsto dall'art. 183 del d.lgs. 50/16, in tema di qualificazione del cosiddetto promotore; il mero riferimento alla figura dell'operatore economico fa ritenere, infatti, che non siano più richiesti specifici requisiti ai fini della presentazione di proposte, fermo restando che per la partecipazione alla successiva gara per l'affidamento della concessione il promotore dovrà associarsi o consorziarsi con altri operatori in possesso dei requisiti richiesti dal bando.

Il diritto di prelazione è in pericolo?

Altresì nuova è la previsione che, nel caso di progetti di interesse statale o finanziati con contributo a carico dello Stato di importo superiore a 10 milioni di euro, dispone che la già citata "valutazione preliminare" sia sottoposta al parere, ancorché non vincolante, del Dipe e della Ragioneria generale dello Stato (art. 175 comma 3).

Rileva, infine, la possibilità di sostituire il diritto di prelazione a vantaggio del proponente, nel caso di iniziative formulate dal privato, con una premialità da riconoscergli in sede di gara (art.193 comma 8), scelta comunque da effettuare fin dalla programmazione (art.175 comma 1) indicando, per ciascun progetto, le eventuali ragioni che giustificano l'applicazione del criterio premiale in luogo della prelazione. Trattasi di un'innovazione, peraltro va detto subito giustamente censurata nel parere reso in sede Parlamentare, che modifica sensibilmente una procedura che, dopo numerosi tentativi, aveva trovato un assetto equilibrato, dimostrandosi fin qui assai utile ed efficace per l'interesse pubblico; ciò introducendo una modalità che, comunque, necessita di verifica a livello comunitario, cosa di cui, viceversa, non ha più bisogno l'istituto della prelazione.

2. Ulteriori aspetti da rilevare

Da segnalare anzitutto, la risistemazione della disciplina in tema di risoluzione del contratto di concessione (art.190) che, anche attraverso una scelta più accurata delle definizioni giuridiche utilizzate, razionalizza le relative precedenti disposizioni, specie per l'ipotesi di inadempimento del concessionario; per quanto attiene gli indennizzi a quest'ultimo viceversa dovuti, è previsto che, oltre al valore delle opere realizzate ed ai costi conseguenti al recesso, essi includano il mancato guadagno peraltro compreso tra il 2 e il 5 per cento degli utili previsti dal piano economico finanziario, secondo criteri da indicare puntualmente nei bandi e nei contratti, misura sensibilmente diversa da quella prevista dalla disciplina vigente, che fa riferimento al 10% del valore delle opere ancora da eseguire o, nel caso di opera collaudata, del valore dei ricavi previsti per gli anni residui di gestione.

La riscrittura organica della vigente disciplina riguarda peraltro anche i casi di revisione del contratto di concessione, con l'indicazione dei necessari presupposti affinché ad essa si possa legittimamente procedere (art. 192).

Il rischio operativo come driver

Chiarimenti importanti riguardano, ancora, la nozione di rischio operativo, inserita quale elemento

causale necessario nello schema contrattuale tipico anche della locazione finanziaria che, insieme al contratto di disponibilità, risulta peraltro confermata nella lista delle nominate fattispecie in cui si può esplicare l'istituto del Partenariato Pubblico Privato di matrice contrattuale (art.174, comma 3).

Ancora, la società di progetto cambia nome in società di scopo (art.194), che alcuni peraltro leggono come ormai sempre obbligatoria (il Parlamento, infatti, ne chiede l'indicazione come facoltativa sotto soglia comunitaria) mentre per la disciplina dei subappalti del concessionario, l'articolo 188 rinvia a quella generale fissata all'articolo 119, mentre per la categoria degli investitori istituzionali si apre (art.193, comma 1) la possibilità espressa del subappalto totale: anche qui si aprono, quindi, non pochi punti di domanda.

Non pare costituire, viceversa, una novità la previsione che consente di porre a base di gara anche il solo progetto di fattibilità, stabilendo che sia il concessionario a predisporre il successivo livello di progettazione (art.185, comma 1). Ciò in quanto l'interpretazione nel senso della possibilità di affidare concessioni sul progetto preliminare è già percorribile, argomentarlo in base alla disciplina vigente. E' inoltre da considerare che il nuovo codice prevede, come novità generale, due soli livelli di progettazione, di cui il primo è, per l'appunto, il progetto di fattibilità tecnico economica (PFTE).

3. Alcune considerazioni sistematiche

Il testo fin qui elaborato chiarisce, poi, l'equivoco oggi esistente tra PPP inteso sia come contratto tipizzato ai sensi del comma 8 dell'articolo 180 del d.lgs. 50/16, sia come categoria generale di contratti; ciò in favore della seconda opzione, posta l'eliminazione di qualsivoglia menzione del PPP nella già richiamata nuova lista.

Più impegnativa, viceversa, è la valutazione dell'opzione di fondo che conferma il Partenariato Pubblico Privato quale autonoma categoria di contratti che peraltro include le concessioni; ciò anche perché il PPP è contemplato solo nelle regole Eurostat per la certificazione dei bilanci pubblici, non dalle direttive di settore che ad esso non fanno riferimento alcuno; il tutto con implicazioni che si estendono alla disciplina della scelta del contraente (si applica la direttiva 2014/23/UE o la 24 ?). Si aggiunga che l'articolo 174, comma 1, del testo in adozione afferma che tutti i PPP hanno sempre per base un rapporto concessorio, (*il partenariato pubblico-privato è un'operazione economica ... tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati*), opzione questa degna di attenta riflessione, comunque non in linea con la disciplina Eurostat che tratta i due schemi in modo diverso. La domanda, dunque è se, per il nuovo codice, tutti contratti di Partenariato Pubblico Privato sono considerati concessioni; se per tutti trova quindi applicazione la Direttiva 23 o se questa, come sembrerebbe più corretto, si applica alle sole concessioni propriamente dette, mentre le altre formule contrattuali (locazione finanziaria e contratto di disponibilità) sono/sarebbero da trattare in base alla diversa Direttiva 24.

PPP e concessioni: un tema aperto

La società di progetto diventa società di scopo

Finanza di progetto: un concetto spurio che rimane

Solo in parte conseguito, poi, è l'auspicato obiettivo di intervenire sulla nozione di "finanza di progetto", a più riprese utilizzata dal vigente codice senza un approccio chiaro ed unitario (trattasi di tecnica economica, procedura di affidamento o di autonomo modello contrattuale ?): se è vero, infatti, che il nuovo articolo 174 correttamente più non la include nella lista delle tipizzate figure di PPP, inutili, quando addirittura non fuorvianti, riferimenti restano nella rubrica del titolo IV, del libro IV e nell'articolo 194, in tema di società di scopo (corrispondenti alle attuali società di progetto). Il completo abbandono di ogni richiamo ad una formula economica più che giuridica sarebbe peraltro auspicabile.

Valutazioni diverse riguardano, infine, ulteriori aspetti della disciplina in via di adozione, sul piano dell'ormai acquisita possibilità per gli operatori economici di rendersi proponenti di iniziative basate sul finanziamento privato, che

paradossalmente rischia di venir limitata.
Sottratti da tale possibilità propositiva risultano, infatti, i progetti già inclusi negli atti generali di programmazione, scelta sulla quale nessuna positiva ricaduta può derivare dall'aver introdotto, come già visto, una programmazione ad hoc per gli interventi in PPP. Tale opzione appare limitante anche in termini di stimolo per le amministrazioni ad attivare iniziative spesso altrimenti destinate a restare sulla carta, non solo per l'assenza di finanziamenti ma anche per la difficoltà di costruire efficaci soluzioni realizzative, alternative rispetto al tradizionale appalto.

4. Conclusioni

Lungi dal voler considerare qui esauriti tutti i profili di innovazione implicati dalla disciplina che la nuova codificazione pone in tema del finanziamento privato, l'auspicio e che i passaggi che restano, in specie l'adesione o meno da parte del Governo alle sollecitazioni da più e diverse parti in queste settimane intervenute, possa contribuire a rendere ancor più soddisfacente una formula la cui utilità non è più in discussione anche per favorire l'innovazione e la qualità dei servizi, ben al di là, quindi, dall'esigenza di mera ottimizzazione della spesa pubblica.

I suggerimenti del Parlamento

In questo senso pare doveroso segnalare il richiamo del Parlamento al Governo affinché questo valuti, in sede di stesura finale del testo, *l'opportunità di introdurre il contributo al processo di trasformazione digitale insito nella natura del progetto tra i criteri di valutazione preliminare* di convenienza e fattibilità per il ricorso al partenariato pubblico privato.
Tutt'altro che secondaria è poi la necessità di coordinamento della figura del Responsabile Unico del Progetto di partenariato con quella generale disciplinata dall'articolo 15, al fine di evitare incertezze in fase applicativa, *garantendo una uniforme applicazione del procedimento di nomina del RUP*.

Il nuovo Codice: pubblicato ad aprile ed in vigore dal 1° gennaio 2024?

Appuntamento, quindi, alla versione in Gazzetta Ufficiale del nuovo codice, al momento prevista nel mese di aprile, per verificare in quale misura i riferiti suggerimenti saranno stati raccolti, salvo che per la sua entrata in vigore il Parlamento è ipotizzabile un rinvio. Ancora una volta, infatti, il Parlamento suggerisce qualcosa al Governo: di valutare l'opportunità di differirla *al 1° gennaio 2024, per consentire di effettuare, nelle more, i percorsi di qualificazione delle stazioni appaltanti anche aggregate, la formazione del personale, la digitalizzazione del sistema* e, aggiungiamo noi, magari anche qualche ulteriore aggiustamento?

Il rapporto tra il giudizio di impugnazione dell'interdittiva antimafia e il c.d. controllo giudiziario. La sentenza dell'Adunanza Plenaria.

di Adriana Presti

IL PUNTO

1. Sintesi della questione deferita all'Adunanza Plenaria

Le questioni deferite dall'Ordinanza del Consiglio di Stato n. 4578/2022 traggono origine da due contenziosi promossi da una Società:

- dapprima contro l'informazione antimafia interdittiva emessa nei suoi confronti dalla Prefettura competente, e le successive determinazioni confermative assunte dal medesimo Ufficio territoriale di governo, conseguenti alla sottoposizione della società e del suo amministratore ad un procedimento penale della direzione distrettuale antimafia per fatti concernenti un contratto di appalto per la raccolta e lo smaltimento rifiuti urbani in un comune ubicato nella medesima provincia, nell'ambito delle quali era stata disposta la custodia cautelare dell'amministratore e il sequestro giudiziario della società;

- quindi, contro i provvedimenti con cui la stessa Prefettura ha disposto la gestione straordinaria e temporanea di alcuni contratti di appalto che la Società aveva in corso di esecuzione in varie località del Sud Italia, con la nomina di tre commissari incaricati della relativa gestione.

Sin dal primo grado, davanti al Tribunale amministrativo regionale per le Marche, la società aveva chiesto la sospensione ai sensi dei sopra citati artt. 79, comma 1, cod. proc. amm. e dell'art. 295 cod. proc. civ. di entrambi i giudizi, in ragione del fatto di avere chiesto al competente tribunale della prevenzione penale di essere ammessa al controllo giudiziario, con richiesta infine accolta, con ordinanza dalla Corte d'appello adita. La medesima società ha quindi devoluto la questione della sospensione del giudizio a mezzo di due appelli, con i quali tra l'altro censurato le sentenze di primo grado dell'adito Tribunale amministrativo, che invece hanno pronunciato nel merito di entrambe le impugnazioni, rigettandole.

Con Ordinanza n. 4578 del 2022, la III Sezione del Consiglio di Stato ha ritenuto di dover indagare ed accertare il rapporto tra impugnazione dell'informazione antimafia, controllo giudiziario ai sensi dell'art. 34-bis, comma 6, del d. lgs. n. 159 del 2011 e, appunto, le eventuali misure adottate dal Prefetto, come è avvenuto nel caso in esame, ai sensi dell'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014, conv. con mod. in l. n. 114 del 2014.

Di conseguenza ha sottoposto all'Adunanza plenaria la questione del rapporto tra l'impugnazione dell'informazione antimafia e il giudizio per l'ammissione dell'impresa al controllo giudiziario c.d. volontario al fine di chiarire quali siano, una volta richiesta e – come nel caso di specie – ottenuta dal giudice della prevenzione la misura del controllo giudiziario, sia la sorte del giudizio amministrativo, proposto contro l'informazione antimafia, sia la sorte delle misure adottate dal Prefetto ai sensi del citato art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014, conv. con mod. in l. n. 114 del 2014.

In ciò si sostanzia(va), infatti, il *thema decidendum*, formulato dalla Società la quale ha insistito per l'annullamento con rinvio ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a., sul punto, della sentenza di primo grado gravata, che aveva invece ritenuto di non dover sospendere il giudizio amministrativo, nonostante la proposizione del ricorso per il controllo giudiziario di cui all'art. 34-bis, comma 6, del d. lgs. n. 159 del 2011, riferendosi, in particolare, «*alla cospicua documentazione relativa al procedimento per l'applicazione della misura di prevenzione, il cui esito – così si legge nella sentenza impugnata – non è nemmeno pregiudiziale alla presente sentenza, di talché va anche respinta l'istanza di sospensione del giudizio ex art. 295 c.p.c., avanzata da parte ricorrente nel corso della discussione orale*».

Il tutto sul presupposto che la mancata sospensione del giudizio amministrativo da parte del Tribunale, nonostante l'ammissione da parte della Corte di Appello al controllo giudiziario per la durata di due anni, non consentirebbe alla Società di poter fruire della misura di prevenzione patrimoniale, introdotta dalla l. n. 161 del 2017 nel codice antimafia proprio per consentire il recupero dell'impresa, colpita da informativa antimafia, nelle ipotesi, meno gravi e "occasionali", di infiltrazione mafiosa.

Della stessa opinione anche le Amministrazioni resistenti, le quali convenendo sulla sospensione del giudizio, hanno richiamato a conforto di tale assunto la consolidata– per quanto, come meglio ora si dirà, non univoca – giurisprudenza della III Sezione che ha ritenuto che la sospensione degli effetti dell'informativa antimafia, in conseguenza dell'ammissione al controllo giudiziario dell'impresa dalla stessa colpita, comporti in via diretta ed automatica anche la sospensione del giudizio avente ad oggetto la legittimità (o meno) della misura prefettizia «*in quanto l'eventuale conferma di tale provvedimento, da parte del giudice amministrativo, renderebbe definitivi gli effetti di detto provvedimento e, quindi, vanificherebbe la previsione del medesimo art. 34-bis, comma 7, d.lgs. n. 159 del 2011, che contempla una pur temporanea sospensione di tali effetti, e la ratio stessa del controllo giudiziario, volto a consentire alle imprese colpite da informazione antimafia, che l'abbiano impugnata, di potere nelle more del giudizio amministrativo proseguire nella propria attività, a determinate condizioni, sotto il controllo del Tribunale della prevenzione, che nomina un amministratore a tal fine*» (Cons. St., sez. III, ord., 5 luglio 2021, n. 5134).

