

I contratti dello Stato e degli Enti pubblici

Rivista trimestrale
di dottrina
e giurisprudenza

3/2022

- **Organismo di diritto pubblico**
- **Interpretazione del bando di gara**
- **Impugnazione delle tabelle di rilevamento degli aumenti dei prezzi**

CONOSCERE IL PNRR

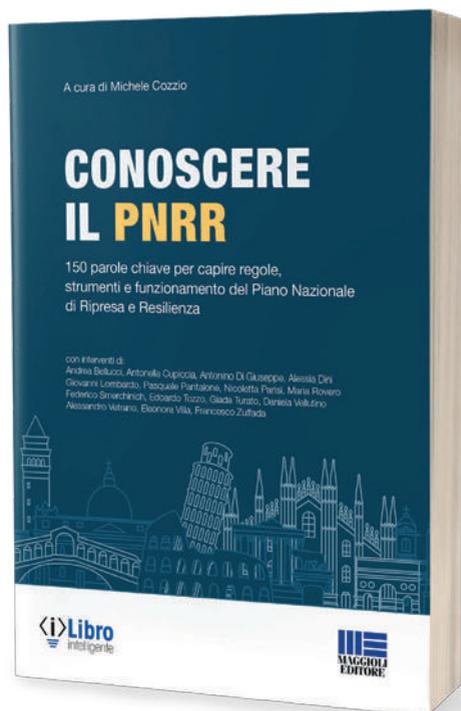
150 parole chiave
per capire regole,
strumenti e funzionamento
del Piano Nazionale
di Ripresa e Resilienza

Luglio 2022 - Codice 88.916.5938.5
F.to 17x24 - Pag. 376 - € 34.00

Mai l'Unione europea ha conosciuto una stagione così intensa di programmi sorretti da risorse reali per far correre le economie nazionali verso un futuro sostenibile. Questa massiccia iniezione di risorse passa attraverso i Piani nazionali di ripresa e resilienza (PNRR), con i quali ogni Stato definisce obiettivi, azioni e tempi di realizzazione. L'Italia ha ottenuto per il proprio PNRR la quota di risorse più importante tra tutti gli Stati dell'UE, oltre 200 miliardi di euro, più della metà dei quali sono concessi a prestito e dovranno essere restituiti. L'impiego di queste risorse e il raggiungimento dei risultati previsti rappresentano una sfida che richiede il coinvolgimento di tutti, funzionari pubblici e privati, imprenditori, la cittadinanza intera.

Nel volume vengono descritte le parole che costituiscono l'alfabeto minimo del PNRR. Lo scopo è facilitare la conoscenza di regole, di strumenti e del loro funzionamento attraverso descrizioni comprensibili anche a non esperti, integrate con collegamenti a filmati, interviste e documenti per chi desidera approfondire.

Il volume è diviso in due parti; nella prima sono raccolti i termini che riguardano il PNRR, ripartiti in cinque capitoli: I. Strumenti e regole europee, II. Struttura, III. Governance, IV. Funzionamento, V. Valutazione, monitoraggio e rendicontazione. Nella seconda parte sono raccolti i termini che riguardano gli appalti pubblici, mercato strategico attraverso il quale transitano gran parte delle risorse del PNRR; essi sono ripartiti in tre capitoli: VI. Organi, VII. Procedure, VIII. Istituti, strumenti e soluzioni.



iLibro

L'acquisto dell'opera include l'accesso alla versione digitale iLibro.



MICHELE COZZIO

è professore a contratto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, con docenze in università italiane ed estere.

CON INTERVENTI DI:

Andrea Bellucci, Antonella Cupiccio, Antonino Di Giuseppe, Alessia Dini, Giovanni Lombardo, Pasquale Pantalone, Nicoletta Parisi, Maria Rovero, Federico Smerchinich, Edoardo Tozzo, Giada Turato, Daniela Vellutino, Alessandro Vetrano, Eleonora Villa, Francesco Zuffada

SERVIZIO CLIENTI Tel +39 0541 628200 - clienti.editore@maggioli.it

MAGGIOLI
EDITORE

SAPERE È SAPER FARE | www.maggiolieditore.it

I contratti dello Stato e degli Enti pubblici

Rivista trimestrale
di dottrina
e giurisprudenza **3/2022**

- **Organismo di diritto pubblico**
- **Interpretazione del bando di gara**
- **Impugnazione delle tabelle di rilevamento degli aumenti dei prezzi**

I contratti dello Stato e degli Enti pubblici

FONDATARE
E PRIMO DIRETTORE
Sergio Zambardi

DIRETTORE
Antonio Vespignani

DIRETTORE
ORGANIZZATIVO
Ernesto Liesch

REDAZIONE
Pietro De Franciscis
Guido Barzani
Arianna Fuser
Antonio Iannotta
Andrea Mascolini
Emanuela Rizzi
Stefano Sacchetto
Valeria Zambardi

DIRETTORE
RESPONSABILE
Manlio Maggioli

COMITATO SCIENTIFICO

Luigi Benvenuti
Elio Borgonovi
Piero Alberto Capotosti
Riccardo Chieppa
Paolo De Caterini
Angela Del Vecchio
Gian Candido De Martin
Antonio Fiorentin
Sergio Fois
Italo Franco
Giovanni Giacobbe
Fabio Gobbo
Annibale Marini
Francesco Pasetti Bombardella
Francesco Staderini
Marzio Strassoldo
Carlo Taormina
Gaetano Trotta
Massimo Vari

DIREZIONE
E REDAZIONE
Via S. Marco, 3896
30124 Venezia
e-mail: constato@maggioli.it

AMMINISTRAZIONE
E DIFFUSIONE
Maggioli Editore
è un marchio Maggioli s.p.a.
Tel. 0541/628111
Fax 0541/622100

Servizio Clienti
Tel. 0541/628242
Fax 0541/622595
e-mail:
clienti.editore@maggioli.it
www.periodicimaggioli.it

COLLABORAZIONI

Per l'invio di articoli e comunicati si prega di fare riferimento al seguente indirizzo e-mail:
constato@maggioli.it oppure alla Redazione, via S. Marco, 3896 - 30124 Venezia

PUBBLICITÀ: **Maggioli ADV** • Concessionaria di Pubblicità
Via del Carpino, 8 - 47822 Santarcangelo di Romagna (RN)
Tel. 0541/628736 - Fax 0541/624887
e-mail maggioliadv@maggioli.it
www.maggioliadv.it

Filiali

Milano
Via F. Albani, 21 - 20149 Milano
Tel. 02/48545811 Fax 02/48517108

Bologna
Piazza VIII Agosto - Galleria del Pincio, 1 - 40126 Bologna
Tel. 051/229439-228676 Fax 051/262036

Roma
Piazza delle Muse - 00197 Roma
Tel. 06/5894164

Registrazione presso il Tribunale di Rimini il 28.7.1995 al n. 13

Maggioli Spa
Azienda con Sistema di gestione Qualità Certificato ISO 9001:2015
Iscritta al registro operatori della comunicazione

STAMPA
Maggioli Spa - Santarcangelo di Romagna (RN)

Hanno collaborato a questo numero

Raffaella Boscolo, Funzionario di organizzazione imprenditoriale

Franco Botteon, Avvocato

Pierfrancesco della Porta, Avvocato

Arianna Fuser, Consulente

Maurizio Lucca, Segretario generale di amministrazioni locali e manager di rete

Emanuela Rizzi, Avvocato

Stefano Sacchetto, Avvocato

Claudio Santarelli, Avvocato

Matteo Scarbaci, Funzionario pubblico di amministrazione locale

Alberto Tessier, Funzionario pubblico di amministrazione locale

Sebastiano Tonon, Avvocato

Antonio Vespignani, Responsabile servizio appaltistico A.C.E.A.

Andrea Zuccolo, Avvocato

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO

I prezzi di abbonamento ANNUALE alla Rivista

- RIVISTA CARTACEA + DIGITALE: euro 240,00 (Iva inclusa).
- RIVISTA DIGITALE (pdf): euro 159,00 (Iva 4% inclusa).

Abbonamento TRIENNALE: questa formula di abbonamento prevede il 10% di sconto sul prezzo di listino che rimane bloccato per tre anni.

Il prezzo di una copia della rivista è di euro 59,00.

Il prezzo di una copia arretrata è di euro 62,00.

L'abbonamento alla Rivista "I Contratti dello Stato" dà diritto ad una serie di servizi on line inclusi: archivio storico digitale, newsletter e videocorsi on line.

Per ulteriori informazioni www.periodicimaggioli.it.