Il Collegio remittente, nella propria Ordinanza, ha richiamato la giurisprudenza formatasi in seno alla medesima Sezione, secondo cui, in altri termini, «*considerato che, una volta disposto il controllo giudiziario, la sospensione degli effetti interdittivi conseguenti all'informazione antimafia deve operare indefettibilmente per tutto il tempo della misura del controllo giudiziario adottata dal Tribunale in sede di prevenzione, ai sensi dell'art. 34-bis, comma 7, d.lgs. n. 159 del 2011, anche il giudizio amministrativo relativo all'informazione antimafia debba essere sospeso o, comunque, ne deve essere rinviata la trattazione del merito, salva ulteriore prosecuzione all'esito della misura, sino a quando la sospensione degli effetti interdittivi non abbia esaurito il proprio corso (Cons. St., sez. III, ord., 23 febbraio 2021, n. 1557*)» (così ancora, testualmente, Cons. St., sez. III, ord., 5 luglio 2021, n. 5134 nonché, ex plurimis, Cons. St., sez. III, ord., 20 ottobre 2021, n. 7039, Cons. St., sez. III, ord., 23 febbraio 2021, n. 1557, Cons. St., sez. III, ord., 10 luglio 2019, n. 4873, Cons. St., sez. III, ord., 31 luglio 2018, n. 4719).

Si tratta(va), tuttavia, di una conclusione non condivisa da tutta la giurisprudenza amministrativa, soprattutto in primo grado e, come si è accennato, non condivisa dalla sentenza impugnata che ha escluso laconicamente che nel caso di specie sussistesse il nesso di pregiudizialità-dipendenza, richiesto dall'art. 295 c.p.c. per la sospensione necessaria del giudizio (v., per la definizione di questo nesso, ad esempio Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2019, n. 7773), e ha così definito la controversia nel merito, respingendo il ricorso avverso gli atti impugnati.

A fronte di un'accurata e capillare disamina della ratio degli istituti di riferimento, la III Sezione ha posto all'Adunanza plenaria i seguenti quesiti:

a) se la proposizione della domanda per controllo giudiziario c.d. volontario e la successiva ammissione dell'operatore economico a tale misura di prevenzione patrimoniale, prevista dall'art. 34-bis, comma 6, del d. lgs. n. 159 del 2011, determinino o meno, oltre alla sospensione degli effetti interdittivi dell'informazione antimafia prevista espressamente dal comma 7 dell'art. 34-bis, anche la sospensione necessaria, ai sensi

dell'art. 79, comma 1, c.p.a. e dell'art. 295 c.p.c., del giudizio amministrativo, avente ad oggetto l'impugnazione dell'informazione antimafia stessa, per la necessità di attendere che, all'esito della misura concessa dal giudice della prevenzione sulla base di una prognosi favorevole, il Prefetto rivaluti, in sede di aggiornamento ai sensi dell'art. 91, comma 5, del d. lgs. n. 159 del 2011, la situazione dell'operatore economico ai fini antimafia per adottare, se del caso, un'informativa liberatoria, che determinerebbe nel giudizio amministrativo la cessazione della materia del contendere, quantomeno ai fini impugnatori;

b) se la proposizione della domanda per controllo giudiziario c.d. volontario e la successiva ammissione dell'operatore economico a tale misura di prevenzione patrimoniale, prevista dall'art. 34-bis, comma 6, del d. lgs. n. 159 del 2011, determinino o meno, ai sensi dell'art. 79, comma 1, c.p.a. e dell'art. 295 c.p.c., la sospensione necessaria del giudizio amministrativo, avente ad oggetto l'impugnazione delle misure adottate dal Prefetto ai sensi dell'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014, conv. con mod. in l. n. 114 del 2014, oltre che per le ragioni di cui al punto a), laddove si contesti la legittimità dell'informativa antimafia presupposta, anche per la necessità di garantire, comunque, la prevalenza del controllo giudiziario rispetto a tali misure amministrative, cedevoli rispetto alla vigilanza prescrittiva disposta dal giudice della prevenzione;

c) se la mancata sospensione del giudizio amministrativo da parte del giudice di primo grado nelle ipotesi di cui sub a) e sub b), una volta dedotta in appello contro la sentenza che abbia pronunciato nel merito, costituisca un error in procedendo tale da imporre la rimessione della causa al primo giudice, ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a., o invece determini solo la necessità, per lo stesso giudice d'appello, di sospendere direttamente il giudizio ai sensi dell'art. 79, comma 1, c.p.a. e dell'art. 295 c.p.c..

2. La pronuncia della Plenaria

Sulle prime due questioni deferite alla sede nomofilattica, prioritarie rispetto alla terza, e concernenti i rapporti tra il giudizio di impugnazione dell'informazione antimafia interdittiva da una parte e il controllo giudiziario e il commissariamento dell'impresa appaltatrice dell'altra parte, l'ordinanza di rimessione ha aderito alla tesi della sospensione necessaria del giudizio amministrativo in pendenza del procedimento del controllo giudiziario.

La tesi del Giudice remittente muoveva dalla sospensione di carattere sostanziale prevista dal sopra citato art. 34-bis, comma 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, che prevede che il provvedimento che dispone il controllo giudiziario determina tra l'altro la sospensione degli effetti di incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione derivanti dall'informazione antimafia a carattere interdittivo. In questa prospettiva, l'ordinanza sosteneva che il carattere provvisorio della sospensione postula che il giudizio di impugnazione dell'informazione antimafia non venga definito. In caso contrario, ed in particolare di rigetto definitivo dell'impugnazione, l'interdittiva si consoliderebbe e con essa l'incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione, in conseguenza della quale sarebbe travolto l'effetto sospensivo derivante dall'ammissione dell'impresa al controllo giudiziario.

Al riguardo, la stessa Ordinanza di rimessione riconosceva che tra il procedimento di controllo giudiziario, di competenza del giudice della prevenzione penale, e il giudizio di impugnazione dell'interdittiva antimafia, devoluto invece alla cognizione del giudice amministrativo, **non è ravvisabile alcun rapporto di pregiudizialità**.

Ciò nonostante, ivi si sottolineava che - in conformità all'obiettivo di risanamento delle imprese soggette ad infiltrazioni della criminalità organizzata cui il procedimento di controllo giudiziario è informato, secondo una concezione della prevenzione antimafia non più incentrata sull'espulsione dal mercato degli operatori economici attraverso cui le organizzazioni malavitose agiscono nel tessuto economico - si dovrebbe comunque assicurare la definizione della procedura ex art. 34-bis del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, destinata a tradursi in caso positivo con il rilascio di un'informazione liberatoria, e dunque con il pieno ritorno dell'impresa alla libera concorrenza.

Sulla base della ricostruzione dei rapporti tra i due istituti affermatasi presso la giurisprudenza della Cassazione penale, per l'Ordinanza di rimessione il vincolo genetico della procedura di controllo

giudiziario, consistente ai sensi del sopra richiamato art. 34-bis, comma 6, nella pendenza del ricorso contro l'interdittiva antimafia, assumerebbe quindi le caratteristiche di una condizione di procedibilità della procedura, che intanto può essere definita in quanto non sia definitivamente accertata la legittimità dell'atto prefettizio, e dunque il ricorso contro di essa sia respinto. In conformità agli obiettivi legislativi alla base del controllo giudiziario, l'interesse alla definizione del giudizio di impugnazione nei confronti dell'interdittiva dovrebbe pertanto recedere e la sospensione necessaria del processo sarebbe lo strumento attraverso cui regolare i rapporti tra i due istituti secondo le rispettive finalità.

L'Adunanza Plenaria ha ritenuto di non poter seguire la tesi dell'Ordinanza di rimessione testé sintetizzata. In particolare non ha condiviso il postulato su cui essa si fonda, secondo cui il giudizio di impugnazione contro l'interdittiva antimafia deve essere ancora pendente non solo quando l'impresa domanda al tribunale della prevenzione penale di essere sottoposta al controllo giudiziario, come prevede testualmente il più volte citato art. 34-*bis*, comma 6, del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, ma per tutta la durata di quest'ultimo.

Secondo, la Plenaria dall'esame della giurisprudenza della Cassazione, non emerge una ricostruzione del rapporto tra l'interdittiva e il controllo giudiziario volontario in termini di pregiudizialità-dipendenza di intensità maggiore rispetto alla connessione genetica ricavabile dal richiamato art. 34-bis, comma 6, del codice delle leggi antimafia e delle misure di sicurezza.
La connessione tra i due istituti è stata espressa nel senso che, a differenza dell'autonomia che contraddistingue l'accertamento del tribunale penale nel controllo giudiziario ai sensi dell'art. 34-bis, comma 1, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, in ordine al «pericolo concreto di *infiltrazioni mafiose*» idonee a condizionare l'attività delle imprese, nel caso di controllo c.d. volontario di cui al comma 6 della medesima disposizione lo stesso organo giurisdizionale «*deve tener conto dell'accertamento di quello stesso prerequisito effettuato dall'organo amministrativo con l'informazione antimafia interdittiva, che rappresenta, pertanto, il substrato della decisione del giudice ordinario*» (così Cass. pen., VI, 16 luglio 2021, n. 27704).

Come ulteriormente precisato dalle Sezioni unite penali nella sentenza 19 novembre 2019, n. 46898, la connessione tra i due istituti si manifesta in relazione al «*grado di assoggettamento dell'attività economica alle descritte condizioni di intimidazione mafiosa e la attitudine di esse alla agevolazione di persone pericolose pure indicate nelle fattispecie*». Ciò nel senso che - a differenza di quanto avviene ai fini dell'informazione antimafia, ai sensi dell'art. 34-bis del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 - l'agevolazione mafiosa deve essere «occasionale», per cui in difetto di questo requisito l'impresa non dovrebbe essere ammessa al controllo giudiziario.

Nella prospettiva ora delineata la stessa Cassazione afferma quindi che, «*se l'impresa è fortemente condizionata da ingerenze mafiose, non può trovare accoglimento l'istanza, che presuppone una occasionalità del contatto mafioso*» (così Cass. pen., VI, 16 luglio 2021, n. 27704, poc'anzi richiamata).

Sennonché, nell'ottica di risanamento in cui si pone il controllo giudiziario, con particolare riguardo al controllo c.d. volontario di cui al comma 6 del medesimo art. 34-bis, la stessa Corte di Cassazione afferma che peculiarità dell'accertamento del giudice penale, necessariamente successivo all'intervento prefettizio, «*sta però nel fatto che il fuoco della attenzione e quindi del risultato di analisi deve essere posto non solo su tale pre-requisito, quanto piuttosto, valorizzando le caratteristiche strutturali del presupposto verificato, sulle concrete possibilità che la singola realtà aziendale ha o meno di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano, anche avvalendosi dei controlli e delle sollecitazioni (nel caso della amministrazione, anche vere intromissioni) che il giudice delegato può rivolgere nel guidare la impresa infiltrata*».

Nella medesima direzione si è ulteriormente precisato che la valutazione sull'esistenza di «*un'infiltrazione connotata da occasionalità non sia finalizzata all'acquisizione di un dato statico - consistente nella cristallizzazione della realtà preesistente: una mera fotografia del passato - bensì alla argomentata formulazione di un giudizio prognostico circa l'emendabilità della situazione rilevata, connotata da condizionamento e/o agevolazione di soggetti o associazioni criminali, mediante l'intera gamma degli strumenti previsti*

dall'art. 34-bis» (Cass. pen., VI, 14 gennaio 2021, n. 1590, resa nel giudizio promosso dall'odierna appellante per l'ammissione al controllo giudiziario).

L'Adunanza, pertanto, ha affermato che se dunque dalla giurisprudenza di legittimità non è possibile trarre una presa di posizione specifica ed espressa sulla necessità che il giudizio di impugnazione, pendente quando il controllo giudiziario viene chiesto, non venga definito prima che quest'ultimo non sia concluso, la tesi della sospensione necessaria del primo:

- non ha base testuale innanzitutto. La disposizione da ultimo richiamata si limita a prevedere che - quando chiede di essere sottoposta al controllo giudiziario - l'impresa interessata abbia impugnato l'interdittiva, ma non anche che il giudizio di impugnazione penda per tutta la durata del controllo (in questo senso si è espresso il Consiglio di Stato, III, con sentenza 19 maggio 2022, n. 3973);

- non è nemmeno imposta da ragioni di ordine sistematico, dal momento che, come ha ben rilevato l'ordinanza di rimessione, l'interdittiva svolge la sua funzione preventiva rispetto alla penetrazione nell'economia delle organizzazioni di stampo mafioso di tipo "statico", e cioè sulla base di accertamenti di competenza dell'autorità prefettizia rivolti al passato;

- a quest'ultimo riguardo, nel condividere la funzione preventiva del sistema di informazione antimafia del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, il controllo giudiziario persegue anche finalità di carattere "dinamico" di risanamento dell'impresa interessata dal fenomeno mafioso e quindi, secondo l'indirizzo giurisprudenziale di legittimità sopra richiamato, oltre al presupposto dell'occasionalità dell'agevolazione mafiosa previsto dall'art. 34-bis, comma 6, del medesimo codice, richiede una prognosi favorevole del Tribunale della prevenzione penale sul superamento della situazione che ha in origine dato luogo all'interdittiva.

Nondimeno, quand'anche quest'ultima non sia annullata all'esito del giudizio di impugnazione devoluto al giudice amministrativo, e dunque si accerti in chiave retrospettiva l'esistenza di infiltrazioni mafiose nell'impresa, non per questo può ritenersi venuta meno l'esigenza di risanare la stessa.

Al contrario, questa esigenza si pone in massimo grado una volta accertata in via definitiva che l'impresa è permeabile al fenomeno mafioso.
Conferma di quanto ora considerato si trae proprio dall'art. 34-bis, comma 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

In primis, rileva la regola della sospensione degli effetti della incapacità a contrattare, derivanti dall'interdittiva antimafia.
Essa è strumentale al buon fine del controllo giudiziario, nel senso di consentire all'impresa ad esso (volontariamente) sottoposta di continuare ad operare, nella prospettiva finale del superamento della situazione sulla cui base è stata emessa l'interdittiva.

Nella medesima direzione si pone la sospensione del termine fissato dall'art. 92, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, per gli adempimenti prodromici al rilascio dell'informazione antimafia.

L'effetto in questione si giustifica per il venir meno dell'esigenza facente capo all'autorità prefettizia di verificare l'esistenza di tentativi di infiltrazione fintantoché pende il controllo giudiziario, a tale finalità preventiva ugualmente preposto.

Nessuno degli effetti previsti dall'art. 34-*bis*, comma 7, presuppone tuttavia che il giudizio sull'interdittiva non sia definito, o altrimenti detto rimanga pendente.

Tali effetti sono del tutto compatibili con la conseguita inoppugnabilità di quest'ultima all'esito del rigetto della relativa impugnazione.
Una volta accertata l'esistenza di infiltrazioni mafiose, quand'anche in via definitiva, si permette nondimeno all'impresa di risanarsi, sotto il controllo dell'autorità giudiziaria penale.

Il controllo giudiziario sopravviene ad una situazione di condizionamento mafioso in funzione del suo superamento ed al fine di evitare la definitiva espulsione dal mercato dell'impresa permeata dalle organizzazioni malavitose.

A questo specifico riguardo, da un lato il rapporto di successione tra i due istituti si

coglie con immediatezza laddove il condizionamento mafioso non possa ritenersi definitivamente accertato, pendente la contestazione mossa in sede giurisdizionale contro la ricostruzione dell'autorità prefettizia; dall'altro lato la medesima vicenda successoria di istituti non è comunque impedita quando il condizionamento possa invece ritenersi accertato con effetto di giudicato, con il rigetto dell'impugnazione contro l'interdittiva.

Nessun rapporto di pregiudizialità-dipendenza è invece ravvisabile tra il giudizio di impugnazione dell'interdittiva antimafia e il controllo giudiziario, al di là di quello individuabile in sede di verifica dei presupposti di quest'ultimo.

Depone in questo senso – oltre al dato testale della legge, già di per sé decisivo - proprio la funzione risanatrice del controllo giudiziario, la quale muove dal presupposto accertato dal Prefetto in sede di informazione antimafia, ma si basa su un'autonoma valutazione prognostica del Tribunale della prevenzione penale che si propone di pervenire al suo superamento, quando il grado di condizionamento mafioso non sia considerato a ciò impeditivo, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità sopra richiamata.

Sul piano del diritto positivo, secondo la Plenaria, la tesi opposta è invece contraddetta dalla sospensione degli effetti tipici dell'interdittiva dal sopra richiamato art. 34-*bis*, comma 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, oltre che dal fatto che il precedente comma 6 non richiede che il giudizio di impugnazione contro l'interdittiva, pendente il quale può essere chiesto il controllo giudiziario, tale rimanga per tutta la durata di quest'ultimo: sotto tale profilo rileva il principio di legalità.

La medesima tesi non è praticabile sul piano logico-sistematico, in cui la funzione di risanamento tipica del controllo giudiziario è venuta oggi ad arricchire quella di generale ordine preventivo cui era informata il sistema informativo antimafia, e che dunque è destinata ad operare non solo in presenza di ipotesi di condizionamento mafioso, ma anche e con maggior impellenza quando quest'ultimo non sia più in contestazione.

Di conseguenza, il correttivo suggerito dall'ordinanza di rimessione di disporre la sospensione del giudizio di impugnazione contro l'interdittiva prefettizia giungerebbe inoltre a snaturare la funzione tipica del processo, da 'strumento di tutela' delle situazioni giuridiche soggettive ed attuazione della legge, a mero 'strumento per l'attivazione di ulteriori mezzi di tutela'.

Inoltre, sempre secondo la Corte, verrebbe alterata la funzione della sospensione del processo. Da strumento preventivo rispetto al rischio di contrasto di giudicati, secondo una logica interna all'ordinamento processuale basata sulla sua unitarietà e sul principio di non contraddizione, la sospensione del giudizio di impugnazione dell'interdittiva antimafia per tutta la durata del controllo giudiziario porrebbe impropriamente a carico del processo, contraddistinto dall'autonomia dell'azione rispetto alla situazione sostanziale che con essa si vuole tutelare, la realizzazione di obiettivi di politica legislativa, esorbitanti dai compiti del giudice, nella sua soggezione alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.).

Si determinerebbe così un'applicazione dell'istituto eccedente il presupposto della pregiudizialità-dipendenza previsto dall'art. 295 del cod. proc. civ., da considerarsi tassativo nella misura in cui la sospensione si determina una potenziale lesione del principio di ordine costituzionale della ragionevole durata del processo (oggi sancito per il processo amministrativo dall'art. 2, comma 2, del cod. proc. amm.), tale per cui essa viene disposta in ogni caso e solo quando il giudice davanti cui è stata proposta una domanda o un altro giudice «*deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa*».
Nessun rapporto di pregiudizialità-dipendenza è invece ravvisabile tra il giudizio di impugnazione dell'interdittiva antimafia e il controllo giudiziario, al di là di quello individuabile in sede di verifica dei presupposti di quest'ultimo. Ad esso segue tuttavia un'attività di carattere prescrittivo e gestorio orientata al risanamento dell'impresa che risulta indifferente all'esito del giudizio sulla legittimità dell'interdittiva in ragione degli effetti sospensivi previsti dal parimenti più volte richiamato art. 34-bis, comma 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

Secondo l'Adunanza, la condivisione della tesi della sospensione necessaria comporterebbe inoltre un'aporia sul piano logico, nella misura in cui essa si basa sull'esigenza non già di impedire decisioni contrastanti, ma una decisione di carattere eventualmente sfavorevole sull'impugnazione contro l'interdittiva, che si suppone – in assenza di un presupposto normativo - possa vanificare obiettivi di risanamento dell'impresa infiltrata dal fenomeno mafioso.

La sospensione viene dunque argomenta *secundum eventum litis*, posto che una decisione di accoglimento del ricorso contro l'interdittiva avrebbe in sé l'effetto di riportare l'impresa alla piena e libera concorrenza, sulla base dell'accertamento che essa non è stata mai interessata da fenomeni di inquinamento mafioso.

Nella descritta prospettiva la sospensione del processo finisce dunque per essere intesa come rimedio rispetto a potenziali decisioni sfavorevoli.
Non sussistono, dunque, i presupposti previsti dell'art. 295 del cod. proc. civ., più volte richiamato. L'esigenza di correlare la durata del giudizio di impugnazione contro l'interdittiva alla durata del controllo giudiziario non assurge a presupposto dell'istituto previsto dalla disposizione da ultimo menzionata. Tuttavia, tutte le circostanze del caso potranno essere valutate dal giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 73, comma 1-bis, del cod. proc. amm.

Secondo la Plenaria, dunque, elementi contrari alla tesi della sospensione necessaria del processo possono essere tratti dal fatto che il sistema delle misure preventive di competenza prefettizia si sia di recente arricchito di strumenti di risanamento dell'impresa interessata dal fenomeno mafioso analoghi al controllo giudiziario, in particolare con le «*misure amministrative di prevenzione collaborativa applicabili in caso di agevolazione occasionale*» di cui all'art. 94-bis del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione. L'analogia del presupposto delle misure in questione con quello del controllo giudiziario, così descritto dal comma 1 della disposizione da ultimo richiamata «*quando (…) i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale*», denota l'identità di funzione rispetto all'istituto previsto dall'art. 34-bis del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. Su questa base si giustifica la prevalenza legislativamente attribuita a quest'ultimo, espressa dal comma 3 del medesimo art. 94-bis con la cessazione delle misure amministrative nel caso in cui sia disposto il controllo giudiziario.

Dirimente è quindi che nessuna disposizione è stata invece prevista per regolare i rapporti tra l'interdittiva antimafia e il controllo giudiziario.

Al medesimo riguardo, nel sistema amministrativo di prevenzione penale, ora informato al principio di gradualità, l'occasionalità dell'agevolazione mafiosa originaria può in ipotesi costituire ragione di illegittimità dell'informativa a carattere interdittivo, in ragione dell'alternativa costituita dalle misure meno invasive introdotte con il medesimo art. 94-*bis*, e dunque giustificare l'interesse dell'impresa alla definizione del giudizio di impugnazione contro l'interdittiva.

Secondo la Adunanza, considerazioni analoghe vanne estese al rapporto tra il controllo giudiziario e il commissariamento dell'impresa appaltatrice previsto dall'art. 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90.

La pendenza del controllo giudiziario a domanda ex art. 34-bis, comma 6, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, non è causa di sospensione del giudizio di impugnazione contro l'informazione antimafia interdittiva

L'assenza di disposizioni di coordinamento tra i due istituti, e la non ultrattività «*di una gestione separata "ad contractum"*» - ipotizzata dall'ordinanza di rimessione in caso di sopravvenienza del controllo giudiziario - **non costituisce ragione sufficiente per sospendere il giudizio di impugnazione delle misure previste dalla disposizione da ultimo richiamata**, non solo – ed ovviamente – in caso di accoglimento del ricorso, ma anche di rigetto, per il quale l'ordinanza stessa suppone la prevalenza della misura, più favorevole per l'impresa, prevista dall'art. 34-bis del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione.

3. Conclusioni

Alla luce delle sintetizzate argomentazioni, la Plenaria, con le sentenze del 13 febbraio 2023, nn. 6, 7 e 8, ha affermato il seguente principio di diritto sui primi due quesiti dell'ordinanza di rimessione: "*la pendenza del controllo giudiziario a domanda ex art. 34-bis, comma 6, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, non è causa di sospensione né del giudizio di impugnazione contro l'informazione antimafia interdittiva, né delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese previste dall'art. 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, per il completamento dell'esecuzione dei contratti stipulati con la pubblica amministrazione dall'impresa destinataria un'informazione antimafia interdittiva*".

L'Adunanza ha espresso identico principio di diritto anche con le sentenze del 13 febbraio 2023, nn. 6 e 8.

Come si è testé esposto, l'Adunanza Plenaria ha spostato la ratio della autonomia dei procedimenti. Il Collegio, con una capillare e diffusa motivazione, non ha condiviso l'argomentazione della pregiudizialità processuale, secondo cui il giudizio di impugnazione contro l'interdittiva antimafia dovrebbe essere ancora pendente non solo quando l'impresa domanda al Tribunale della prevenzione penale di essere sottoposta al controllo giudiziario, come prevede testualmente l'art. 34-bis, comma 6, del codice, ma per tutta la durata di quest'ultimo. Né la tesi secondo cui, con la richiesta di ammissione a controllo giudiziario, l'impresa perderebbe interesse alla definizione del giudizio avverso l'interdittiva che diventerebbe, quindi, improcedibile. Infatti, sulla scorta della autonomia degli accertamenti di competenza dell'autorità prefettizia in sede di rilascio delle informazioni antimafia e di quelli rimessi al Tribunale della prevenzione ai fini dell'ammissione a controllo giudiziario volontario, l'Adunanza Plenaria ha escluso tout court la tesi dell'acquiescenza.

Pareri & Sentenze

PARERI E SEN TENZE

TAR Puglia, Bari, Sez. II, 17/2/2023, n. 331

Ammesso il soccorso istruttorio in caso di offerta economica priva della firma digitale

"Ritiene il Collegio che l'Amministrazione, dopo aver riscontrato l'assenza della firma digitale, ha attivato il soccorso istruttorio.
Come è noto, la firma digitale garantisce la data della sottoscrizione e la non modificabilità del documento, oltre che la provenienza di questo da colui che risulta averla apposta (ex multis, Consiglio di Stato sez. V, 17/08/2022, n. 7209.
Ciò posto, il Collegio condivide i principi espressi dall'orientamento giurisprudenziale, peraltro richiamato dalla stessa parte ricorrente, secondo il quale è possibile integrare mediante soccorso istruttorio anche un'offerta economica priva di firma digitale da rendere in una procedura telematica di selezione per l'aggiudicazione di un appalto pubblico, laddove gli atti di regolamentazione stabiliscano l'esclusione dell'operatore economico (cfr. T.A.R. Catania, Sez. I, 15 luglio 2022, n. 1911).
Nel caso di specie, l'attivazione del soccorso istruttorio si è resa doverosa, proprio a tutela di quella par condicio competitorum che la ricorrente, invece, assume lesa in suo sfavore.
Lo svolgimento della gara tramite piattaforma telematica, in definitiva, proprio in ragione del fatto che le credenziali ottenute in fase di registrazione sono idonee a consentire il caricamento della documentazione di partecipazione, rende possibile un soccorso istruttorio che, altrimenti, andrebbe escluso."

Consiglio di Stato, Sez. V, 9/2/2023, n. 1449

Sull'avvalimento premiale

"... è legittima la situazione in cui l'avvalimento è utilizzato per il suo scopo tipico, cioè quello di fare conseguire all'impresa concorrente il requisito di partecipazione di cui è priva, ma tale utilizzazione non può andare disgiunta da quella valevole anche per ottenere punteggi addizionali per la qualità dell'offerta tecnica "giacché le risorse, i beni e le capacità dell'impresa ausiliaria contemplati nel contratto di avvalimento entrano a far parte organica della complessiva offerta presentata dalla concorrente" (come testualmente affermato già da C.G.A. 15 aprile 2016, n. 109, ma più chiaramente esplicitato da Cons. Stato, V, 25 marzo 2021, n. 2526, alla cui motivazione è qui sufficiente fare integrale rinvio, specie nella parte in cui qualifica come fisiologica "l'eventualità che l'operatore economico concorrente ricorra all'avvalimento al fine di conseguire i requisiti di cui è carente e, nello strutturare e formulare la propria offerta tecnica, contempli nell'ambito della stessa anche beni o prodotti forniti dall'impresa ausiliaria ovvero mezzi, attrezzature, risorse e personale messi a disposizione da quest'ultima: nel quale caso è evidente che i termini dell'offerta negoziale devono essere apprezzati e valutati in quanto tali, con l'attribuzione dei relativi punteggi, nella prospettiva di un'effettiva messa a disposizione della stazione appaltante all'esito dell'aggiudicazione e dell'affidamento del contratto").
Si tratta di interpretazione che si lascia preferire all'altra, più rigorosa, che esclude che l'avvalimento possa essere strumento di migliore valutazione dell'offerta anche quando sia servito per consentire la partecipazione alla gara (di cui è espressione Cons. Stato, V, 22 dicembre 2016, n. 5419). In senso contrario a tale ultimo orientamento giurisprudenziale (da ritenersi superato da quello espresso dalla citata sentenza n.2526/21) su cui si basano le ragioni dell'appellante, va valorizzata - oltre all'argomento fatto proprio dalle decisioni sopra richiamate, circa l'inscindibilità dell'offerta tecnica complessiva del concorrente - la ratio del divieto. In sintesi, il divieto dell'avvalimento c.d. premiale è stato ritenuto – mediante una rigorosa, letterale, interpretazione delle norme sull'avvalimento, interne e comunitarie, su cui non è necessario svolgere in questa sede, pur plausibili, considerazioni critiche – al fine impedire l'abusivo ricorso all'istituto dell'avvalimento. Tale abuso è però decisamente da escludere nel caso in cui l'avvalimento abbia assolto alla sua funzione ausiliaria tipica derivante dalla messa a disposizione dei requisiti di partecipazione alla gara e, in conseguenza di ciò, abbia completato l'offerta dell'impresa concorrente arricchendola degli elementi meritevoli di punteggio premiale."

TAR Puglia, Bari, Sez. II, 23/2/2023, n. 74

"La verifica in ordine al superamento o meno della soglia di anomalia deve precedere ogni riparametrazione delle offerte tecnica ed economica"

"... l'art. 97, comma 3, del dlgs 50 del 2016, applicabile alla specie, trattandosi di procedura con criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, impone la verifica della congruità delle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione entrambi pari o superiori al 4/5 dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara; ... la verifica in ordine al superamento o meno della soglia di anomalia deve precedere ogni riparametrazione delle offerte tecnica ed economica, secondo il condivisibile orientamento prevalente della giurisprudenza, il quale pone l'accento sulla circostanza che il punteggio riparametrato è conseguenza di un artificio necessario al solo fine di rendere comparabili i punteggi per la parte tecnica e per la parte economica; ..."

TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 16/2/2023, n. 529

In un contratto di avvalimento il corrispettivo non deve necessariamente consistere nel versamento di una somma di denaro, cosicché la prestazione può essere retribuita con altre forme di corrispettivi

"… la nullità del contratto di avvalimento per mancanza della causa può dichiararsi solo allorquando non sia ravvisabile una ragione pratica giustificativa del contratto o un interesse meritevole di tutela ad esso sotteso» (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 8486 del 2021), quantunque in assenza di corrispettivo.
Anche la giurisprudenza della Corte di giustizia UE ha ritenuto che «il corrispettivo non deve necessariamente consistere nel versamento di una somma di denaro, cosicché la prestazione può essere retribuita con altre forme di corrispettivi, come il rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio pattuito (v., in particolare, sentenze del 19 dicembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., C-159/11, EU:C:2012:817, punto 29; del 13 giugno 2013, Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, punto 31, nonché del 18 ottobre 2018, IBA Molecular Italy, C-606/17, EU:C:2018:843, punto 29). Ciò non toglie che il carattere sinallagmatico di un contratto di appalto pubblico comporta necessariamente la creazione di obblighi giuridicamente vincolanti per ciascuna delle parti del contratto, la cui esecuzione deve poter essere esigibile in sede giurisdizionale (v., in tal senso, sentenza del 25 marzo 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punti da 60 a 62)» (Corte di giustizia UE, sez. IV, 10 settembre 2020, C-367/19, Tax-Fin-Lex d.o.o., ECLI:EU:C:2020:685).
Sebbene detta giurisprudenza riguardi i «contratti d'appalto», essa esprime indubbiamente principi del tutto applicabili all'avvalimento e i presupposti che la medesima giurisprudenza valorizza al fine di escludere la connotazione sinallagmatica del contratto nel caso di specie non trovano riscontro."