Il pagamento dell'abbonamento deve essere effettuato con bollettino di c.c.p. n. 31666589 intestato a Maggioli s.p.a. - Periodici - Via del Carpino, 8 - 47822 Santarcangelo di Romagna (RN).

La rivista è disponibile anche nelle migliori librerie.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio con diritto al ricevimento dei fascicoli arretrati ed avrà validità per un anno. In mancanza di esplicita revoca, da comunicarsi in forma scritta entro il termine di 45 giorni successivi alla scadenza dell'abbonamento, la Casa Editrice, al fine di garantire la continuità del servizio, si riserva di inviare il periodico anche per il periodo successivo. La disdetta non sarà ritenuta valida qualora l'abbonato non sia in regola con tutti i pagamenti. Il rifiuto o la restituzione dei fascicoli della rivista non costituiscono disdetta dell'abbonamento a nessun effetto.

I fascicoli non pervenuti possono essere richiesti dall'abbonato non oltre 20 giorni dopo la ricezione del numero successivo.

TUTTI I DIRITTI RISERVATI

È vietata la riproduzione, anche parziale, del materiale pubblicato senza autorizzazione dell'Editore. Le opinioni espresse negli articoli appartengono ai singoli autori, dei quali si rispetta la libertà di giudizio, lasciandoli responsabili dei loro scritti.

L'autore garantisce la paternità dei contenuti inviati all'Editore manlevando quest'ultimo da ogni eventuale richiesta di risarcimento danni proveniente da terzi che dovessero rivendicare diritti su tali contenuti.

SOMMARIO

Contratti dello Stato e degli Enti pubblici • 3/2022

Editoriale

Un'estate italiana.....	7
<i>Antonio Vespignani</i>	

Dottrina

L'individuazione dell'organismo di diritto pubblico: l'"insostenibile incertezza" del criterio teleologico dell'interesse "non industriale o commerciale"	15
<i>Franco Botteon</i>	

Giurisprudenza

Interesse pubblico, interessi privati, discrezionalità tecnica e ruolo del giudice amministrativo alla prova dell'inflazione sui costi dei materiali edili	37
• Nota a T.A.R. LAZIO, Roma, sez. III, 3 giugno 2022, n. 7215 <i>Piefrancesco della Porta</i>	
Il principio di equivalenza e il suo ambito operativo.....	51
• Nota a CONSIGLIO DI STATO, sez. III, 20 giugno 2022, n. 5075 <i>Emanuela Rizzi</i>	
Per l'interpretazione del bando di gara, il Consiglio di Stato sembra ignorare il rilievo pubblicistico dell'atto, guardando esclusivamente al diritto comune e all'immanente supremo fine della tutela del mercato	59
• Nota a CONSIGLIO DI STATO, sez. V, 9 giugno 2022, n. 4731 <i>Andrea Zuccolo</i>	
Sulle condizioni in presenza delle quali deve ritenersi ammisibile l'avvalimento del requisito della disponibilità di un centro di cottura entro una certa distanza dal luogo di somministrazione.....	69
• Nota a CONSIGLIO DI STATO, sez. V, 9 giugno 2022, n. 4708 <i>Sebastiano Tonon</i>	
Obblighi dichiarativi, limite temporale di rilevanza dei gravi illeciti professionali e principio del "one shot" temperato.....	87
• Nota a CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA, sez. giurisd., 3 giugno 2022, n. 668 <i>Matteo Scarbaci</i>	

Valutazioni tecniche espletate attraverso la mera attribuzione di un punteggio: può dirsi soddisfatto l'onere motivazionale 103

- Nota a T.A.R. CAMPANIA, Napoli, sez. V, 27 giugno 2022, n. 4355

Alberto Tessier

Finché non interviene la formale aggiudicazione, l'esclusione del promissario aggiudicatario, sia pure per fatto a esso riconducibile, non legittima la stazione appaltante ad escutere la garanzia provvisoria..... 111

- Nota a CONSIGLIO DI STATO, Adunanza Plenaria, 26 aprile 2022, n. 7

Claudio Santarelli

Sulla differenza tra subappalto e subaffidamento in relazione alla rilevanza del carattere accessorio o meno delle prestazioni affidate al subcontraente..... 119

- Nota a T.A.R. LAZIO, Roma, sez. I bis, 14 giugno 2022, n. 7826

Raffaella Boscolo

Formulario

Lavoro agile con schema di accordo 133

Maurizio Lucca

Quesiti

Risposte ai lettori 145

Antonio Vespignani, Stefano Sacchetto e Arianna Fuser

Rassegna normativa

a cura di Antonio Vespignani 147

I servizi del tuo abbonamento "Unico"

 Rivista Specializzata	 Archivio Storico Digitale
 Newsletter online	 Formazione Online
 L'esperto Risponde	Tutti i servizi disponibili su www.periodicimaggiori.it

Un'estate italiana...

di Antonio Vespignani

3/2022

Quella che si è da poco conclusa è stata un'estate del tutto atipica. Non tanto e non solo per gli aspetti di ordine meteorologico e climatico, pure del tutto eccezionali, tra temperature eccezionali (l'estate più calda dal 1979, anno di inizio delle rilevazioni ufficiali) e siccità ma ci si riferisce piuttosto alle turbolenze politiche che l'hanno caratterizzata, a cominciare dalla tempesta perfetta della caduta del governo Draghi in una fase estremamente delicata per il Paese, ancora alle prese con i colpi di coda della pandemia, il conflitto ucraino, l'esplosione dei prezzi di gas ed energia, l'inflazione e i rischi di stagnazione economica.

Mentre il governo dimissionario ha proseguito la propria azione, continuando ad affrontare - con il limite dell'ordinaria amministrazione - tre grandi emergenze certo non ordinarie (sanitaria, internazionale ed economica), si è svolta in parallelo una insolita campagna elettorale "balneare", dove giocoforza i grandi temi sono stati declinati e "adattati" dai vari *leader* politici in funzione del confronto del 25 settembre.

Ma vi è un tema non meno importante, e di più diretto interesse per la materia dei contratti pubblici, sul quale è opportuno porre l'attenzione in questa delicata fase di transizione tra un esecutivo dimissionario e uno di prossima costituzione. Si tratta dell'attuazione del PNRR al quale è così strettamente legato il futuro del nostro Paese.

Le preoccupazioni per un possibile rallentamento dell'attuazione del Piano per effetto della crisi di governo sono state ben presto fugate dalla considerazione che il governo Draghi - attraverso la definizione di un PNRR articolato anche come cronoprogramma, condiviso dal parlamento e approvato dall'Unione europea - aveva già posto le basi di un indirizzo politico legato a un vasto piano di riforme da portarsi a compimento attraverso azioni che, in quanto attuative, risultano essere di "ordinaria amministrazione", il cui concetto può quindi essere esteso a comprendere l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi destinati a completare ed attuare il piano varato nelle sue linee portanti con l'approvazione del PNRR. Si tratta di strumenti che non apportano varianti di rilievo ad un indirizzo politico già adottato

sia dal parlamento che dal governo e rispetto a cui le Camere, benché sciolte, conservano il loro naturale potere di controllo.

Questa premessa di ordine generale è necessaria per inquadrare e “leggere” l’attività normativa degli ultimi mesi, che necessariamente si pone tanto “a monte”, quanto soprattutto “a valle” della crisi di governo.

Anche in questo numero, nella disamina di tali provvedimenti, un ruolo di primo piano spetta necessariamente alle disposizioni volte a fronteggiare il “caro materiali”, definizione che oggi andrebbe probabilmente rivista e aggiornata in “caro materiali ed energia”.

Inevitabilmente occorre prendere le mosse dalla conversione, con legge 15 luglio 2022, n. 91, del decreto-legge n. 50/2022 che, con specifico riferimento ai lavori pubblici, contiene alcune novità rispetto al testo del d.l.

In particolare, all’art. 26 sono state introdotte talune modifiche che chiariscono l’estensione dell’applicazione delle misure ivi previste anche agli appalti pubblici dei settori speciali e per quanto compatibili, a quelli dei settori della difesa e della sicurezza. Con riferimento ai primi – per effetto delle modifiche operate in sede di conversione al primo periodo del citato comma 12 – il meccanismo di aggiornamento infrannuale, di cui all’art. 26, già previsto per le società del gruppo FS e dell’Anas, trova espressa applicazione nei confronti di tutti i soggetti operanti nei settori speciali, cioè quelli “*di cui al capo I del titolo V parte II del ... decreto legislativo n. 50/2016*”, limitatamente alle attività previste nel citato capo I e solo ove detti soggetti non applichino i prezzari regionali. A questi ultimi, tra l’altro, al pari di quanto previsto per Anas e le società gruppo FS, non si applica il meccanismo di rialzo transitorio fino al 20%, di cui al comma 3.