TAR Lazio, Roma, Sez. I-quater, 9/2/2023, n. 2190

Il sub-procedimento di anomalia è di competenza del Rup e non della commissione di gara

"Come affermato costantemente dalla giurisprudenza, (ex multis, Cons. Stato, V, 13 novembre 2019, n. 7805; Cons. St., III, 5 giugno 2020, n. 3602; Cons. St., V, 9 marzo 2020, n.1655) il sub-procedimento di anomalia è di competenza del Rup e non della commissione di gara, le cui incombenze si esauriscono con la "valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico" ex art. 77 d.lgs. n. 50 del 2016, di talché è del tutto fisiologico che tale attività possa svolgersi anche una volta conclusa quella di competenza della commissione, ossia una volta che quest'ultima abbia presentato la proposta di aggiudicazione (che dà in effetti avvio alle verifiche propedeutiche all'adozione del provvedimento di aggiudicazione).
Essendo stato, peraltro, precisato come nelle procedure concorsuali da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa il Rup abbia, invero, la facoltà di scegliere, a seconda delle specifiche esigenze di approfondimento richieste dalla verifica, se procedere personalmente ovvero affidare le relative valutazioni alla Commissione giudicatrice (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2012, n. 36; V, 24 luglio 2017, n. 3646).
Pertanto, la scelta del Rup, nella procedura de qua, di svolgere personalmente le valutazioni in merito all'anomalia dell'offerta deve considerarsi pienamente legittima."

Consiglio di Stato, Sez. III, 31/01/2023, n. 1055

I chiarimenti e le Faq non sono idonei ad integrare alcuna prescrizione sui limiti dimensionali e per l'ipotesi del loro mancato rispetto nella redazione dell'offerta tecnica

"... la disciplina di gara non contemplava alcuna prescrizione sui limiti dimensionali e per l'ipotesi del loro mancato rispetto nella redazione dell'offerta tecnica ... i chiarimenti resi dalla stazione appaltante in corso di gara in risposta al quesito n. <<...>>, pur introducendo ex novo indicazioni sui limiti dimensionali ... pertanto, del tutto correttamente la Commissione di gara ha disapplicato, ossia ritenuto tamquam non esset, la prescrizione in questione, e lo ha fatto per tutti i concorrenti in gara, compresa l'odierna appellante;
— i chiarimenti e le Faq, d'altra parte, non sono idonei ad integrare o modificare la legge di gara (v. Cons. Stato, sez. V, n. 3492 del 2022; sez. I, parere n. 1275 del 2021; sez. III, n. 904 del 2021 e n. 64 del 2022). Essi, avendo natura meramente illustrativa delle regole della disciplina di gara, sono ammissibili nei limiti in cui, pur svolgendo la funzione di interpretazione autentica della lex specialis, non modifichino la disciplina ivi dettata per lo svolgimento della procedura selettiva; se, viceversa, si pongono in contrasto con le regole della gara, la stazione appaltante deve dare prevalenza alle clausole della lex specialis e al significato desumibile dal tenore letterale delle stesse (cfr. ex multis Cons. Stato, sez. V, nn. 7793 e 2260 del 2021; sez. III, n. 64 del 2022);"

Consiglio di Stato, Sez. VII, 25/01/2023, n. 808

"l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria, neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili"

"La soluzione prescelta dal Seggio di gara, inoltre, è conforme al principio di diritto espresso dalla nota pronuncia dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio n. 9 del 2 novembre 2015, secondo cui "l'indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell'offerta non è obbligatoria, neanche nell'ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili".
Ha affermato sul punto la Plenaria, tra l'altro, che la tesi favorevole all'affermazione dell'onere per il concorrente di indicare il nominativo del subappaltatore all'atto di presentazione dell'offerta produce due conseguenze negative:

a) comporta "una confusione tra avvalimento e subappalto, nella misura in cui attrae il rapporto con l'impresa subappaltatrice nella fase della gara, anziché in quella dell'esecuzione dell'appalto, con ciò assimilando due istituti che presentano presupposti, finalità e regolazioni diverse, ma senza creare il medesimo vincolo dell'avvalimento e senza assicurare, quindi, alla stazione appaltante le stesse garanzie contrattuali da esso offerte";
b) determina una distorsione del mercato dei lavori pubblici, "nella misura in cui costringe le imprese concorrenti a scegliere una (sola) impresa subappaltatrice, già nella fase della partecipazione alla gara, mediante l'imposizione di un onere partecipativo del tutto sproporzionato e gravoso".

A tale stregua, va condivisa l'affermazione del primo giudice secondo cui è irrilevante che la documentazione depositata in sede di soccorso istruttorio (id est: la dichiarazione presentata in data 12 febbraio 2021) rechi una data posteriore alla scadenza del termine di partecipazione, in quanto la dichiarazione del nominativo del subappaltatore è di completamento dell'offerta, ma non integra un requisito tecnico di partecipazione.
In definitiva, nel caso di specie la soluzione conforme ai principi ora esposti era quella – che il Seggio di gara ha correttamente seguito – di interpretare le suesposte clausole della lex specialis di gara, poco perspicue e assai ambigue, nel senso di ritenere che solo la mancanza della dichiarazione di voler ricorrere

al subappalto comportasse, in caso di subappalto necessario, l'esclusione dalla gara del concorrente incorso in detta omissione e che in ogni altro caso, incluso quello della presentazione di una dichiarazione incompleta, fosse possibile l'integrazione o regolarizzazione della stessa tramite il cd. soccorso istruttorio."

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 618 del 20 dicembre 2022
PREC 159/2022/L-PB

"Appalto pubblico – Lavori – Prezzari – Obbligo di aggiornamento – Riferimento alla fase di approvazione progettuale"

"L'obbligo di aggiornamento dei prezzi si riferisce alla fase di approvazione del progetto e non a quelle ad essa successive. Le stazioni appaltanti sono tenute a fare puntuale applicazione dei prezzari regionali aggiornati, secondo le previsioni dell'articolo 23 del Codice e tale obbligo è da riferirsi alla fase di approvazione degli elaborati progettuali."

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 5 del 11 gennaio 2023
PREC 168/2022/S-PB

"In caso di modifiche significative ai documenti di gara, tali da incidere sulla platea degli operatori economici potenzialmente interessati a partecipare alla procedura, la Stazione appaltante è tenuta alla ripubblicazione degli atti di gara e alla riapertura di tutti i termini previsti dalla lex specialis per la partecipazione, ivi compreso il termine per l'effettuazione del sopralluogo"

"… in presenza di modifiche significative ai documenti di gara l'art. 79, comma 3, lett. b) del d.lgs. 50/2016 prevede l'obbligo per le Stazioni appaltanti di prorogare i termini per la ricezione delle offerte, in modo che gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie alla preparazione delle offerte. Le modifiche «sostanziali» sono quelle in grado di incidere sui requisiti rilevanti ai fini della partecipazione alla procedura di gara in modo tale da determinare (anche solo potenzialmente) un ampliamento della platea dei soggetti interessati all'affidamento dell'appalto. Sono modifiche «sostanziali» – ad esempio – quelle che prevedono l'eliminazione di alcuni dei requisiti di capacità originariamente prescritti per la partecipazione alla procedura: l'effetto della modifica, in tal caso, è difatti quello di estendere la platea dei possibili concorrenti, comprendendo anche soggetti inizialmente esclusi dalla gara per difetto dei requisiti. In presenza di modifiche sostanziali, opera il cd. principio del "contrarius actus", in forza del quale dette modifiche devono avvenire con le stesse forme di pubblicità osservate in precedenza dalla Stazione appaltante per la pubblicazione del bando di gara. Peraltro, la giurisprudenza richiede, ai fini della legittimità della procedura, una riapertura dei termini per la presentazione delle offerte, non essendo sufficiente una mera proroga del termine originario, al fine di evitare discriminazioni partecipative e distorsioni della concorrenza, in violazione del principio fondamentale di tutte le procedure concorsuali consistente nella tutela della par condicio. La riapertura dei termini va intesa non solo come slittamento del termine per la presentazione delle offerte ma anche come automatica riapertura degli altri termini eventualmente previsti dalla lex specialis (es. il termine per effettuare il sopralluogo) (cfr. Tar Veneto n. 940/2018 e la giurisprudenza ivi richiamata);"

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 25 del 17 gennaio 2023
PREC 175/2022/SL-PB (ex PREC-DIR 74/2022/SL)

"*L'iscrizione alla white list è un requisito obbligatorio per la partecipazione alle gare e l'affidamento di appalti pubblici nei settori individuati come a maggior rischio di infiltrazione mafiosa. La mancata iscrizione alla white list per le attività oggetto di appalto, anche solo parzialmente riconducibili a quelle indicate dall'articolo 1, comma 53 della legge n.190/2012 determina "a monte" l'inammissibilità dell'impresa a partecipare alla gara e, quindi, la sua necessaria esclusione. Tale mancato possesso non è sanabile mediante soccorso istruttorio*."

"L'articolo 1, comma 52, della legge n. 190/2012 stabilisce, infatti, che «Per le attività imprenditoriali di cui al comma 53 la comunicazione e l'informazione antimafia liberatoria […] è obbligatoriamente acquisita […] attraverso la consultazione, anche in via telematica, di apposito elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa». Il successivo comma 53 contiene l'elenco delle attività maggiormente esposte a tentativo di infiltrazione mafiosa e il comma 54 indica le modalità per l'aggiornamento dell'elenco. Le suddette disposizioni non operano alcun distinguo tra le attività principali e le attività secondarie o accessorie svolte dalle imprese né istituiscono un regime differenziato in ragione della natura dell'impresa o della tipologia di utenza che beneficia dell'attività; prevedono, piuttosto, che laddove l'operatore economico operi in uno dei settori ritenuti particolarmente sensibili, sia tenuto a richiedere l'iscrizione alle white list della Prefettura territorialmente competente (ovvero quella del luogo ove ha sede legale l'impresa). Per la medesima ragione, quando il bando di gara preveda l'esecuzione di servizi, anche solo parzialmente rientranti nell'elenco di cui all'art. 1, comma 53, della L. 190/2012, la Stazione appaltante è tenuta ad accertare che l'impresa che vi partecipa e che dichiara di eseguirla risulti iscritta alle white list. La giurisprudenza ha infatti osservato come «la mancata iscrizione alla white list per le attività oggetto di appalto, anche solo parzialmente riconducibili a quelle indicate dall'articolo 1, comma 53 della legge n.190/2012 determina "a monte" l'inammissibilità dell'impresa a partecipare alla gara e, quindi, la sua necessaria esclusione» (cfr. in tal senso, da ultimo, ANAC delibere n. 127 del 16 marzo 2022 e n. 43 del 2 febbraio 2022; TAR Piemonte, 4 gennaio 2019, n. 19);"

A Domanda Rispondiamo

A. D. R.

1 Secondo quali modalità la Stazione Appaltante fissa i massimali della polizza assicurativa di cui all'art. 103 comma 7 del codice?

La stazione appaltante è tenuta a stabilire il massimale della polizza contro la responsabilità civile per danni nei limiti del 5% della somma assicurata secondo quanto stabilito dall'art. 103 comma 7 del codice dei contratti pubblici che trova applicazione unicamente per le opere con un minimo di 500.000 di euro ed un massimo di 5.000.000 di euro. Si evidenzia inoltre che la Stazione Appaltante deve indicare nei documenti e negli atti a base di gara o di affidamento l'importo della somma da assicurare che di norma corrisponde all'importo del contratto qualora non sussistano motivate particolari circostanze che impongono un importo superiore da assicurare ***(Cfr. Parere MIMS 18/11/2022, n. 1642).***

2 E' legittima l'esclusione di un operatore economico che produce in gara un contratto di avvalimento sottoscritto dalla sola ausiliaria?

No, non è legittima l'esclusione. Il Consiglio di Stato, sezione V, con sentenza n. 3209 del 21/05/2020, supera il problema mutuando un principio rinvenibile dalla Giustizia Civile, ovvero il fatto che la produzione in giudizio di una scrittura (rectius contratto) da parte del contraente che non l'abbia sottoscritta, realizza un equivalente della sottoscrizione a condizione che l'atto sia prodotto per invocare l'adempimento delle obbligazioni da esso scaturenti. Pertanto, nel momento in cui il concorrente ha prodotto in sede di offerta il contratto firmato, seppure firmato digitalmente dalla sola impresa ausiliaria, ne ha fatto proprio il contenuto così dimostrando la tempestiva volontà di volersi avvalere dei requisiti oggetto di avvalimento e alle condizioni ivi contenute.

3 Come cambiano le modalità di affidamento dei contratti PNRR e PNC con il D.L. 13/2023?

Il Decreto Legge 13/2023 entrato in vigore lo scorso 25/02/2023 con l'intento di semplificare ulteriormente l'accesso e lo sviluppo delle procedure legate agli investimenti pubblici PNRR e PNC, ha previsto diverse semplificazioni in materia di contratti pubblici, tra cui delle vere e proprie deroghe al codice degli appalti.

Il settore dell'edilizia scolastica è stato particolarmente interessato dalla norma in questione, difatti, è stata estesa la possibilità di operare come commissari straordinari per l'edilizia scolastica (opzione già introdotta fino al 31 dicembre 2026 per Sindaci e Presidenti di Provincia e di Città Metropolitana) anche ai soggetti attuatori degli interventi, alle stazioni appaltanti (se diverse dai soggetti attuatori), alle centrali di committenza e ai contraenti generali per i quali si applicano le deroghe al codice degli appalti già previsti dall'art. 7-ter del Decreto legge 22/20.

Gli Enti locali potranno utilizzare le economie di gara derivanti dai ribassi d'asta per gli interventi di edilizia scolastica anche per i "progetti in essere" e non solo per i "nuovi" progetti PNRR. Infatti per tali interventi l'utilizzo delle economie derivanti dai ribassi d'asta non era previsto dalla normativa vigente, all'esito dell'incalzante fenomeno dell'aumento del costo dei materiali.

In deroga alle norme vigenti, si potrà procedere all'affidamento diretto per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 215.000 euro. L'affidamento diretto può essere effettuato, anche senza consultazione di più operatori economici, fermi restando il rispetto dei principi fondamentali per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni e l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante ovvero in elenchi o albi istituiti o messi a disposizione dalla centrale di committenza, comunque nel rispetto del principio di rotazione.

Al fine di rispettare i tempi previsti dal PNRR in tema di edilizia scolastica, i sindaci e i presidenti delle province e delle città metropolitane, a cui sono stati assegnati su questa materia poteri derogatori al codice degli appalti, in analogia a quanto previsto per i commissari straordinari, possono avvalersi di altre strutture pubbliche, centrali e locali, per ricevere supporto specialistico. Gli oneri sono posti a carico dei quadri economici degli interventi da realizzare o completare in misura non superiore al 3 per cento del relativo quadro economico.

Le deroghe sopra indicate si applicano anche agli accordi-quadro per l'affidamento dei servizi tecnici e dei lavori stipulati da Invitalia, e anche per l'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione.

4 Nel caso di accordo quadro con più operatori economici e senza rilancio competitivo quali possono essere i metodi di scelta dell'affidatario del singolo contratto attuativo?

Nell'accordo quadro concluso con più operatori economici senza rilancio competitivo, la Stazione Appaltante deve indicare nei documenti di gara il metodo di scelta dell'affidatario dello specifico contratto attuativo, che può essere a titolo esemplificativo, la rotazione, lo scorrimento "a cascata" (quando il contratto attuativo viene stipulato con l'operatore economico che ha presentato la migliore offerta durante la prima fase della procedura e solo in caso di incapacità o rinuncia di tale operatore, le stazioni appaltanti potranno scorrere la graduatoria) o la previsione di rapporti percentuali da attribuire alla graduatoria degli operatori economici con cui è stato concluso l'accordo quadro.

5 Quali sono le novità in materia di verifica della congruità della manodopera?

Con l'obiettivo di contrastare l'utilizzo del lavoro irregolare nei cantieri, per tutti gli appalti pubblici e per tutti i lavori privati il cui ammontare complessivo sia pari o superiori a 70.000 euro, il D.M. 143/2021 ha previsto l'obbligo della richiesta alla cassa edile competente per territorio, della verifica di congruità della manodopera.
Tale obbligo è rivolto sia all'ambito dei lavori pubblici che di quelli privati, eseguiti da imprese affidatarie, in appalto o subappalto, o da lavoratori autonomi coinvolti a qualsiasi titolo nella loro esecuzione, in occasione della presentazione dell'ultimo stato di avanzamento dei lavori da parte dell'impresa, prima di procedere al saldo finale dei lavori, per i lavori pubblici. Per i lavori privati, la congruità dell'incidenza della manodopera deve essere dimostrata prima dell'erogazione del saldo finale da parte del committente. A tal fine, l'impresa affidataria presenta l'attestazione riferita alla congruità dell'opera complessiva.

Dal 01/03/2023, dopo la presentazione della Denuncia di Nuovo Lavoro (DNL) alla Cassa Edile competente per territorio, è prevista la generazione di una PEC rivolta all'impresa presentatrice, che sarà utilizzata per segnalare che il cantiere è soggetto alla verifica di congruità. Il contenuto della PEC è il cosiddetto "alert", che ricorda all'impresa affidataria, l'obbligo di dimostrazione della congruità, prima dell'erogazione del saldo finale da parte del committente, così come stabilito dalla norma.

La finalità dell'alert consiste nel ricordare e monitorare, nel corso dell'esecuzione dei lavori, il livello di congruità della manodopera, consentendo così all'impresa affidataria di verificare in corso d'opera, sia per le proprie prestazioni, sia per quelle degli eventuali subappaltatori operanti nel cantiere, la coerenza delle ore lavorate con il costo medio nazionale stabilito nelle tabelle del decreto ministeriale. La tabella, suddivisa per categorie di lavori, sarà oggetto di aggiornamento periodico, sempre con decreto ministeriale.

L'attestazione di congruità è rilasciata, entro 10 giorni dalla richiesta, dalla Cassa Edile territorialmente competente, su istanza dell'impresa affidataria o del soggetto da essa delegato, oppure del committente. Qualora non sia possibile attestare la congruità, la Cassa competente evidenzierà analiticamente all'impresa le difformità riscontrate e la invita a regolarizzare entro 15 giorni, attraverso il versamento in Cassa Edile dell'importo corrispondente alla differenza di costo del lavoro necessaria per raggiungere la percentuale stabilita per la congruità. In mancanza di regolarizzazione, l'esito negativo della verifica di congruità riferita alla singola opera, pubblica o privata, incide, dalla data di emissione, sulle successive verifiche di regolarità contributiva finalizzate al rilascio del DURC online per l'impresa affidataria.

6 Quali sono i limiti delle convenzioni ex art. 5 della Legge n. 381/1991?

L'art. 5 della legge n. 381 del 1991 contiene la disciplina del rapporto fra pubblica amministrazione e cooperative sociali. Le convenzioni della legge n. 381 del 1991, possono essere stipulate fra le cooperative sociali di tipo B e la pubblica amministrazione e costituiscono delle forme specifiche di affidamento di servizi attraverso modalità che non coincidono con quelle del Codice dei contratti pubblici. La ratio della previsione è da rintracciare nello scopo di "creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate", attraverso lo strumento della convenzione. Gli affidamenti ex art. 5 della Legge n. 381/1991 presentano dei limiti sia di tipo soggettivo che ti tipo oggettivo. Sotto il profilo soggettivo le convenzioni possono essere concluse fra tutte le pubbliche amministrazioni e le sole cooperative sociali cosiddette di tipo B, a condizioni che le stesse siano iscritte all'albo regionale delle società cooperative. Sotto il profilo oggettivo, può essere conclusa una convenzione fra le cooperative sociali di tipo B e la pubblica amministrazione a condizione che: 1) abbiano ad oggetto la sola fornitura di beni e servizi strumentali resi a favore della pubblica amministrazione e riferibili ad esigenze strumentali della stessa e non riguardino la fornitura di beni e servizi di tipo socio-sanitario ed educativo. Trattandosi di una norma derogatoria, l'ambito di applicazione non può essere esteso in via interpretativa (Consiglio di Stato, sez V., 27 marzo 2015, n. 1620); 2) la finalità perseguita deve essere non solo quella di fornire un determinato bene o servizio alla pubblica amministrazione, bensì pure la creazione di occasioni di lavoro per i soggetti svantaggiati; in tal senso, come ricordano le linee guida Anac n. 32 del 2016, "la scelta di avvalersi del modulo convenzionale costituisce frutto di una valutazione discrezionale, che, come tale, deve essere adeguatamente motivata in relazione alle ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano"; 3) il valore della convenzione, al netto dell'Iva, sia inferiore alla soglia.

7 Negli appalti di servizi e forniture finanziati con fondi PNRR le Stazioni Appaltanti hanno la facoltà di inserire il c.d. premio di accelerazione?

No, le Stazioni Appaltanti non possono inserire il c.d. premio di accelerazione negli appalti di servizi e forniture in quanto, dal tenore letterale dell'art. 50 comma 4 del Decreto Legge 31 maggio 2021 n. 77 avendo il legislatore espressamente fatto riferimento "all'ultimazione dei lavori", si evince chiaramente che tale premio è riferito solo agli appalti di lavori finanziati dal PNRR e PNC. Inoltre, il MIMS ha indicato che il premio di accelerazione previsto per l'ultimazione dei lavori in anticipo rispetto al termine previsto, è applicabile a tutti i contratti, indipendentemente dalla procedura di affidamento utilizzata ***(Parere MIMS n. 1341/2022).***

Avvalimento ... i risvolti pratici di un istituto in "movimento"

IN PIL LOLE

Interessanti spunti dalla Giurisprudenza recente su alcuni aspetti pratico operativi che investono l'istituto dell'avvalimento e la sua meccanica costitutiva. Il suo incrocio con il soccorso istruttorio, piuttosto che la sua estensione alla dimensione c.d. premiale, o ancora lo scivolosissimo terreno del c.d. avvalimento di garanzia, rappresentano soltanto alcuni degli indicatori di un istituto tipico del settore degli appalti pubblici che è certamente in costante divenire.

La prima interessante questione è connessa alla mancata o tardiva, o comunque non contestuale, produzione dell'intero corredo documentale richiesto dall'art. 89 del Codice, in particolare, la questione connessa alla necessità di marcare temporalmente il contratto di avvalimento per conferirgli data certa.
Il Tar Piemonte, Sez. II, 07/ 11/ 2019, n.1111 precisava che: "*… l'oggetto dell'avvalimento e i requisiti messi a disposizione sono chiari dalla presentazione della domanda e non sono messi in discussione; la volontà dell'ausiliaria (estranea alla procedura) risulta debitamente manifestata in tempi certamente antecedenti alla scadenza dei termini di partecipazione, essendo stato prodotto in gara un documento con la sua sottoscrizione; al di là della marcatura temporale della firma digitale, la produzione in gara del documento sottoscritto dall'ausiliaria prova che la sua volontà era stata compiutamente e formalmente espressa prima della scadenza dei termini così da consentire la produzione documentale; la concorrente ha, in più documenti nel contesto della gara, manifestato una volontà del tutto conforme a quella dell'ausiliaria, e lo ha fatto chiaramente con la domanda di partecipazione, quindi prima della scadenza dei termini di partecipazione.*[1]

1. La fattispecie non è dunque in alcun modo sovrapponibile né all'ipotesi in cui nessun contratto di avvalimento sia stato prodotto (si tratterebbe in tal caso di una carenza sostanziale e non di una irregolarità formale dell'offerta), né a quella, teorica, della produzione di un contratto di avvalimento mancante della sottoscrizione dell'ausiliaria; essendo quest'ultima estranea alla gara, mancherebbe in tal caso negli atti di gara qualsiasi indizio di effettiva sussistenza della volontà dell'ausiliaria antecedentemente la scadenza dei termini di presentazione della domanda; nel caso di specie, per contro, e come già osservato, vi è la certa e positiva manifestazione di volontà dell'ausiliaria evincibile dal documento contrattuale tempestivamente depositato e vi sono plurimi indizi nei documenti tempestivamente compilati dalla parte di manifestazione coerente di volontà espressa dalla concorrente, sempre in forma scritta e reperibile nei documenti di gara. Si veda inoltre, sulla stessa linea, come espressamente segnalato dai Giudici anche Tar Piemonte, sez. II, n. 478/2019.

… Ritiene il collegio che tale quadro presenti un sufficiente numero di indizi tali da consentire di ritenere provato che il contratto recante le due sottoscrizioni e prodotto ai fini di un eventuale soccorso istruttorio fosse stato tempestivamente sottoscritto.

In definitiva pare al collegio che, riportata la problematica sul corretto piano della prova e non della radicale inesistenza del contratto, residui l'esigenza di bilanciare correttamente due valori, parimenti tutelati dalla disciplina dell'evidenza pubblica, quello del favor partecipationis (presidiato anche dal soccorso istruttorio) e quello dell'autoresponsabilità.

Quest'ultimo, tuttavia, non può trascendere in una sorta di diniego di possibilità di emenda di qualunque tipo di errore, non foss'altro perché l'emenda delle mere carenze documentali è consentita espressamente dall'art. 83 co. 9, che ammette la sanatoria anche delle irregolarità essenziali dei documenti di gara, con esclusione solo di quelle che "non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile", ipotesi che certamente non ricorre nel caso di specie;

l'autoresponsabilità, per contro, è presidio della trasparenza e celerità delle procedure, sicchè devono essere escluse quelle forme di ausilio al concorrente che potrebbero o ledere la par condicio dei concorrenti od ingiustificatamente aggravare la procedura; la produzione di un documento a doppia firma riproduttivo di un documento già presentato e del tutto coerente con l'univoca manifestazione di volontà già espressa in gara non pare al collegio ledere nessuno dei suddetti valori."

Anche in sede di appello il Consiglio di Stato giusta sentenza n. 3209/2020 ha precisato con una puntuale disamina gli aspetti salienti di un ormai certo orientamento. In particolare dando atto che punto rilevante è la prova del perfezionamento del contratto prima della scadenza dei termini di partecipazione alla gara, escludendo dunque che si ponga un problema di validità del contratto di avvalimento, del quale è peraltro pacificamente ammessa la natura di contratto con forma scritta ad substantiam actus[2]. Del resto, il requisito della forma scritta, che può essere assolta sia con la tradizionale scrittura privata, sia attraverso l'uso del documento informatico, ammette la non simultaneità della sottoscrizione, che anzi è inevitabile nella veste informatica. Nè si pone il problema della ammissibilità, nei contratti pubblici, della stipula nella forma dello scambio di proposta ed accettazione tra assenti (contratti a distanza o per corrispondenza), preclusa di regola dalla legge di contabilità dello Stato (artt. 16 e 17 del r.d. n. 2440 del 1923), in quanto l'avvalimento è un contratto tra privati, seppure funzionalizzato alla partecipazione ad un procedimento di evidenza pubblica.

Deve dunque escludersi la nullità del contratto di avvalimento trasmesso telematicamente, come confermato dalla circostanza che è stato comunque versato agli atti del procedimento di gara il contratto digitalmente sottoscritto da entrambe le parti, rimanendo aperto il problema della data della seconda sottoscrizione, da parte dell'impresa ausiliata e concorrente nella gara, al fine di verificarne la tempestività (e dunque regolarità) rispetto al termine di scadenza per la presentazione delle domande di partecipazione.

Occorre ricordare come la giurisprudenza abbia affermato che anche la produzione di copia del contratto di avvalimento (laddove è richiesto dalla legge l'originale o copia autentica) costituisce una "irregolarità" (relativa alla forma) dei documenti cui è possibile rimediare mediante attivazione del soccorso istruttorio (Cons. Stato, V, 19 febbraio 2019, n. 1143). Il soccorso istruttorio deve invece escludersi con riguardo ai profili contenutistici del contratto di avvalimento, ad esempio nel caso in cui non contenga alcun impegno dell'ausiliaria ad eseguire le prestazioni per cui le capacità sono richieste (così Cons. Stato, V, 3 aprile 2019, n. 2191).

Bene conosce il Collegio il precedente della Sezione 20 agosto 2019, n. 5747, volto a sottolineare che il contratto deve essere presentato unitamente alla domanda di partecipazione e che nell'ipotesi in cui ciò non avvenga, ed in particolare nel caso di soccorso istruttorio si pone il problema di dimostrare, a posteriori, che il contratto di avvalimento sia stato, in realtà, stipulato prima

2. in termini C.G.A. Sicilia, 19 febbraio 2016, n. 52, ma anche Cons. Stato, Ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23 nella prospettiva della forma quale mezzo di controllo della stazione appaltante sui requisiti essenziali dell'avvalimento.

della scadenza del termine di presentazione delle offerte.
Nel caso di specie, peraltro, si verte al cospetto di un contratto sottoscritto digitalmente, rispetto al quale la manipolazione della data della sottoscrizione dell'impresa ausiliata risulta certamente più complessa; dalla certificazione versata in atti emerge che "*omissis*" (e, per essa, il legale rappresentante sig. "*omissis*") abbia sottoscritto il contratto in data 18 agosto 2019. Non può dunque escludersi che il certificato della firma apposta telematicamente dall'impresa ausiliata, risalente, come detto, al 18 agosto 2019, rilevi, ai sensi dell'art. 2704 Cod. civ., come fatto idoneo a dimostrare l'anteriorità del documento rispetto al termine di scadenza per la proposizione dell'offerta (2 settembre 2019).