Va sottolineato che, per questi enti, l’aggiornamento infrannuale dei prezzari in uso potrà essere anche immediato, in quanto non condizionato all’emanazione delle linee guida per l’omogenea redazione e aggiornamento dei prezzari regionali, di cui all’art. 29, comma 12, del d.l. n. 4/2022 (cd. *Sostegni ter*).

Con riguardo, invece, agli appalti dei settori della difesa e della sicurezza, in sede di conversione è stato aggiunto nel corpo della norma in commento il nuovo comma 12-*bis*, ai sensi del quale tutte le previsioni dell’art. 26 trovano applicazione, per quanto compatibili, anche ai contratti pubblici stipulati ai sensi del d.lgs. n. 208/2011.

Per quanto riguarda poi il successivo art. 27, in sede di conversione del decreto è stato ampliato l’ambito di applicazione delle misure ivi previste.

In primo luogo, la nuova formulazione della norma prende in considerazione tutti i concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, e non più solo quelli autostradali, come originariamente previsto dal testo del decreto legge.

Inoltre, a seguito delle modificazioni operate dalla legge di conversione, la possibilità di aggiornamento del quadro economico del progetto esecutivo previsto dall'art. 27 non è più circoscritta alle procedure di affidamento avviate entro il 31 dicembre 2023, ma è estesa anche a quelle che risultano già espletate alla data di entrata in vigore della disposizione. Infine, il riferimento al quadro economico, contenuto ai commi 1 e 2 dell'art. 27, è stato ampliato a ricomprendervi anche quello al computo metrico del progetto.

Le linee guida per la determinazione dei prezziari di cui all'art. 23 del d.lgs. n. 50/2016 sono state approvate con il d.m. Infrastrutture 13 luglio 2022. Si tratta del decreto previsto dall'art. 29, comma 12, del d.l. n. 4/2022, con la finalità di assicurare l'omogeneità della formazione e dell'aggiornamento dei prezziari. Il decreto avrebbe dovuto essere adottato entro il 30 aprile 2022, previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici e dell'Istat, nonché previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni.

Il provvedimento assume un rilievo ancor maggiore considerando l'obbligo per le regioni di procedere, entro il 31 luglio 2022, all'aggiornamento infrannuale dei prezziari in uso alla data di entrata in vigore del d.l. n. 50/22, *in attuazione delle linee guida* di cui all'art. 29, comma 12, d.l. n. 4/2022.

Malgrado le linee guida rechino la data del 29 aprile, la loro pubblicazione in Gazzetta Ufficiale è avvenuta solo l'11 agosto, quindi alcuni giorni dopo la scadenza assegnata alle Regioni per l'aggiornamento straordinario dei propri prezziari. Peraltro, la generalità delle regioni ha provveduto all'adempimento di propria competenza ben prima della scadenza, delle linee guida, cosicché l'obiettivo dell'omogeneità viene rimandato all'aggiornamento 2023.

Proprio con riferimento a questa finalità primaria di uniformare i prezziari, le linee guida contengono indicazioni relative sia alla struttura, sia all'articolazione dei prezziari, anche mediante il ricorso a codifiche e definizioni comuni per garantire, nel rispetto delle specificità territoriali e merceologiche, una maggiore fruibilità e possibilità di confronto tra i prezziari; sia alla metodologia di rilevazione, con riferimenti ai soggetti presso quali rilevare le informazioni e alle modalità di rilevazione; sia ancora alle tempistiche per l'aggiornamento dei prezziari. Di rilievo, a questo proposito, l'istituzione di un comitato di coordinamento, composto da rappresentanti delle regioni e del Ministero

delle infrastrutture, con il compito di definire linee guida di dettaglio per il processo di omogeneizzazione e i tempi per la sua realizzazione. Il comitato è affiancato da un tavolo tecnico di consultazione che ha, tra i propri compiti, quello di fornire indicazioni metodologiche funzionali al miglioramento e all'omogeneizzazione dell'attività di rilevazione dei prezzi, del disegno di campionamento dei soggetti informatori, del trattamento dei dati, ecc., nonché di suggerire revisioni della lista dei materiali oggetto di monitoraggio in funzione dell'evoluzione del processo produttivo e di variazioni della rilevanza di singoli materiali.

Sempre sul tema "caro materiali" va segnalato l'approdo in Gazzetta Ufficiale (n. 213 del 12 settembre) dell'atteso d.P.C.M. contenente le modalità di accesso al "Fondo per l'avvio di opere indifferibili", previsto dall'art. 26, comma 7, d.l. n. 50/2022 per le opere finanziate in tutto o in parte con le risorse del PNRR e del Fondo complementare, dotato complessivamente di 7,5 miliardi di euro per il periodo 2022-2026, di cui 1,5 miliardi di euro per il 2022.

Il provvedimento disciplina l'accesso al Fondo per consentire l'avvio, entro il 31 dicembre 2022, delle procedure di affidamento per le opere che presentino un costo maggiore a seguito dell'applicazione dei prezzi aggiornati (in attuazione del d.l. n. 50/2022) e che non abbiano trovato copertura dalla rimodulazione delle risorse disponibili nel quadro economico degli interventi e dalla disponibilità di ulteriori risorse relative ad opere già ultimate.

Il Fondo è destinato prioritariamente alle opere e agli interventi finanziati con risorse PNRR di competenza sia delle amministrazioni centrali, sia di quelle locali. In via residuale, possono accedervi opere e interventi finanziati dal Fondo complementare, quelli per i quali sono stati nominati commissari straordinari, le opere del Giubileo 2025, quelle per i Giochi olimpici Milano-Cortina 2026 e quelle per i Giochi del Mediterraneo di Taranto 2026.

Il decreto individua due procedure distinte per l'assegnazione delle risorse: una procedura ordinaria per l'accesso al fondo da parte delle amministrazioni statali e una specifica relativa alle opere PNRR di competenza degli enti locali.

La procedura ordinaria prevede che ciascuna stazione appaltante presenti una richiesta di finanziamento all'amministrazione statale competente che effettuerà un'istruttoria e presenterà istanza di accesso al fondo al Ministero dell'economia e delle finanze secondo le modalità che verranno fornite dalla Ragioneria generale dello Stato. Tale istanza potrà essere presentata dal 17 settembre al 17 ottobre. Successivamente alla presentazione delle istanze, la Ragioneria generale

dello Stato, con proprio decreto, accertata la sussistenza dei requisiti, procede entro il 16 novembre, alla determinazione delle graduatorie degli interventi e all'assegnazione delle risorse. La graduatoria tiene conto delle categorie di interventi prioritari previsti (PNRR, Fondo complementare, commissari straordinari, ecc.) e per ciascuno di essi, dei tempi previsti per l'affidamento dei lavori, oltre che dell'ordine cronologico di presentazione delle istanze.

Il decreto di assegnazione delle risorse viene poi comunicato alle amministrazioni centrali istanti che a loro volta comunicano alle stazioni appaltanti la disponibilità dei fondi per l'avvio delle procedure di gara, ovvero per l'accertamento delle risorse a bilancio.

Per gli enti locali titolari di interventi finanziati da risorse PNRR, il d.P.C.M. prevede che l'accesso al fondo avvenga sotto forma di contributo, senza la presentazione di alcuna istanza da parte delle amministrazioni. La procedura prevede un adeguamento dei quadri economici delle opere previste nello stesso decreto, secondo le percentuali indicate, che vanno da +10% a +20%. Nello specifico, gli enti locali attuatori di uno o più interventi finanziati con il PNRR e inclusi nell'Allegato 1 al d.P.C.M., che hanno avviato o avviano le procedure di affidamento delle opere pubbliche tra il 18 maggio 2022 e il 31 dicembre 2022, possono considerare come importo preassegnato a ciascun intervento, in aggiunta a quello attribuito con il decreto di assegnazione pubblicato o incorso di pubblicazione, la percentuale indicata nello stesso Allegato 1. La preassegnazione delle risorse costituisce titolo per l'accertamento delle stesse a bilancio. Entro il 22 settembre ciascuna amministrazione finanziatrice comunicherà a ciascun ente interessato, per i decreti già emanati, la preassegnazione del contributo, per i decreti in corso di emanazione, l'importo assegnato e la preassegnazione del contributo. Nei limiti dell'ammontare complessivo delle maggiori risorse preassegnate, ciascuna amministrazione finanziatrice, tenendo conto di specifiche esigenze espresse dai soggetti attuatori e del monitoraggio in itinere, può rimodulare la preassegnazione del contributo. Per la procedura per gli enti locali non si procede in via preventiva alla valutazione delle disponibilità di risorse nell'ambito del quadro economico o su altri interventi già completati. L'analisi verrà invece effettuata mensilmente da ciascuna amministrazione, attraverso il sistema ReGIS, man mano che le procedure di affidamento sono avviate. All'esito della verifica, l'assegnazione diventa definitiva e l'amministrazione statale finanziatrice comunica alla Ragioneria generale, entro 5 giorni dalla chiusura del mese, le risorse finanziarie da riassegnare con la procedura ordinaria.