Peraltro, anche ad ammettere che, ai sensi dell'art. 20 del C.A.D. (di cui al d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82), l'unica prova della data certa sia la c.d. marcatura temporale (processo con cui un certificatore accreditato crea ed appone su di un documento informatico, digitale od elettronico, una "firma digitale del documento" alla quale sono associate le informazioni relative alla data ed all'ora di creazione, opponibili a terzi allorchè siano state seguite le regole tecniche sulla validazione temporale), formalità peraltro non richiesta dalla lex specialis, nella fattispecie controversa, come si è già precedentemente osservato, il problema può ritenersi superato dal "recepimento", da parte dell'impresa ausiliata, degli effetti del contratto sottoscritto unilateralmente (e cioè dalla sola ausiliaria), con conseguente perfezionamento del contratto dal momento della produzione dello stesso agli atti del procedimento unitamente alla offerta.[3]

Altra interessante questione riguarda la tematica del c.d. avvalimento di garanzia, talvolta collegata alla natura intangibile del requisito speciale da mettere a disposizione del concorrente da parte dell'ausiliario. Sulla disamina della tipologia di requisito, un interessante TAR Toscana – Firenze, sez. II, 19 dicembre 2022 n. 1463 rammenta che: "*Laddove la stazione appaltante intenda garantirsi affinchè il contratto venga affidato a un'impresa che presenti sufficiente "spessore" sotto il profilo economico, finanziario o tecnico, richiede allora requisiti di partecipazione rivolti al passato, atti cioè a garantirla sulla solidità sia finanziaria che di capacità tecnica della concorrente. Quando invece intende condizionare l'esecuzione dell'appalto al possesso di determinate risorse, ritenute necessarie per la buona riuscita del medesimo, richiede requisiti di partecipazione rivolti al futuro e cioè destinati ad operare, in caso di aggiudicazione, nel corso dell'attuazione del programma negoziale. In quest'ultimo caso verrà allora richiesto il possesso di livelli sufficienti di professionalità in capo alle maestranze dell'aggiudicataria, congiuntamente o meno alla disponibilità di specifici mezzi e requisiti tecnici. Non è quest'ultimo il caso di specie, poiché il bando espressamente richiedeva una condizione verificatasi in passato, ovvero l'avere venduto un determinato numero di autobus ad alimentazione elettrica.*
Questo requisito, e non il possesso di specifiche professionalità o mezzi tecnici per l'esecuzione dell'appalto, era ritenuto necessario per la buona riuscita della fornitura in gara. Si tratta dunque di un requisito rivolto al passato e prescritto al fine di garantire che il contratto fosse stipulato con un'impresa avente solidità nel mercato. E' un requisito assimilabile a quelli di capacità economica e finanziaria dei candidati ad una gara d'appalto, per i quali la giurisprudenza ammette pacificamente il ricorso all'avvalimento in garanzia. In questo caso l'impresa ausiliaria si fa garante, con la sua solidità economica o, come nel caso di specie, tecnica in termini di posizionamento sul mercato, dello spessore richiesto dalla stazione appaltante all'impresa candidata ad eseguire il contratto in gara. Trattandosi di avvalimento in garanzia, al fine della validità del relativo contratto è sufficiente che dallo stesso emerga l'impegno dell'impresa ausiliaria a mettere a disposizione il suo valore aggiunto in termini di solidità, senza che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno

3. Sul punto si richiama anche il recentissimo intervento dell'ANAC – Delibera n. 75 del 22 febbraio 2023 – nel quale si legge che: La mancata presentazione del contratto di avvalimento è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriori al termine fissato per la presentazione delle offerte. In caso di contratto di avvalimento firmato digitalmente, ai fini dell'opponibilità ai terzi della data è necessaria l'apposizione della marcatura temporale o il ricorso ad una delle altre modalità di validazione temporale previste dalla vigente normativa.

contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali, essendo invece sufficiente che da essa emerga l'impegno contrattuale a prestare e a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale. E' stato infatti statuito che "l'avvalimento di garanzia non richiede di essere riferito a beni capitali descritti e individuati con precisione, mirando esclusivamente ad asseverare (mediante il formale impegno dell'ausiliaria di messa a disposizione della propria solidità finanziaria e professionale) la generale capacità dell'offerente di onorare gli obblighi contrattuali, di contro quello operativo impone l'individuazione specifica dei mezzi, giacché concerne (recte, condiziona) la stessa esecuzione della prestazione".

I ragionamenti sui requisiti da far transitare attraverso lo strumento dell'avvalimento, conduce inoltre a vagliare la posizione di un altro requisito tecnico dalle "sorti controverse", la certificazione di qualità. Sul punto il Consiglio di Stato, sez. IV, 16.01.2023 n. 502 dando preliminarmente atto che Giurisprudenza prevalente, dopo alcuni contrari avvisi, ne ammette oramai pacificamente l'ammissibilità (ex multis, Cons. Stato, Ad. plen. 4 novembre 2016, n. 23; V, 27 luglio 2017, n. 3710; 17 maggio 2018, n. 2953; III, 8 ottobre 2018, n. 5765; V, 10 settembre 2018, n. 5287; 20 novembre 2018, n. 6551; 18 marzo 2019, n. 1730), chiarisce che "*nelle gare pubbliche la certificazione di qualità, essendo connotata dal precipuo fine di valorizzare gli elementi di eccellenza dell'organizzazione complessiva, è da considerarsi anch'essa requisito di idoneità tecnico organizzativa dell'impresa, da inserirsi tra gli elementi idonei a dimostrarne la capacità tecnico professionale assicurando che l'impresa, cui sarà affidato il servizio o la fornitura, sarà in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto" (così Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6125, vedi anche Sez. V, 6 marzo 2013, n. 1368; Sez. IV, n. 4958 del 2014; Sez. V, n. 3517 del 2015; Sez. V, n. 2953 del 2018). In caso di avvalimento, quindi, l'impresa ausiliata può senz'altro utilizzare tutti i requisiti afferenti alla capacità economica e tecnica dell'impresa ausiliaria, non esclusa la certificazione di qualità.*

Gli argomenti dedotti dall'appellante sono volti a limitare la possibilità di avvalimento nel caso di specie, identificando la certificazione di qualità con i requisiti minimi di partecipazione. Si tratterebbe di soluzione contrastante con i principi appena richiamati di matrice europea, accolti ormai da tempo dal Consiglio di Stato.

I medesimi argomenti non tengono peraltro conto del fatto che la giurisprudenza del giudice amministrativo ha chiarito che benché il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto abbiano ciascuno una propria autonomia ed una propria peculiare funzione nell'economia della procedura, il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando in particolare il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando, tutti insieme costituiscono la lex specialis della gara (Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6154; id., sez. V, 5 settembre 2011, n. 4981; id. 25 maggio 2010, n. 3311; id. 12 dicembre 2009, n. 7792), in tal modo sottolineandosi il carattere vincolante che (tutte) quelle disposizioni assumono non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell'amministrazione appaltante, in attuazione dei principi costituzionali fissati dall'art. 97 (v. Cons. Stato, Sez. III, n. 1804 del 2021).

La giurisprudenza amministrativa ha infatti precisato a più riprese (v. da ultimo Cons. Stato, Sez. V, n. 2515 del 2022) che, qualora oggetto di avvalimento sia la certificazione di qualità, è indispensabile che l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'impresa ausiliata tutta la propria organizzazione aziendale comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che, complessivamente considerate, le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2021, n. 6271; Sez. V, 18 marzo 2019, n. 1730; sez. V, 27 luglio 2017, n. 3710), poiché si tratta di avvalimento complessivo o, meglio, avente ad oggetto un requisito "inscindibile" nel senso che la medesima organizzazione aziendale non può essere contemporaneamente utilizzata dall'ausiliata e messa a disposizione dell'ausiliaria.

L'avvalimento deve quindi essere effettivo e non fittizio, non potendosi ammettere il c.d. "prestito" della sola certificazione di qualità quale mero documento e senza quel minimo d'apparato dell'ausiliaria atta a dar senso al prestito stesso, a seconda dei casi i mezzi, il personale, il know how, le prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti (cfr. così, Cons. St., Sez. V, n. 3574 del 2014; Sez. III, n. 3517 del 2015).

La certificazione di qualità, in quanto finalizzata ad assicurare l'espletamento del servizio o della fornitura da una impresa secondo il livello qualitativo

accertato dall'apposito organismo e sulla base di parametri rigorosi delineati a livello internazionale —che danno rilievo all'organizzazione complessiva della relativa attività ed all'intero svolgimento delle diverse fasi di lavoro —, non può essere oggetto di avvalimento senza la messa a disposizione di tutto o di quella parte del complesso aziendale del soggetto al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità, occorrente per l'effettuazione del servizio o della fornitura. Occorre infatti che il requisito di ammissione dimostrato dall'impresa partecipante mediante l'avvalimento rassicuri la stazione appaltante circa l'affidabilità della futura offerta allo stesso modo in cui ciò avverrebbe se il requisito fosse posseduto in via diretta dalla partecipante alla gara (v. ex multis, Cons. Stato, Sez. III, n. 3517 del 2015; Sez. V, n. 3710 del 2017).

In altri termini, l'ausiliaria deve mettere a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2017, n. 852; Cons. Stato., sez. V, 12 maggio 2017, n. 2225, con considerazioni riferite al prestito dell'attestazione S.O.A., che valgono a maggior ragione per il prestito della certificazione di qualità). La qualità risulta, infatti, inscindibile dal complesso dell'impresa che rimane in capo all'ausiliaria (Cons. Stato, Sez. V, n. 3710 del 2017).

L'avvalimento riferito alla certificazione di qualità ha dunque carattere complessivo o, meglio, ha ad oggetto un requisito "inscindibile" nel senso che la medesima organizzazione aziendale (comprensiva, non solo del personale operativo, ma anche di quello preposto al controllo di qualità, degli audit periodici) non può essere contemporaneamente utilizzata dall'ausiliata e messa a disposizione dell'ausiliaria (cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. V, n. 2515 del 2022)."[4]

4. in particolare rilevando, come di recente, che "I certificati rilasciati da organismi indipendenti di cui all'art. 87 del Codice dei contratti pubblici sono pur sempre attinenti a capacità tecniche e professionali dell'impresa, così come definite dall'art. 58, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE ("requisiti per garantire che gli operatori economici possiedono le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con adeguato standard di qualità"), di modo che, ai sensi del successivo art. 63, ben possono essere oggetto di avvalimento" (Cons. Stato, V, 13 settembre 2021, n. 6271)" (Cons. Stato, sez. V, n. 7370 del 2021). Come questo Consiglio di Stato ha sottolineato (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 5765 del 2018, Sez. V, n. 2953 del 2018) in linea generale l'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale in attuazione di puntuali prescrizioni dell'ordinamento U.E. ed esso risulta volto, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'U.E., a conseguire l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile. Si tratta, secondo la Corte, di un obiettivo perseguito dalle direttive a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici (in tal senso, sentenza del 23 dicembre 2009 in causa C-305/08, CoNISMa). L'enucleazione dell'istituto mira inoltre a facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, cui tende altresì la direttiva 2004/18, come posto in rilievo dal considerando 32 (in tal senso la sentenza del 10 ottobre 2013 in causa C-94/12, SWM Costruzioni). Trattandosi di obiettivi generali dell'ordinamento eurounitario (e sulla base di generali canoni ermeneutici di matrice U.E.), grava sull'operatore nazionale l'obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale in senso loro conforme (c.d. criterio dell'interpretazione conforme) e di non introdurre in relazione ad essi vincoli e limiti ulteriori e diversi rispetto a quelli che operano in relazione alle analoghe figure del diritto interno (si tratta di un corollario applicativo dei generali principi di parità di trattamento e di non discriminazione che devono assistere le posizioni giuridiche e gli istituti di matrice eurounitaria); in particolare, in assenza di motivate condizioni eccezionali, l'applicazione dei richiamati principi di parità di trattamento e di non discriminazione osta all'introduzione da parte dei legislatori nazionali di vincoli e limiti alla generale possibilità per gli operatori di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti (in tal senso la sentenza 7 aprile 2016 in causa C-324/14, Partner Apelski Dariusz). Allargando lo spettro di indagine, sempre in tema di requisiti speciali e avvalimento parziale e frazionato, si richiama inoltre l'attenzione sulla pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. IV, 18 gennaio 2023, n. 620 il quale afferma l'ammissibilità dell'avvalimento "parziale" e dell'avvalimento "frazionato". Entrambi ammissibili sulla base dell'orientamento della Corte di Giustizia, Sez. V, del 10 ottobre 2013, causa C94/12 e di conseguenza, a tutto concedere, non può ritenersi illegittimo il cumulo del requisito del concorrente con il requisito dell'ausiliaria ai fini del raggiungimento della "soglia" prescritta dal bando (l'avvalimento plurimo o frazionato non può essere consentito solo con riferimento ai c.d. requisiti di punta che tuttavia nel caso in esame non sono richiesti – cfr. Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2017, n.3364).

Un posto di rilievo si ritaglia sicuramente la pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, 9 febbraio 2023, n. 1449 dedicata al c.d. avvalimento premiale, l'evoluzione dell'istituto in vista non soltanto dell'esigenza da soddisfare da parte del concorrente di acquisizione del requisito di partecipazione di cui è privo, ma anche della stretta connessione con l'esigenza di ottenere punteggi addizionali per la qualità dell'offerta tecnica.

Si precisa infatti che: "*l'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che le dichiarazioni da rendersi dall'impresa ausiliaria siano distinte dal contratto di avvalimento. Tuttavia la distinzione desumibile dal confronto tra i diversi periodi della norma è fondata sulla direzione soggettiva delle dichiarazioni; e precisamente:*

– quelle contrattuali, di cui al penultimo periodo, contengono la dichiarazione d'obbligo dell'impresa ausiliaria "nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata del contratto", di modo che l'assunzione della corrispondente obbligazione entra a far parte del sinallagma contrattuale; quindi è rilevante nei rapporti, di natura privatistica, fra le parti contraenti;

– la dichiarazione "sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga … a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente" (che si aggiunge alla dichiarazione della stessa impresa attestante il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento, di cui al periodo precedente dello stesso art. 89, comma 1) è invece rivolta (oltre che al concorrente) alla stazione appaltante; essa è indispensabile per rendere opponibile a quest'ultima il contratto stipulato inter alios, quindi per coinvolgere l'impresa ausiliaria, già nella fase della gara, a condividere il "prestito" dei requisiti, nonché per consentire l'assunzione di responsabilità "in relazione alle prestazioni oggetto del contratto" che l'art. 89, comma 5, estende all'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, rilevante nella fase esecutiva (arg. ex art. 89, comma 9).

La separatezza formale delle dichiarazioni dell'impresa ausiliaria rivolte alla stazione appaltante rispetto agli impegni contrattuali rivolti all'impresa concorrente, quale si desume dal testo di legge, è funzionale all'esecuzione delle verifiche della documentazione amministrativa in fase di gara, da effettuarsi secondo quanto disposto dallo stesso art. 89, comma 3.

Nondimeno è da escludere che il dato formale possa prevalere sul dato sostanziale dell'esistenza agli atti della stazione appaltante di dichiarazioni dell'impresa ausiliaria aventi i contenuti prescritti dall'art. 89, comma 1, rivolte nei confronti della medesima stazione appaltante e sottoscritte dall'ausiliaria, anche se non contenute in documenti separati dal contratto di avvalimento, ma inserite all'interno del testo contrattuale, come accaduto nel caso di specie. (..) Giova precisare che è indispensabile per la validità dell'avvalimento, quindi rilevante a fini escludenti (senza che sia all'uopo necessaria un'apposita previsione del disciplinare di gara (..)), sia che l'impresa ausiliaria renda le dichiarazioni d'obbligo nei confronti della stazione appaltante ex art. 89, comma 1, sia che risultino sottoscritte in data antecedente a quella di scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Non compromette invece la validità dell'avvalimento la mancanza del requisito formale della separatezza delle dichiarazioni dal contratto di avvalimento.

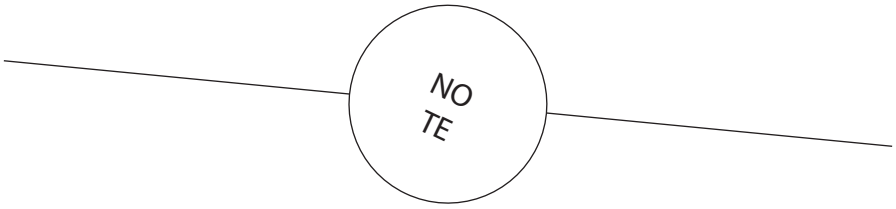
E' legittima la situazione in cui l'avvalimento è utilizzato per il suo scopo tipico, cioè quello di fare conseguire all'impresa concorrente il requisito di partecipazione di cui è priva, ma tale utilizzazione non può andare disgiunta da quella valevole anche per ottenere punteggi addizionali per la qualità dell'offerta tecnica "giacché le risorse, i beni e le capacità dell'impresa ausiliaria contemplati nel contratto di avvalimento entrano a far parte organica della complessiva offerta presentata dalla concorrente" (come testualmente affermato già da C.G.A. 15 aprile 2016, n. 109, ma più chiaramente esplicitato da Cons. Stato, V, 25 marzo 2021, n. 2526, alla cui motivazione è qui sufficiente fare integrale rinvio, specie nella parte in cui qualifica come fisiologica "l'eventualità che l'operatore economico concorrente ricorra all'avvalimento al fine di conseguire i requisiti di cui è carente e, nello strutturare e formulare la propria offerta tecnica, contempli nell'ambito della stessa anche beni o prodotti forniti dall'impresa ausiliaria ovvero mezzi, attrezzature, risorse e personale messi a disposizione da quest'ultima: nel quale caso è evidente che i termini dell'offerta negoziale devono essere apprezzati e valutati in quanto tali, con l'attribuzione dei relativi punteggi, nella prospettiva di un'effettiva messa a disposizione della stazione appaltante all'esito dell'aggiudicazione e dell'affidamento del contratto"). Si tratta di interpretazione che si lascia preferire all'altra, più rigorosa, che esclude che l'avvalimento

possa essere strumento di migliore valutazione dell'offerta anche quando sia servito per consentire la partecipazione alla gara (di cui è espressione Cons. Stato, V, 22 dicembre 2016, n. 5419). In senso contrario a tale ultimo orientamento giurisprudenziale (da ritenersi superato da quello espresso dalla citata sentenza n.2526/21) su cui si basano le ragioni dell'appellante, va valorizzata – oltre all'argomento fatto proprio dalle decisioni sopra richiamate, circa l'inscindibilità dell'offerta tecnica complessiva del concorrente – la ratio del divieto. In sintesi, il divieto dell'avvalimento c.d. premiale è stato ritenuto – mediante una rigorosa, letterale, interpretazione delle norme sull'avvalimento, interne e comunitarie, su cui non è necessario svolgere in questa sede, pur plausibili, considerazioni critiche – al fine impedire l'abusivo ricorso all'istituto dell'avvalimento. Tale abuso è però decisamente da escludere nel caso in cui l'avvalimento abbia assolto alla sua funzione ausiliaria tipica derivante dalla messa a disposizione dei requisiti di partecipazione alla gara e, in conseguenza di ciò, abbia completato l'offerta dell'impresa concorrente arricchendola degli elementi meritevoli di punteggio premiale." [5]

Ultima, ma certo non per ordine di importanza, pronuncia sulla quale si richiama l'attenzione è il Tar Sicilia-Palermo, Sez. II, 16 febbraio 2023, n. 529. Esso affronta l'ormai nota questione della nullità del contratto di avvalimento per difetto di causa e carente indicazione del corrispettivo. Statuisce il Tar che: "*Deve essere affermato che «la nullità del contratto di avvalimento per mancanza della causa può dichiararsi solo allorquando non sia ravvisabile una ragione pratica giustificativa del contratto o un interesse meritevole di tutela ad esso sotteso» (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 8486 del 2021), quantunque in assenza di corrispettivo. Anche la giurisprudenza della Corte di giustizia UE ha ritenuto che «il corrispettivo non deve necessariamente consistere nel versamento di una somma di denaro, cosicché la prestazione può essere retribuita con altre forme di corrispettivi, come il rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio pattuito (v., in particolare, sentenze del 19 dicembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., C-159/11, EU:C:2012:817, punto 29; del 13 giugno 2013, Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, punto 31, nonché del 18 ottobre 2018, IBA Molecular Italy, C-606/17, EU:C:2018:843, punto 29). Ciò non toglie che il carattere sinallagmatico di un contratto di appalto pubblico comporta necessariamente la creazione di obblighi giuridicamente vincolanti per ciascuna delle parti del contratto, la cui esecuzione deve poter essere esigibile in sede giurisdizionale (v., in tal senso, sentenza del 25 marzo 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punti da 60 a 62)» (Corte di giustizia UE, sez. IV, 10 settembre 2020, C-367/19, Tax-Fin-Lex d.o.o., ECLI:EU:C:2020:685).*
Sebbene detta giurisprudenza riguardi i «contratti d'appalto», essa esprime indubbiamente principi del tutto applicabili all'avvalimento e i presupposti che la medesima giurisprudenza valorizza al fine di escludere la connotazione sinallagmatica del contratto nel caso di specie non trovano riscontro. A ciò deve essere aggiunto che in una situazione come quella di specie, nella quale ausiliaria ed ausiliata appartengono al medesimo centro decisionale, ogni elemento di carattere formale perde consistenza, prevalendo invece l'interesse sostanziale che deriva dall'arricchimento esperienziale per l'impresa avvalente, che si riflette, di conseguenza, su tutto il gruppo."

Attendiamo dunque evoluzioni ulteriori dell'istituto, soprattutto in vista dei molteplici spunti derivanti dalle sopra richiamate pronunce. Si naviga certo in direzione di una nuova codificazione di settore, ma certamente non potrà che farsi tesoro del patrimonio derivante dalle indicazioni Giurisprudenziali, le quali costituiscono certamente, lo strumento concreto utile a plasmare l'istituto, conformandolo alla fattispecie concreta di applicazione.

5. Sul punto si rammenta che nel futuro Codice degli appalti, l'art. 104 dedica apposite previsioni ai commi 4 e 12 all'avvalimento premiale, così tracciando un netto solco rispetto all'attuale scenario.


NO
TE

MEDIAPPALTI

Guida pratica in materia di appalti pubblici

Mediappalti ora è disponibile on line

Abbonati su www.mediappalti.it

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

---

MEDIAPPALTI

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

Media Graphic

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

i seminari in programma 2023

Elenco Webinar in fase di aggiornamento
Dove indicato i corsi si terranno in presenza

APPALTI PUBBLICI

Il nuovo codice dei Contratti Pubblici XII Edizione Sardegna
Marzo - Luglio (13 incontri)

Il nuovo codice dei Contratti Pubblici XIII Edizione Italia
Marzo - Luglio (15 incontri)

Il nuovo MePA Consip
Corso in presenza a: CAGLIARI - 28 Marzo, ROMA - 4 Aprile, BARI - 6 Aprile, PALERMO - 11 Maggio

Corso Base sul MePA
16 Marzo

Inquadramento generale sulla contrattualistica pubblica: le basi per poter operare
17 Marzo

I pilastri dell'agire amministrativo
17 e 27 Marzo
Corso in presenza a: CAGLIARI - 10, 24 Marzo

Le tecniche di redazione dei provvedimenti amministrativi
Corso in presenza a: CAGLIARI, 24 Marzo

Le principali ricadute negli appalti di servizi e forniture
24 Marzo

Gli adempimenti pre e postaggiudicazione
5 Aprile

Il nuovo MePA Consip - II Edizione
12 e 18 Aprile

I contratti sottosoglia
14 Aprile

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici
14 e 17 Aprile
Corso in presenza a: BOLOGNA - 16 Marzo, TRIESTE - 23 Marzo, FIRENZE - 5 Aprile, MILANO - 18 Aprile, BARI - 3 Maggio, TORINO - 18 Maggio.

Gli incentivi per le funzioni tecniche
14 e 20 Aprile

ABC degli Appalti Pubblici alla luce del nuovo codice: norme a confronto
4, 10, 15 e 19 Maggio

RUP e DEC negli appalti di servizi e forniture
15 e 16 Maggio

Le modalità di affidamento semplificato con un occhio al nuovo Codice II Edizione
22 e 29 Maggio

La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti
23 Maggio

Le tecniche di redazione dei capitolati di servizi e forniture
9 Giugno

La gara con l'offerta economicamente più vantaggiosa
26 Giugno

Speciale sulle modifiche dei contratti durante il periodo di efficacia. Lavori, forniture e servizi.
Corso in presenza a: CAGLIARI, 3 Luglio

Le concessioni in Sardegna
Corso in presenza a: CAGLIARI, 10 Luglio

Gli adempimenti pre e post-aggiudicazione
8 e 11 Maggio

CONTABILITA'

Percorsi di contabilità pubblica
Aprile - Giugno

Gli incentivi per le funzioni tecniche
14 e 20 Aprile

I debiti fuori bilancio
5 Maggio

La Contrattazione Decentrata
9 Giugno

PROJECT MANAGEMENT

Corso avanzato di Project Management (ISIPM - Avanzato®) - X Edizione
Marzo - Aprile (8 incontri)

Corso base di Project Management
Aprile - Maggio (6 incontri)

I principi del Project Management
30 Giugno

SOCIETÀ PARTECIPATE

Le novità per le società in house a seguito della Riforma della disciplina dei Servizi Pubblici Locali (DLgs. 23/12/2022, 201)
18 e 20 Aprile

La riforma della disciplina dei servizi pubblici locali
6 e 8 Giugno

ORGANIZZAZIONE E PERSONALE

Problematiche applicative e gestionali del CCNL funzioni locali 2019/21
5 e 12 Aprile

INNOVAZIONE E DEMATERIALIZZAZIONE

La transizione digitale nelle Pubbliche Amministrazioni
Aprile - Maggio (4 incontri)

Firme elettroniche e identità digitali SPID
13 Aprile

Domicilio digitale e servizi per la trasmissione dei documenti informatici
27 Aprile

Protocollo informatico e archiviazione digitale
03 Maggio

Conservazione dei documenti informatici
11 Maggio

La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti
23 Maggio

MEDIACONSULT è fiera di sostenere le iniziative di Save the Children e di contribuire ad avvicinare bambini e adolescenti a quel futuro migliore che tutti noi sogniamo, e che dipende strettamente dalle azioni che scegliamo di compiere oggi.

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.

Media Graphic
MEDIAPPALTI

Rubrica bimestrale
a cura di
Stefano Usai

allegato alla Rivista mensile
MediAppalti

marzo
2023

sommario

Incentivi, costituzione del gruppo di lavoro e liquidazione "per step"
Deliberazione Corte dei Conti, sez. reg. Toscana n. 43/2023

Premessa
1. La costituzione del gruppo di lavoro
2. Liquidazione incentivi "per step"
3. Incentivi e finanziamenti vincolati

3

Incentivi e spesa del personale
Deliberazione Corte dei Conti, sez. reg. Emilia-Romagna n. 182/2022

Premessa e quesiti posti alla Corte
1. Il parere

6

Incentivi e adesione convenzione Consip
Deliberazione Corte dei Conti, sez. reg. Veneto n.201/2022

1. Quesiti
2. Il parere
1. Considerazioni

9

Incentivi, costituzione del gruppo di lavoro e liquidazione "per step"

Premessa

Il parere della sezione Toscana risulta di oggettivo interesse anche per il fatto che il comune istante pone delle questioni, sostanzialmente, inedite nella pur frequentata questione dell'erogazione degli incentivi.
Più nel dettaglio, il Sindaco pone tre questioni, la prima relativa alla costituzione del gruppo di lavoro (lettera a)), la seconda sulla possibilità (o meno) di erogare incentivi per step (quote per esercizio finanziario per la durata del contratto) per i contratti di beni/servizi ed infine la questione dei rapporti tra il c.d. fondo acquisiti tecnologici e finanziamenti vincolati.

1. La costituzione del gruppo di lavoro

In relazione la primo quesito si chiede, stante il silenzio sul punto della norma, quando debba intervenire la costituzione del gruppo di lavoro e se la formalizzazione del gruppo di lavoro prima dello svolgimento delle attività/fase oggetto di incentivo (quindi prima dello svolgimento dell'attività di progettazione, gara etc.), costituisca presupposto di legittimità per l'erogazione dello stesso, oppure se, stante il silenzio della legge e del regolamento comunale, il RUP, attestando analiticamente, sotto la propria responsabilità, l'avvenuto svolgimento delle attività incentivabili, possa procedere a liquidare gli incentivi anche per attività svolte prima della costituzione del gruppo di lavoro.
La sezione esclude che il momento della costituzione del gruppo di lavoro possa essere rilevante da condizionare l'erogazione degli incentivi. Ciò che rileva, si conferma nel parere, è che insista la relazione del RUP sulle attività svolte e che queste siano evidentemente attività incentivabili. La sezione riconosce quindi la possibilità che vengano erogati incentivi anche per attività – certificate dal RUP – svolte prima della costituzione del gruppo di lavoro.
Da notare, pertanto, che la sezione legittima la prassi della nomina del gruppo di lavoro con determina a contrarre (a parere dello scrivente ben potrebbe, il gruppo di lavoro, essere individuato con provvedimento "monocratico" del responsabile come datore di lavoro e non con un atto amministrativo).

2. Liquidazione incentivi per "step"

Il secondo quesito cerca di avere riscontro sulla possibilità di liquidare gli incentivi (per contratti di beni e servizi) per step ovvero per esercizi finanziari di esecuzione del contratto.
A differenza di quanto sostenuto dall'ANCI (nel regolamento schema sugli incentivi) la sezione ritiene che non si possa procedere a liquidare gli incentivi per "step" non solo in relazione al contratto beni/servizi ma in relazione agli stessi appalti di lavori (per cui si richiede il collaudo).
Il ragionamento della sezione si fonda sul concetto di esigibilità – dell'obbligazione giuridica -, che oggi risulta correttamente disciplinato dai principi contabili. Secondo quanto emerge da ciò che si riporta più avanti, in pratica il diritto agli incentivi sorge solo dopo che si realizza l'opera o l'esecuzione del contratto anche a tutela della stessa stazione appaltante. In pratica, il compenso può essere preteso solo dopo la conclusione (esecuzione completa) dei contratti.

In questo senso in delibera si legge che il disposto dell'art. 183, co. 5 TUEL, precisa che "le obbligazioni passive giuridicamente perfezionate devono essere registrate nelle scritture contabili quando l'obbligazione è perfezionata, con imputazione all'esercizio in cui l'obbligazione viene a scadenza, secondo le modalità previste dal principio applicato della contabilità finanziaria di cui all'allegato n. 4/2 del decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118".

Il diritto all'incentivo, dunque, non sorge in momenti anteriori al perfezionamento dell'obbligazione, né esso può essere legittimamente erogato anzitempo.
Come osserva la Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, ai fini dell'assunzione dell'impegno di spesa, risulta rilevante il momento di effettivo svolgimento dell'attività. Nel caso di spese afferenti a un contratto di appalto, la tempistica per l'adozione dei relativi impegni di spesa non può che seguire lo sviluppo del servizio oggetto dell'affidamento nel cui ambito viene svolta l'attività per la quale è riconosciuto l'incentivo. In questi casi, pertanto, la scadenza di ogni obbligazione dovrà essere individuata nel momento della conclusione di ogni singola attività, con conseguente diritto del dipendente di esigere il pagamento dell'incentivo a fronte della prestazione eseguita. La Corte prosegue, infatti, specificando che "… dalla formulazione del già richiamato comma 3 dell'art. 113, si evince l'obbligo in capo all'amministrazione aggiudicatrice di stabilire "i criteri e le modalità per la riduzione delle risorse finanziarie connesse alla singola opera o lavoro" nel caso di "eventuali incrementi dei tempi o dei costi". Tale condizione, dunque, subordina necessariamente l'erogazione dell'incentivo al completamento dell'opera o all'esecuzione della fornitura o del servizio oggetto dell'appalto nel rispetto dei costi e dei tempi prestabiliti" (Sezione regionale di controllo Emilia-Romagna, deliberazione n. 43/2021/PAR).