Qualora venga rilevato il mancato avvio dell'affidamento delle opere entro il 31 dicembre 2022, è previsto l'annullamento della preassegnazione da parte dell'amministrazione finanziatrice.

Tra i provvedimenti di diverso contenuto merita di essere menzionata "Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021" (l. 5 agosto 2022, n. 118).

Il provvedimento, entrato in vigore il 27 agosto scorso (con la sola eccezione dell'art. 31 in vigore dal 1° gennaio 2023) va segnalato in questa sede per alcune novità di interesse per il settore delle opere pubbliche.

In particolare, l'art. 8 (Delega al Governo in materia di servizi pubblici locali) conferisce al Governo la delega ad adottare, entro 6 mesi dall'entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi di riordino della materia dei servizi pubblici locali, da esercitare anche tramite l'adozione di un apposito testo unico.

La norma elenca i principi e i criteri direttivi sulla base dei quali il decreto legislativo di riordino dovrà essere adottato. Tra questi, vi sono:

- la previsione, in caso di ricorso a società *in house*, per gli affidamenti di importo superiore alle soglie di rilevanza comunitaria, di una motivazione qualificata da parte dell'ente locale, che giustifichi il mancato ricorso al mercato sul piano economico e sociale, con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela ambientale e accessibilità dei servizi, anche considerando i risultati conseguiti dalle gestioni *in house* pregresse (lett. g);
- l'obbligo di procedere, in occasione delle revisioni periodiche delle partecipazioni pubbliche, alla valutazione delle ragioni, economiche e qualitative, che giustificano il mantenimento dell'affidamento *in house* (lett. i);
- il coordinamento della disciplina dei servizi pubblici locali con la normativa in materia di contratti pubblici e in materia di società *in house* (lett. p);
- il rafforzamento della trasparenza e della comprensibilità degli atti e dei dati concernenti la scelta del regime di gestione, la regolazione negoziale, l'andamento della gestione e il rispetto degli obblighi di servizio, anche tramite la banca dati nazionale dei contratti pubblici (lett. u).

In un ambito totalmente diverso, ma con importanti implicazioni anche sull'appaltistica pubblica, si colloca il decreto del Ministero della transizione ecologica 23 giugno 2022 n. 256 recante "criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di progettazione di interventi

edilizi, per l'affidamento dei lavori per interventi edilizi e per l'affidamento congiunto di progettazione e lavori per interventi edilizi”.

I nuovi criteri vanno a sostituire quelli adottati nel 2017 ed entreranno in vigore il 4 dicembre 2022 (120 giorni dalla pubblicazione del decreto).

Il provvedimento contiene principalmente regole progettuali ed ha come scopo principale quello di rivedere ed aggiornare i precedenti criteri in considerazione del progresso tecnologico e dell'evoluzione della normativa ambientale, al fine di migliorare i requisiti di qualità ambientale degli edifici pubblici.

Tra le principali novità va segnalata la nuova articolazione del decreto che, rispetto al passato, distingue in modo più chiaro i criteri da adottare per l'affidamento: 1) del servizio di progettazione di interventi edilizi; 2) dei lavori per interventi edilizi; 3) del servizio di progettazione e lavori per interventi edilizi, congiuntamente.

Altro elemento di novità è il richiamo, tra i criteri premianti, agli aspetti non finanziari o ESG (ambiente, sociale, governance, sicurezza, e “business ethics”), che devono essere “valutati secondo metriche orientate alla stima dei rischi di impatti avversi futuri e comunicati in accordo a standard europei di rapporti di sostenibilità”. Tale previsione, come è chiarito nelle premesse del provvedimento, persegue l'obiettivo di premiare gli operatori che implementano strategie sempre più allineate con il quadro normativo comunitario, concorrendo al raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'Agenda 2030.

Nel merito dei contenuti si segnala altresì che è stato spostato tra i criteri premianti il possesso di sistemi di gestione ambientale (EMAS, Regolamento 1221/2009, o norma UNI EN ISO 14001); è stata quindi eliminata la previsione in base alla quale il possesso di tali certificazioni ambientali costituiva requisito obbligatorio.

Rispetto al decreto in vigore sono state accolte le richieste di progressività per l'uso obbligatorio di criteri CAM. Per interventi edilizi che non riguardino interi edifici, i criteri CAM si applicano limitatamente ai capitoli relativi alle “Specifiche tecniche per i prodotti da costruzione” e alle “Specifiche tecniche progettuali relative al cantiere”. Nel caso invece di appalti di servizi di manutenzione di immobili e impianti, ai due capitoli sopra citati si aggiungono quelli relativi alle “macchine operatrici” e ai “grassi ed oli lubrificanti per i veicoli utilizzati durante i lavori”.

Infine, è stata meglio esplicitata la procedura da seguire nel caso di non applicazione di uno o più criteri CAM, in quanto in contrasto con le norme tecniche di settore, lasciando al progettista il compito di motivarla nella relazione tecnica di progetto.

L'individuazione dell'organismo di diritto pubblico: l'“insostenibile incertezza” del criterio teleologico dell'interesse “non industriale o commerciale”

di *Franco Botteon*

Che si tratti di un criterio quantomeno scivoloso e produttivo di argomentate posizioni diametralmente opposte in sede di contenzioso e di discussione dottrinale sembra sufficiente a dimostrarlo già da sé sola, tra le più recenti, la vicenda della “C.D.P. investimenti S.G.R. s.p.a.”, società di gestione del risparmio costituita da “Cassa Depositi e Prestiti s.p.a.” (altro “ircocervo”, come meglio si vedrà dell'architettura istituzionale nostrana, peraltro in grande utile) per l'istituzione e la gestione di fondi immobiliari di tipo chiuso riservati a investitori qualificati, la quale “C.D.P. investimenti S.G.R. s.p.a.”, nell'ambito di un “banale” contenzioso promosso davanti al T.A.R. Brescia dall'aspirante affidataria di lavori d'appalto per l'assegnazione dei quali C.D.P. investimenti aveva pubblicato una “normale gara”, è stata ritenuta connotata, in ciascun grado dei tre in cui si è sviluppata la vertenza, dalla presenza e rispettivamente dall'assenza del suddetto elemento specifico di identificazione, con andamento “sussultorio” per cui ogni grado smentiva il precedente. Infatti, ricordato che il criterio a cui ci riferiamo è indicato dall'art. 3, comma 1, lett. d), d.lgs. 50/2016 con la locuzione “*istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale*”, in piena identità con le previsioni delle tre direttive dell'unione (salvo il plurale: “*sono istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi*

carattere non industriale o commerciale”: v. art. 2, § 1, n. 4, lett. a), Direttiva 2014/24 sugli appalti; *idem* l’art. 6, § 4, lett. a), Direttiva 23, sulle concessioni e l’art. 3, § 4, lett. a), Direttiva 25 sui settori *ex speciali*), nella vicenda processuale accennata è avvenuto che:

- a) in primo grado, il T.A.R. Lombardia, Brescia, con sentenza 1° aprile 2019, n. 293, nell’esaminare e accogliere l’eccezione della società C.D.P. investimenti di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, rimettendo al giudice ordinario la questione, ha ritenuto che la predetta società *non* presentasse il suddetto, riportato requisito teleologico e che fosse operatore del mercato, con assunzione di rischio economico a proprio esclusivo carico definitivo;
- b) in secondo grado, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 946 del 7 febbraio 2020, n. 964, ha affermato l’esatto opposto, a piena parità di condizioni (non era di certo cambiato nel frattempo lo statuto o altra normativa relativa alla società), rinvenendo, il Consiglio di Stato, “*esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale*” nel momento istitutivo della società (come meglio si vedrà, il Consiglio di Stato considera essenziale ricercare e rinvenire il connotato in questione nel momento “istitutivo” e non, quantomeno solo, nel momento *funzionale*, dell’attività in concreto svolta e comunque affidata alla società dalle norme di legge e statutarie);
- c) in sede di ricorso per motivi di giurisdizione, le autorevoli sezioni unite della Corte di Cassazione, con sentenza 18 gennaio 2022, n. 1482, ha ribaltato ancora la pronuncia precedente, giungendo alle medesime conclusioni del giudice di primo grado relativamente al tema specifico della riferibilità alla società, nei termini richiesti dalla legge (vedremo la struttura puntuale della norma), del connotato del carattere “non industriale o commerciale” delle esigenze perseguite: “*pur essendo finalizzata alla realizzazione di un interesse generale, quale la valorizzazione, gestione e alienazione del patrimonio immobiliare pubblico, le esigenze per la cui soddisfazione è costituita hanno carattere industriale o commerciale, avuto riguardo allo svolgimento dell’attività in regime di concorrenza, al perseguimento di obiettivi di rendimento prefissati e alla mancata previsione di forme di ripianamento delle perdite o comunque di finanziamento da parte di enti pubblici.*”