Il momento dell'impegno, pertanto, deve essere tenuto distinto dal momento della liquidazione: quest'ultima comporta la verifica da parte dell'amministrazione del corretto svolgimento dell'attività incentivata, con la possibilità, quando ne ricorrano i casi, di eventuali riduzioni o addirittura di esclusioni del compenso, secondo le previsioni del regolamento approvato dall'ente. Il regolamento comunale, infatti, riveste una discreta centralità in ordine all'erogazione degli incentivi. Pur non essendo determinante ai fini della costituzione del fondo incentivi, essendo l'Ente autorizzato

direttamente dall'art. 113, co. 2 d.lgs. n. 50/2016 a procedere all'accantonamento previsto del 2%, il regolamento rappresenta, comunque, una condizione indispensabile per l'erogazione degli incentivi e per la ripartizione del fondo tra gli aventi diritto.
Sul punto, altresì, è recentemente intervenuto un parere del servizio giuridico del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili (n. 1485/2022).

3. Incentivi e finanziamenti vincolati

Il terzo quesito riguarda i rapporti tra fondo acquisiti tecnologici (in cui confluisce il 20% del 2% relativo agli incentivi) ed i finanziamenti vincolati posto che, in questo caso, la quota predetta non può confluire nel fondo in parola né può legittimare acquisizioni in violazione del vincolo di destinazione.
Più in particolare nel quesito si precisa che visto il comma 4 dell'articolo 113 che prevede testualmente: "Il restante 20 per cento delle risorse finanziarie del fondo di cui al comma 2 ad esclusione di risorse derivanti da finanziamenti europei o da altri finanziamenti a destinazione vincolata è destinato all'acquisto da parte dell'ente di beni, strumentazioni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione (…) L'Ente chiede, dunque, quale sia il corretto comportamento da adottare in caso di opera pubblica finanziata in parte da entrate vincolate ed in parte da fondi comunali".
La risposta, condivisibile, è nel senso che il "quotino" del 20% non confluendo nel fondo acquisti tecnologici rimane acquisito al quadro dei lavori quindi non è neppure utilizzabile come incentivo.

Incentivi e spesa del personale

Premessa e quesiti posti alla Corte

Un comune emiliano pone alla sezione i seguenti quesiti:

"a) gli incentivi per funzioni tecniche, previsti all'art. 113 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, possano essere liquidati in presenza delle seguenti circostanze:
- avvenuta previsione all'interno del quadro tecnico-economico dell'opera pubblica;
- quota incentivo già impegnata o impegni conservati a residuo;
- assenza di previsione dei relativi importi all'interno del fondo per le risorse decentrate dell'anno di riferimento, per le annualità dal 2016 al 2020;

- nuovo regolamento, recante la disciplina per la costituzione e la ripartizione degli incentivi per funzioni tecniche, approvato con deliberazione di giunta comunale n. 20 del 15 febbraio 2021;
b) in caso di liquidazione, sia necessario inserire le somme relative agli incentivi nel fondo delle risorse decentrate dell'anno in cui si procede alla liquidazione stessa".
La sezione, oltre a ribadire le condizioni essenziali per poter quantificare e successivamente liquidare gli incentivi per funzioni tecniche ex art. 113 del Codice dei contratti affronta la questione dei rapporti tra questi e le spese sul trattamento accessorio (necessariamente contingentate) per evidenziare che, inizialmente esclusi dal computo, con l'entrata in vigore del nuovo codice, sia pur per un breve periodo, le spese sono state oggetto di considerazione nelle spese del personale (incidendo quindi sui limiti). per poi – situazione attuale – venirne esclusi definitivamente.

1. Il parere

Più nel dettaglio, la sezione individua tre momenti topici:

a) Incentivi per funzioni tecniche maturati nella vigenza del precedente Codice (decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163). Qualora gli incentivi di cui trattasi risultino collegati ad attività svolte nella vigenza del precedente Codice del 2006, **essi non vanno computati a fini di rispetto del limite di spesa del trattamento accessorio, in quanto sono le relative spese sono d'investimento e perciò scollegate dal rispetto dei vincoli in materia di spesa di personale (cfr. Corte conti, Sez. Autonomie, del. n. 13/2015/INPR)**.

A tale fine, si rammenta, si legge nel parere, che tale disciplina risulta applicabile alle attività svolte in relazione a contratti **il cui bando sia stato emanato prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice del 2016 (tra le molte: Corte conti, Sez. contr. Puglia, del. n. 65/2022/PAR)**.

La seconda situazione b) riguarda gli Incentivi per funzioni tecniche svolte nel vigore del Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) e fino al 31 dicembre 2017.
Nel caso in cui le funzioni tecniche di cui all'art. 113 del Codice in vigore siano state svolte nella vigenza del medesimo e fino al 31 dicembre 2017, **le relative risorse incentivanti avrebbero dovuto essere computate a fini di verifica di rispetto del relativo limite di spesa**. Pertanto, in relazione al quesito posto, la mancata inclusione di tali risorse nel fondo per le risorse decentrate determina l'impossibilità di erogare gli incentivi di cui trattasi per le annualità 2016 e 2017.
Il collegio si sofferma quindi sulla rilevanza dei due momenti relativi alla costituzione del fondo per lo sviluppo delle risorse umane e alla correlata stipula del contratto decentrato.

I due momenti si legge nel parere "hanno infatti la finalità di definire le risorse a disposizione per le politiche di sviluppo del personale e le prestazioni a tale scopo richieste al personale stesso, in relazione allo svolgimento delle quali operare il riparto delle risorse così individuate. **L'avere omesso l'inclusione degli incentivi in esame, nelle annualità in cui tali risorse andavano computate ai fini del rispetto del limite del trattamento accessorio, fa venir meno il diritto alla corresponsione degli stessi, in quanto manca una previsione contrattuale che tale diritto faccia sorgere. In questo caso, il collegio ritiene infatti che la mancanza non possa essere sanata retroattivamente** dall'emanazione del regolamento, in quanto verrebbe altrimenti elusa una norma statale espressiva di principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica, che impone, anno per anno, un limite all'incremento di spesa destinata al trattamento accessorio e che va rinvenuta" (in particolare):

1) per l'anno 2016, nell'art. 1, comma 236, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (Legge di bilancio per il 2016), in base al quale: «a decorrere dal 1° gennaio 2016, l'ammontare complessivo delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale […] non può superare il corrispondente importo determinato per l'anno 2015 ed è, comunque, automaticamente ridotto in misura proporzionale alla riduzione del personale in servizio […]»;

2) per l'anno 2017, dall'art. 23, comma 2, decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75, che, abrogando la norma di cui sopra, ha stabilito che «a decorrere dal 1° gennaio 2017, l'ammontare complessivo delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale […] non può superare il corrispondente importo determinato per l'anno 2016».

Nel caso in cui, in relazione ad ognuna delle annualità interessate (2016 e 2017), **le destinazioni del fondo per le risorse decentrate non ne abbiano assorbito l'intero ammontare destinabile al trattamento incentivante**, il regolamento può individuare i criteri che consentano di ripartire tali eventuali eccedenze, se ancora nelle disponibilità degli enti, in relazione all'effettivo e documentato svolgimento di funzioni tecniche negli anni considerati.

La terza ipotesi, lett. c) riguarda gli Incentivi per funzioni tecniche svolte nel vigore del Codice dei contratti pubblici ed a **partire dal 1° gennaio 2018**. In questo caso, gli incentivi per funzioni tecniche vengono definitivamente svincolati dalla questione della spesa del personale.

Nel parere, a tal riguardo, si legge che "qualora le funzioni tecniche di cui all'art. 113 del Codice in vigore siano state svolte dopo il 1° gennaio 2018, le relative risorse incentivanti non avrebbero invece dovuto essere computate a fini di verifica di rispetto del relativo limite di spesa. Ad avviso del collegio, tale esclusione a fini di verifica del rispetto del limite di spesa non implica tuttavia che gli incentivi programmati non debbano essere formalmente inclusi nel fondo per le risorse decentrate, sebbene "fuori vincolo". Ciò al fine di tenere ordinata evidenza, in ossequio al principio di trasparenza, sia dell'andamento di tale componente di spesa corrente sia della puntuale destinazione di provvidenze riferibili al personale, secondo la disciplina del contratto integrativo, che, insieme al regolamento, definisce i criteri di riparto e concretizza la necessaria sinallagmaticità tra incentivo ed attività svolta, ampiamente valorizzata dalla giurisprudenza contabile già richiamata".

Incentivi e adesione convenzione Consip

1. Quesiti

Il comune pone alla sezione la consueta domanda sulla debenza (o meno) degli incentivi per funzioni tecniche in relazione all'adesione di una convenzione (servizi) Consip. Più nel dettaglio nella premessa, il Sindaco istante spiega che la stazione appaltante usufruendo, quindi, delle attività di gara espletate dal soggetto aggregatore, chiede se, a seguito dell'intervenuta adesione alla menzionata convenzione, possa essere comunque riconosciuto l'incentivo per funzioni tecniche al personale comunale interessato per tutte le attività effettivamente svolte dall'Ente Comunale, in particolare (le funzioni svolte):

a) programmazione della spesa con inserimento della stessa nel programma biennale dei servizi e forniture dell'Ente;

b) adesione alla convenzione di servizi da parte del Comune secondo le procedure previste dalla Convenzione stessa (verifiche dei fabbisogni, richiesta preliminare di fornitura, ordine principale di fornitura, eventuali modifiche, variazioni e varianti contrattuali);

c) nomina del RUP e svolgimento delle funzioni ad esso attribuite dalle normative vigenti;

d) nomina del direttore dell'esecuzione del servizio per servizi di importo superiore a € 500.000,00 (art. 113 punto 2 del D.lgs. 50/2016 e linee guida ANAC n. 3 parag. 10 punto 10.2) e svolgimento delle funzioni ad esso attribuite nella fase esecutiva del contratto (avvio dell'esecuzione del contratto, attività di verifica e controllo del rispetto degli obblighi dell'esecutore, eventuali contestazioni e riserve, proposta di modifiche contrattuali, eventuali sospensioni, gestione dei sinistri, controllo amministrativo – contabile, rilascio del certificato di ultimazione delle prestazioni);

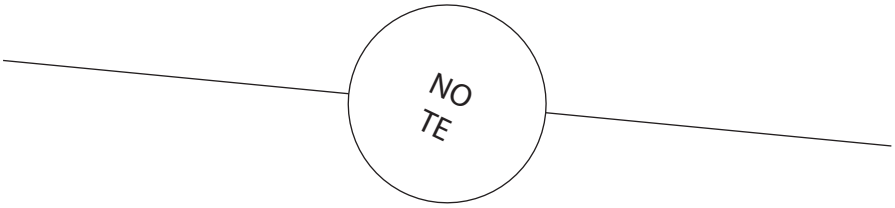
e) destinazione da parte dell'Ente delle somme per far fronte agli oneri di cui all'art. 113 negli stanziamenti di bilancio previsti per l'esecuzione del servizio stesso.
Il quesito è finalizzato ad avere riscontro circa la possibilità di erogare l'incentivo previsto o al limite – come seconda ipotesi – "se gli incentivi possano essere invece riconosciuti limitatamente alle sole attività afferenti la fase di esecuzione del contratto (previa nomina del direttore dell'esecuzione del contratto in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 113, comma 2, del d.lgs. 50/2012 ultimo periodo".

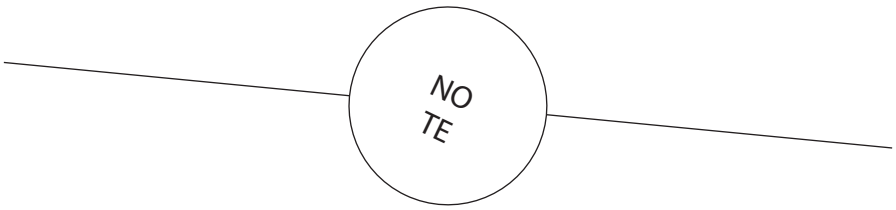
2. Il parere

La sezione, decide di non fornire un proprio parere richiamando e rinviando ad una serie di precedenti (sia di varie sezioni sia dell'ANAC e del Mims). In particolare, viene richiamato il parere del Mims n. 1483/2022 in relazione ai rapporti tra incentivi e fase di programmazione delle spese di investimento. Il parere ricorda che per programmazione della spesa non si intende la sola realizzazione/ predisposizione del programma degli acquisti ma che la locuzione "attività di programmazione della spesa per investimenti" sia riconducibile all'attività di predisposizione dei programmi di cui all'art. 21 del Codice. "È utile precisare che il secondo comma dell'art. 113, con riferimento alle attività di programmazione, espressamente circoscrive le attività incentivabili a quelle che afferiscono alle "spese per investimenti". In tal senso, la recente giurisprudenza contabile, prendendo le mosse dal disposto normativo ex art. 3, comma 18, della Legge n. 350/2003, il quale fornisce un dettagliato elenco delle "spese di investimento" (tra cui acquisto di impianti, macchinari, attrezzature tecnico-scientifiche, mezzi di trasporto e altri beni mobili ad utilizzo pluriennale), se da un lato riconosce che, nel caso specifico dell'acquisto di beni, ove questi siano sussumibili nell'elencazione predetta ed abbiano determinato un accrescimento del patrimonio dell'ente, tale spesa debba qualificarsi come spesa di investimento, dall'altro esclude che analoga qualificazione possa essere riconosciuta all'acquisto di beni che non presentino dette caratteristiche, né all'acquisto di servizi che, per ovvi motivi, non risultano neanche contemplati nella disposizione summenzionata".

3. Considerazioni

I vari rinvii confermano – come da orientamento costante -, che per poter liquidare l'incentivo la condizione principale è che sia intervenuta una "gara" anche nella forma della microcompetizione (per intendersi la fattispecie di cui alla lettera b) comma 2 art. 36 del Codice.
Nei casi in cui una competizione non sia rinvenibile – ai sensi dell'articolo 113 -, l'incentivo non solo non deve essere liquidato ma fin dall'origine (quadro economico dell'intervento) non deve neppure essere previsto. Pertanto l'incentivo non è dovuto nel caso di affidamento diretto pur, concessione/ *project financing* e, quindi, anche nel caso di una mera adesione ad una convenzione Consip.
E' questo, il tratto che distingue l'attuale codice dallo schema predisposto (ad entrata in vigore differita probabilmente al 1° gennaio 2024) che, nell'articolo 45 (omologo quasi dell'articolo attuale 113) in luogo di gara userà l'espressione procedura. E, come si legge nella relazione tecnica che accompagna il testo del nuovo codice ciò porterà a legittimare l'erogazione degli incentivi anche nel caso di affidamento diretto puro, concessione e/o *project financing* e, quindi anche la mera adesione ad una convenzione preesistente (se si tratta di servizi naturalmente occorrerà rispettare i vincoli della nomina di un direttore dell'esecuzione diverso dal RUP e d'importo).


NO
TE


NO
TE