Altra vicenda analoga per altalenanza e quindi incertezza è quella delle Autostrade del Brennero s.p.a., in relazione alla quale è uno stesso giudice, il T.R.G.A. di Trento, a cambiare nel tempo opinione. La recente sentenza di quel Tribunale del 3 giugno 2022, n. 107, da un lato, esprime la sua adesione alla tesi negativa (Autobrennero non ha il

connotato in esame) affermando che *“la natura di ‘organismo di diritto pubblico’ è stata esclusa dal Giudice d’appello nei riguardi della Società qui intimata (Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3345 ed anche sez. V, 18 maggio 2017, n. 3446) con la (...) motivazione: «la Autostrade del Brennero s.p.a. (...) è stata istituita per soddisfare specificatamente anche esigenze di interesse generale, ma non persegue i propri obiettivi con “carattere non industriale o commerciale” poiché “occorre, anche, che tali esigenze siano perseguite operando con metodo non economico, ovvero senza rischio d’impresa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2013, n. 570)”*, dall’altro, ritiene di dare lealmente atto *“Per inciso”* che *“con la sentenza 5 gennaio 2016, n. 11, il T.R.G.A. aveva (...) diversamente opinato affermando che la società Autostrade del Brennero è dotata di personalità giuridica, è partecipata in modo maggioritario da soggetti pubblici ed è stata istituita ‘per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale’ (c.d. requisito teleologico) in quanto: A) «è stata costituita il 20 febbraio 1959 per soddisfare, specificatamente, la progettazione, la costruzione e l’esercizio di autostrade, in primis quella del Brennero, quindi esigenze di interesse pubblico e di pubblica utilità attinenti alla libera circolazione di persone e cose»; B) «i compiti della Società in esame non si esauriscono nel perseguimento dello scopo industriale o commerciale, e non sono regolati esclusivamente dalle comuni norme imprenditoriali perché risentono dell’interesse pubblico costitutivo attinente al potenziamento di incontroverse esigenze di mobilità di persone e di cose”*, tesi positiva che non convince il Tribunale trentino per motivazioni sicuramente ricche di riferimenti rispetto alla tematica, tanto da rendere la ricostruzione particolarmente esaustiva (anche se non necessariamente è sufficiente a convincere della tesi negativa)⁽¹⁾.

.....

(1) “... l’esclusione del ‘requisito teleologico’ necessario per il riconoscimento della natura di organismo di diritto pubblico è stato nuovamente affermato dal Consiglio di Stato (cfr. sez. V, 19 novembre 2018, n. 6534) con riferimento ad Aeroporti di Roma s.p.a. che “non ha natura di organismo di diritto pubblico perché priva del requisito teleologico, non risultando la stessa costituita per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; osta al riconoscimento del requisito in questione la circostanza che la società, operante in un mercato concorrenziale, sia gestita secondo criteri di efficacia e redditività tipici dell’imprenditore privato e con assunzione del rischio di impresa”. Anche le sezioni unite della Corte di Cassazione con la pronuncia n. 8673 di data 28 marzo 2019, hanno ribadito che, tra i requisiti necessari affinché un soggetto possa qualificarsi “organismo di diritto pubblico”, vi è il requisito teleologico, “da valutarsi avendo riguardo, in primo luogo, all’accertamento che l’attività sia rivolta, anche non esclusivamente o prevalentemente, alla realizzazione di un interesse generale, ovvero che sia necessaria a soddisfare tale interesse, e che il soggetto, pur eventualmente operando in un mercato concorrenziale, non fondi la propria attività principale esclusivamente su criteri di rendimento, efficacia e redditività e non assuma su di sé i rischi collegati allo svolgimento di tale attività, i quali devono ricadere sulla p.a. controllante, nonché, in secondo luogo, alla circostanza che il servizio di interesse generale, oggetto di detta attività, non possa essere rifiutato per ragioni di convenienza economica”. È appena il caso di rilevare che, in effetti, successi-

Come si può notare, l'apparato normativo che sta alla base delle ampie argomentazioni sviluppate è semplicemente la disposizione: *“istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale”*; non si pone un problema di individuazione della norma applicabile; il problema è dato dagli elementi che l'una lettura o l'altra della disposizione predetta si possono o devono prendere in considerazione.

In questo, nel segnare il discrimine nella selezione degli elementi, è chiarissima la sentenza del Consiglio di Stato n. 964/2021, che vale la pena di riportare per un primo avvicinamento alla scomposizione della norma in esame e alla desunzione di un portato possibilmente univoco o alla constatazione della necessità del suo superamento (de iure condendo): *“Occorre... non discostarsi dal dato normativo.*

Per l'art. 3, comma 1, lett. d) del Codice dei contratti pubblici, il requisito teleologico è presente se l'organismo è 'istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale.' Il Collegio considera che, con l'evidenziare il dato dell'istituzione unitariamente alle finalità, la disposizione pone anzitutto l'accento sulle ragioni istitutive del soggetto.

Ricorre, dunque, il requisito teleologico se l'organismo è stato costituito da un soggetto pubblico appartenente al perimetro allargato della pubblica amministrazione, per dare esecuzione ad un servizio che è necessario perché è strettamente connesso alla finalità pubblica di quest'ultimo (cfr. Cass., sez. un., 28 marzo 2019, n. 8673 sullo scopo per il quale è istituito l'ente e la natura essenziale del servizio rispetto alla

.....

vamente il Consiglio di Stato, con sentenza della sez. V, n. 965 del 7.2.2020, come afferma correttamente Autobrennero, si è discostato dal consolidato orientamento di cui sopra, affermando, in relazione alla definizione di cui all'art. 3, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 50 del 2016, che, *“con l'evidenziare il dato dell'istituzione unitariamente alle finalità, la disposizione pone anzitutto l'accento sulle ragioni istitutive del soggetto” e deducendone che “ricorre, dunque, il requisito teleologico se l'organismo è stato costituito da un soggetto pubblico appartenente al perimetro allargato della pubblica amministrazione, per dare esecuzione ad un servizio che è necessario perché è strettamente connesso alla finalità pubblica di quest'ultimo”*. Tuttavia tale sentenza è rimasta del tutto isolata, essendo stata immediatamente smentita dalle sezioni unite della Corte di Cassazione, che, con sentenza n. 1482 del 18 gennaio 2022, nel cassare appunto la suddetta pronuncia n. 965 del 2020 del Consiglio di Stato, hanno riconfermato il descritto orientamento interpretativo, precisando al riguardo che *“il giudice amministrativo si è posto in contrasto con l'interpretazione della normativa Eurounitaria fornita dalla Corte di giustizia, avente portata vincolante per il giudice nazionale, la quale, oltre ad individuare nel soddisfacimento di un interesse generale avente carattere non industriale o commerciale un requisito distinto da quello dell'istituzione ad opera di un'amministrazione aggiudicatrice, ancorché cumulativamente concorrente con lo stesso, ha espressamente precisato che il relativo accertamento deve aver luogo tenendo conto di tutti gli elementi non solo di diritto, ma anche di fatto che contribuiscono all'identificazione del predetto interesse ed alla differenziazione dello stesso da quelli aventi carattere industriale o commerciale, ivi comprese le condizioni in cui l'organismo esercita la propria attività, che restano concettualmente distinte dalle circostanze che hanno condotto alla sua istituzione, anch'esse peraltro considerate rilevanti ai fini della valutazione richiesta”* (T.R.G.A. 107/2022).

realizzazione della funzione pubblica di carattere generale cui è istituzionalmente chiamato l'ente controllante: così venne qualificato organismo di diritto pubblico Acì Global s.p.a., controllata di Acì; sebbene, poi, si dia carico di controllare anche le modalità di svolgimento dell'attività, secondo la richiamata ricostruzione degli indici presuntivi).

In questa prospettiva, la caratterizzazione segnata dai compiti assegnati all'organismo, che sono a base della sua istituzione, risulta per volontà della norma preminente sulle modalità con le quali poi l'attività viene svolta.

Infatti, mentre i primi (i compiti, cioè) sono alla base della nuova modalità organizzativa scelta per perseguire finalità amministrative di interesse generale, dunque concretizzano un particolare modo di auto-organizzarsi della pubblica amministrazione in riferimento al perseguimento di finalità che comunque le appartengono, le seconde riflettono il modo di porsi dell'organismo in rapporto al mercato (tale per cui l'organismo sarebbe esonerato dal rispetto delle regole di legge che garantiscono il mercato nei propri contratti – il Codice dei contratti pubblici –, se si pone in atteggiamento imprenditoriale verso i terzi suoi competitori: come dire che se agisce paritariamente in un mercato competitivo, non gli è dalla legge imposto il rispetto del mercato nel contrarre, come invece alle pubbliche amministrazioni).

*Ma le **modalità** con le quali l'attività viene svolta cedono rispetto ai compiti assegnati perché le prime: a) non sono espressamente citate dalle disposizioni, neppure quelle eurounitarie; b) sono in realtà inidonee a differenziare con chiarezza l'azione pubblica da quella di un operatore economico privato (com'è acquisito dalla ricordata tendenza giurisprudenziale che nega che l'offerta di prestazione in un mercato concorrenziale aperto anche a private imprese escluda la qualificazione come organismo di diritto pubblico, cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2018, n. 858); c) sono potenzialmente mutevoli nel tempo, perché non si può escludere che de facto un'attività originariamente non remunerativa lo divenga nel tempo; e viceversa, perda, per l'andamento dei mercati – il cui grado di concorrenzialità buon ben variare –, tale effettiva capacità: sicché si tratta di un indicatore in realtà instabile perché soggetto a contingenti circostanze esterne, dunque non preciso e dirimente”.*

La partita, nella sua essenzialità, è tra elemento costitutivo ed elemento funzionale, tra momento dell'istituzione del soggetto e modalità di svolgimento dell'attività; più in dettaglio, tra finalità perseguite nell'atto e con l'atto di istituzione del soggetto e modalità attraverso cui il soggetto creato per quelle finalità le attua persegue, sotto il profilo, *in specie*, della modalità della assunzione del rischio fino al fallimento o comunque alla erosione del patrimonio, senza intervento dell'ente o

organismo pubblico che ha assunto l'iniziativa della costituzione del soggetto.

Tale impostazione – delineata in modo preciso dal Consiglio di Stato e incentrata ed enfatizzata sull'analisi del momento costitutivo, isolato da quello funzionale, considerato, alla luce del diritto positivo (*“Occorre non discostarsi dal dato normativo”*, ammonisce il Consiglio di Stato) non valorizzabile in direzione opposta rispetto a quello istitutivo – è correttamente identificata dalla Corte di Cassazione nella sentenza che annulla la pronuncia del Supremo Collegio amministrativo ma le sezioni unite giungono alla conclusione opposta a quella avallata dal Consiglio di Stato, partendo dalla considerazione della posizione espressa dalla Corte di giustizia europea, la cui interpretazione del diritto eurounitario vincola il giudice interno e che con riguardo all'elemento teleologico ha valorizzato l'analisi non solo del momento costitutivo ma anche funzionale, delle *modalità* di svolgimento concreto dell'attività, e rilevando, in via “autonoma” rispetto alla giurisprudenza europea, che le modalità di esercizio dell'attività del soggetto, sarebbero valorizzate dalla disposizione definitoria dell'elemento teleologico quale risultante sia dal diritto europeo, sia dal coincidente diritto interno: *“In tal modo, tuttavia, il Giudice amministrativo si è posto in contrasto con l'interpretazione della normativa eurounitaria fornita dalla Corte di giustizia, avente portata vincolante per il giudice nazionale, la quale, oltre ad individuare nel **soddisfacimento di un interesse generale avente carattere non industriale o commerciale un requisito distinto da quello dell'istituzione ad opera di un'amministrazione aggiudicatrice, ancorché cumulativamente concorrente con lo stesso**, ha espressamente precisato che il relativo accertamento deve aver luogo tenendo conto di tutti gli elementi non solo di diritto, ma anche di fatto che contribuiscono all'identificazione del predetto interesse ed alla differenziazione dello stesso da quelli aventi carattere industriale o commerciale, **ivi comprese le condizioni in cui l'organismo esercita la propria attività**, che restano concettualmente distinte dalle circostanze che hanno condotto alla sua istituzione, anch'esse peraltro considerate rilevanti ai fini della valutazione richiesta. Illuminante, in proposito, appare il riferimento del giudice eurounitario allo svolgimento dell'attività nell'ambito di un mercato concorrenziale, configurabile anch'esso come un dato di natura fattuale che, pur essendo stato ritenuto da solo insufficiente a giustificare il riconoscimento del carattere industriale o commerciale del bisogno, è stato considerato pur sempre rilevante ai fini del relativo accertamento, se posto in relazione con altri fattori idonei ad evidenziare l'assimilabilità del modo di operare dell'ente a quello di altri soggetti che offrono beni o servizi sul mercato.*

Tali fattori, contrariamente a quanto sostenuto dalla sentenza impugnata, non risultano affatto estranei alla lettera delle direttive e della norma interna, il cui riferimento ai bisogni di carattere non industriale o commerciale, quale sottocategoria di quelli d'interesse generale, è volto ad evidenziare proprio la necessità di un'autonoma considerazione del modo di porsi dell'organismo in rapporto al mercato, che ne giustifica la sottoposizione alla disciplina degli appalti pubblici. Il rilievo esclusivo conferito alla stretta connessione tra i compiti assegnati all'organismo e le finalità d'interesse pubblico perseguite attraverso la sua istituzione appare d'altronde foriero d'incertezze non inferiori a quelle determinate dal richiamo alle modalità di svolgimento della sua attività, in quanto, avuto riguardo alla molteplicità dei bisogni della cui soddisfazione la Pubblica Amministrazione si fa carico nella realtà attuale, alla sempre più frequente estraneità delle prestazioni rese all'ambito dei compiti tradizionalmente assegnati agli enti pubblici ed alla possibile fungibilità dei beni e dei servizi dagli stessi forniti rispetto a quelli offerti da operatori privati, il mero riferimento all'oggetto statutario potrebbe indurre ad includere nella categoria in esame soggetti che, pur assolvendo compiti ritenuti di propria pertinenza da parte dell'Amministrazione, agiscono di fatto come comuni operatori economici, o, per converso, ad escludere dalla stessa categoria soggetti che, pur fornendo risposta a bisogni che potrebbero astrattamente essere soddisfatti anche mediante il ricorso al mercato, operano in condizioni o secondo logiche estranee a quella concorrenziale.

L'interessantissimo “duello” consente di mettere in luce i “mattoni” del dibattito ricavabili da una disposizione di pochissimo sviluppo lessicale (*istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale*), ma che scoperchia nuovi filoni di indagine estremamente complessi e vasti: in primo luogo, la distinzione tra momento istituzionale-costitutivo e quello funzionale-attuativo, delle modalità di esercizio della missione, rispetto alle quali ultime rileva, soprattutto, l'elemento del rischio economico (altro concetto fondamentale nell'esame della problematica); in secondo luogo, con la locuzione “*per soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale e commerciale*”, la norma mette in luce in modo ineludibile la presenza del “bivio” per cui le esigenze di *interesse generale* possono essere associate a un “carattere non industriale o commerciale”, ma anche evidentemente, all'opposto, a un carattere “industriale o commerciale”, del che dà conto la giurisprudenza che in prosieguo si esaminerà partitamente.

Non si può non segnalare che non è una totale esclusiva del criterio identificativo “teleologico” la complessità ricostruttiva di cui si è

cercato di tratteggiare la dimensione. Anche il criterio “organizzativo” della “vigilanza” presenta asperità, come dimostrato dalla vertenza relativa alla Federazione italiana giuoco calcio, la quale è stata impegnata in un procedimento giudiziario relativo a un poco appassionante appalto di facchinaggio triennale sopra soglia comunitaria che ha portato anche al rinvio alla Corte giustizia UE, che si è pronunciata con la sentenza 3 febbraio 2021 (cause riunite C-155/19 e C-156/19), e che si è concluso con la sentenza del Consiglio di Stato del 5 luglio 2021, n. 5348, anch’essa di ribaltamento degli esiti delle sentenze impugnate in primo grado, giunta quindi – in opposto avviso – all’esclusione dell’elemento della vigilanza: “*Ritiene invece il Collegio di non poter condividere le conclusioni raggiunte nelle sentenze appellate in ordine al **terzo requisito**, dato alternativamente: 1) dall’essere l’attività dell’ente finanziata in modo maggioritario dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico; 2) dalla circostanza che la gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi; 3) ovvero che l’organo d’amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. Al riguardo, la richiamata decisione del 3 febbraio 2021 della Corte di giustizia dell’Unione europea è nel senso che ‘i criteri alternativi figuranti all’articolo 2, paragrafo 1, punto 4, lettera c), della Direttiva 2014/24, quali ricordati al punto 34 della presente sentenza, rispecchiano tutti la stretta dipendenza di un organismo nei confronti dello Stato, delle autorità regionali o locali o di altri organismi di diritto pubblico, e che, per quanto riguarda più precisamente il criterio relativo alla vigilanza sulla gestione, una vigilanza siffatta si basa sulla constatazione di un controllo attivo sulla gestione dell’organismo in questione idoneo a creare una dipendenza di quest’ultimo nei confronti dei poteri pubblici, equivalente a quella che esiste allorché è soddisfatto uno degli altri due criteri alternativi, ciò che può consentire ai poteri pubblici di influire sulle decisioni del suddetto organismo in materia di appalti pubblici (v., in tal senso, sentenza del 27 febbraio 2003, Adolf Truley, C-373/00, EU:C:2003:110, punti 68, 69 e 73 nonché la giurisprudenza ivi citata)’.*”

Sulla base di tali presupposti, se è vero che, in linea di principio, un controllo a posteriori non soddisfa il secondo dei criteri alternativi previsti dall’art. 2, par. 1, punto 4, lettera c), della Direttiva 2014/24/UE – il quale deve essere interpretato “nel senso che la gestione di una federazione sportiva nazionale deve considerarsi posta sotto la vigilanza di un’autorità pubblica, tenendo conto, da un lato, dei poteri di cui tale autorità è investita nei confronti di una federazione siffatta e, dall’altro, del fatto che gli organi fondamentali di detta autorità sono composti in

via maggioritaria da rappresentanti dell'insieme delle federazioni sportive nazionali" – in quanto non consente ai poteri pubblici di influire sulle decisioni dell'organismo de quo in tale settore (cfr. Corte giust. UE 12 settembre 2013, IVD, C-526/11, EU:C:2013:543, p.to 29 e giurisprudenza ivi citata), va però verificato, caso per caso, se "nei fatti, i diversi poteri spettanti al CONI nei confronti della FIGC hanno l'effetto di creare una dipendenza di tale federazione rispetto al CONI, tale per cui quest'ultimo possa influire sulle decisioni di detta federazione in materia di appalti pubblici".

Incertezze giurisprudenziali sembra ve ne siano perfino sul criterio di identificazione costituito dalla personalità giuridica, se da un lato la Corte di Cassazione adotta una nozione praticamente "abrogatrice", secondo cui "la 'personalità giuridica' [va] intesa in senso ampio, comprensiva degli **enti di fatto**" (Cassazione civile sez. un., 28 marzo 2019, n. 8673) mentre più cautamente il T.A.R. Lombardia afferma che "Un'associazione non riconosciuta non può svolgere le funzioni di centrale di committenza in favore di amministrazioni pubbliche, in quanto è priva del requisito della personalità giuridica richiesto per gli organismi di diritto pubblico" (T.A.R. Milano, Lombardia, sez. II, 3 febbraio 2020, n. 240).

Ma ne abbiamo a sufficienza per approfondire il tema dell'elemento teleologico.

Peraltro, accennato, come riteniamo di aver fatto in attesa di un esame più approfondito, ai tratti fondamentali delle posizioni giurisprudenziali (ci concentriamo su queste) che si contrappongono nell'interpretazione della disposizione relativa al connotato in discussione, e ai temi fondamentali che vengono affrontati in tale dibattito, è forse utile inquadrare il connotato medesimo nell'ambito dell'istituto in cui si inserisce e cioè l'organismo di diritto pubblico e tracciarne in breve la storia e la finalità della relativa individuazione giurisprudenziale prima, della regolamentazione legislativa poi.

La storia della figura organizzativa in parola vede l'atto di battesimo, secondo autorevole e condivisa ricostruzione⁽²⁾, nella storica sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 1988 (causa 31/87, *Beentjes*), che introduce, in relazione alla normativa sui contratti pubblici (e quindi a tali effetti settoriali) la *nozione funzionale di Stato*.

Prima di questa sentenza non era stato esaminato il tema dell'obbligo di gara in capo a soggetti che non rientrassero in una catalogazione comunitaria (escluso, peraltro, che si potesse trattare di catalogo

.....
 (2) Cfr. LA ROSA, *L'organismo di diritto pubblico. La non industrialità nella giurisprudenza*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 2, 2007, p. 299-305.

“costitutivo”) di amministrazione aggiudicatrice e che presentassero comunque connessioni con amministrazioni aggiudicatrici.

La sentenza, conseguente a rinvio da un giudizio nel quale si discuteva dell'applicazione della Direttiva 71/305 sui lavori pubblici a un soggetto olandese individuato come “commissione locale per la ricomposizione fondiaria”, rileva e conclude: *“Dal fascicolo risulta che la commissione locale per la ricomposizione fondiaria è un organismo privo di personalità giuridica propria, le cui funzioni e la cui composizione sono disciplinate dalla legge ed i cui membri sono nominati dal Consiglio provinciale della provincia interessata. Essa è tenuta ad applicare una circolare emanata da una commissione centrale istituita con regio decreto ed i cui membri sono nominati dalla Corona. Il rispetto degli obblighi derivanti dagli atti giuridici della commissione è garantito dallo Stato, il quale finanzia i lavori pubblici dati in appalto dalla commissione locale.*

9 Si deve ricordare che la Direttiva 71/305 ha lo scopo di coordinare le procedure di aggiudicazione dei contratti di appalto di lavori pubblici conclusi negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di **altre persone giuridiche di diritto pubblico**.

10 A norma dell' art. 1, lett . b), della Direttiva, sono da considerare “amministrazioni aggiudicatrici” lo Stato, gli enti pubblici territoriali e le persone giuridiche di diritto pubblico enumerate nell' allegato I .

Conclude, quindi, la Corte, innovativamente, come anticipato sopra, affermando che: *“Alla nozione di Stato, ai sensi di questa norma, si deve dare un' interpretazione funzionale. La finalità della Direttiva, consistente nella effettiva attuazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici, sarebbe infatti **compromessa** se l' applicazione del regime della Direttiva dovesse essere esclusa per il solo fatto che un appalto di lavori pubblici è stato aggiudicato da un ente che, pur essendo stato creato per svolgere funzioni attribuitegli dalla legge, non rientra formalmente nell' amministrazione statale.*

12 Di conseguenza, si deve ritenere che un organismo le cui funzioni e la cui composizione sono, come nella fattispecie, contemplate dalla legge e che dipende dalla pubblica amministrazione per quanto riguarda la nomina dei suoi membri, la garanzia degli obblighi derivanti dai suoi atti e il finanziamento degli appalti ch' esso ha il compito di aggiudicare rientri nella nozione di Stato ai sensi della summenzionata disposizione, anche se formalmente non fa parte dello Stato”.

Nell'affrontare un caso “semplice” (la commissione locale per la ricomposizione fondiaria non presentava elementi di “industrialità” o “commercialità” che sono quelli fluidi” che ci “affannano” nel presente

contesto), la Corte mette in luce un vuoto normativo positivo, che il legislatore comunitario si affretta a colmare già con la Direttiva 89/440/CE, il cui art. 1, n. 1), modificando l'art. 1, lett. b), Direttiva 71/305/CEE, andava a statuire che: “*b) si considerano “amministrazioni aggiudicate”:* lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico. Per organismo di diritto pubblico si intende qualsiasi organismo:

- istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e

- dotato di personalità giuridica, e

- la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta a controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico.

Gli elenchi degli organismi o delle categorie di organismi di diritto pubblico che possiedono i requisiti di cui alla presente lettera, secondo comma figurano nell'allegato I. Questi elenchi devono essere il più completi possibile e possono subire revisioni secondo la procedura di cui all'articolo 30 ter. A tal fine, gli Stati membri notificano periodicamente alla Commissione le modifiche apportate ai suddetti elenchi”.

Da un lato, si introduce la “clausola” generale del requisito “teleologico” dell'istituzione per il soddisfacimento di *bisogni* di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale; dall'altro, si introduce un sistema di catalogazione della cui tassatività non si parla ma che proprio per questo non vi sono elementi per considerare tale (tassativo) l'elenco medesimo.

L'impostazione della figura è comunque segnata: nelle successive Direttive si sostituisce solo l'espressione “bisogni” con quella di “esigenze”, senza alcuna indicazione sulla volontà di ampliare o restringere con ciò l'ambito di individuazione della figura e quindi sostanzialmente lasciandolo intatto rispetto all'introduzione della disciplina positiva.

Quel che merita sottolineare ai nostri fini è comunque che la genesi sia giurisprudenziale (sentenza della Corte di giustizia “Beentjes” del 1988), sia legislativa (Direttiva 89/440/CEE) considerano l'organismo di diritto pubblico rilevante agli effetti specifici della individuazione dei soggetti obbligati ad applicare la normativa proconcorrenziale sugli affidamenti e non nella prospettiva opposta del soggetto aspirante ad affidamenti.

Soprattutto la sentenza che sta all'origine del fenomeno, sottolinea l'esigenza, fondamentale nel diritto unionale, della garanzia dell'effetto utile: non garantisce l'effetto utile delle direttive che vogliono assicurare un mercato interno libero da frontiere interne e da vincoli di accesso alle ricche commesse pubbliche, una prassi che veda l'istituzione - da parte di enti pubblici che sono sicuramente sottoposti alle direttive proconcorrenziali - di soggetti che non applicano le direttive stesse.

La posizione in cui si pone l'organismo di diritto pubblico è, in sostanza, identica a quella della pubblica amministrazione che deve affidare appalti.

Tale prospettiva è completamente diversa da quella dei soggetti che aspirano alle commesse affidate da un ente (o organismo di diritto) pubblico. Questa è la posizione e il problema che pone la società in house, figura collegata all'organismo sul piano definitorio ma di certo non coincidente con lo stesso, proprio per l'ottica sostanzialmente opposta in cui il fenomeno dell'in house si pone rispetto all'organismo di diritto pubblico: quest'ultimo è quello che "dà appalti", eroga risorse pubbliche per ottenere risultati di interesse generale, dovendo individuare il miglior operatore; l'organismo (non più solo società) "in house" è quello che "riceve appalti" e risorse pubbliche, potendole ricevere senza competizione solo a determinate condizioni che ne escludono la capacità di sottrarre ai "veri" operatori del mercato risorse e operatività pubbliche.

L'organismo di diritto pubblico non è tale in quanto aspirante ad affidamenti pubblici, che l'organismo medesimo può sottrarre al "mercato" degli operatori economici che l'Unione vuole sviluppare (come la Repubblica Italiana); è tale in quanto "affida" appalti, mettendo sul mercato risorse provenienti dal mondo pubblico o che (se non fosse stato istituito l'organismo di diritto pubblico) sarebbero in mano pubblica, e tali risorse vanno messe sul mercato favorendo la concorrenza e quindi applicando le direttive.

Tutt'altro discorso è il partenariato pubblico-pubblico di cui all'art. 5, comma 6, d.lgs. 50/2016 (e all'art. 12, Direttiva 24/2014) dove l'organismo partecipa alla produzione di beni e servizi con un meccanismo di contratto associativo e non di contratto commutativo, in cui un soggetto dà denaro e l'altro dà prestazioni, che è l'ottica dell'appalto (nelle concessioni, l'unica differenza è il destinatario della prestazione e cioè l'utente, che è anche il pagatore, almeno in parte). Tale partenariato non può mai confondersi con un appalto, che è contratto di scambio e non - per l'appunto - associativo.

La considerazione attenta della prospettiva da cui si pone l'organismo (erogatore di risorse destinate al mercato degli operatori economici) sembra giustificare un'umile espressione di dissenso dalla sottolineatura, presente nella sentenza della più volte citata Cassazione civile, sez. un., 18 gennaio 2022, n. 1482, relativa alla vicenda da cui siamo partiti (C.D.P. investimenti), laddove si sottolinea che si tratta *“di scongiurare il rischio che la presenza sul mercato di soggetti la cui attività s'ispira a considerazioni diverse da quelle puramente economiche si traduca nell'alterazione del gioco della concorrenza tra gli operatori del settore”* (v. punto 5.3). Se non si è inteso male il rilievo della Suprema Corte, il criterio teleologico non vuole espungere dal mercato un operatore (l'organismo di diritto pubblico) che altera il gioco della concorrenza con gli operatori economici perché svolge lo stesso mestiere e sottrae commesse, ma vuole evitare che l'amministrazione pubblica si sottragga alle misure di “concorrenza per il mercato”, qual è l'effettuazione delle gare, *creando* (all'origine dell'organismo di diritto pubblico c'è pur sempre, direttamente o indirettamente – nel caso di ODP creato da altro ODP – un'amministrazione pubblica) soggetti “atipici” che non affidano commesse secondo le regole comunitarie degli appalti e concessioni pubbliche.

Nella vicenda esaminata dalla Corte di giustizia nel 1988 che ha dato origine alla figura, non si prospettava il rischio che la commissione partecipasse al mercato delle commesse ma che le affidasse al di fuori delle regole proconcorrenziali, rivolte a favorire la competizione degli operatori economici e ad evitare che la commissione locale suddetta (di certo non un pericolo per la concorrenza europea) consolidasse una prassi di spazi di sottrazione dell'applicabilità delle regole proconcorrenziali.

Se ci si pone nella prospettiva del soggetto che affida commesse pubbliche, il problema dell'individuazione dell'organismo di diritto pubblico si affronta considerando l'organismo stesso come se fosse una pubblica amministrazione, dovendo, al pari di quest'ultima, non sottrarsi all'obbligo di affidare contratti e quindi risorse in modo proconcorrenziale e non dovendo esso essere escluso da un “mercato” di operatori ai quali sottrae le suddette commesse. La veste formale del contenitore non ha alcuna rilevanza: *“La prima caratteristica per qualificare un'entità come organismo di diritto pubblico ai sensi della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, ovverosia quella dell'istituzione per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, ricomprende anche quelle entità create non sotto forma di amministrazione pubblica, ma come associazioni di diritto privato, e alcune delle loro attività, per cui sono dotate di*

una capacità di autofinanziamento, non abbiano carattere pubblico” (Corte giustizia UE, sez. IV, 3 febbraio 2021, n. 155).

In tale prospettiva, dell’organismo di diritto pubblico che deve porsi rispetto al tema dell’applicazione della normativa pubblicistica dell’affidamento di contratti (che è all’origine anche del contenzioso C.D.P. sopra ampiamente esaminato e di tutti i contenziosi che portano alla luce il tema; non quello di un organismo che partecipa a gare alterando il mercato per le migliori condizioni operative e la mancanza di rischio economico ed “esistenziale” di cui gode – non potendo in linea generale fallire – salvo quanto si dirà proprio su Cassa depositi e prestiti s.p.a.) come se fosse un ente pubblico, appare doppiamente convincente l’approccio valorizzato dal Consiglio di Stato: sia sul piano del diritto positivo, sia sul piano applicativo.

Sul piano del diritto positivo, quanto sopra osservato sull’ottica in cui si pone il problema dell’organismo di diritto pubblico (applicazione delle regole di concorrenza per il mercato degli operatori economici aspiranti alle risorse e alle commesse dell’organismo di diritto pubblico medesimo), sembra spiegare il perché dal 1989 (Direttiva 89/440/CEE), la disposizione sul requisito teleologico è sempre incentrata comunque sull’elemento della istituzione: *“istituito per esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale”*. Questa è la posizione dell’ente pubblico: esso va identificato in relazione non certo (o comunque non solo e nemmeno non prioritariamente) a “cosa e come fa” di fatto, ma alla luce dell’“atto di battesimo”, che deve contenere il patrimonio genetico dell’organismo, dal quale si devono ricavare gli elementi di identificazione dell’organismo e dal quale si possa desumere ogni dato che consenta di dire che l’organismo creato è “come se” fosse una pubblica amministrazione, rappresentando una utile stampella della prima, specializzata in un determinato ambito, ma connotata dallo stesso genoma pubblicistico di “strumento” del benessere collettivo che l’ente pubblico “matrice” intende assicurare, non disinteressandosi del tema e non lasciando alle pure forze economiche lo svilupparsi delle dinamiche connesse a quelle attività.

Vero è quanto affermato dalla Corte di Cassazione, laddove nota che la Corte di giustizia europea, che ha sicuramente le “chiavi di accesso” allo scrigno che contiene il concetto di “organismo di diritto pubblico”, non rilevando di certo il diritto interno se non in termini di necessario adeguamento, stante la “piena proprietà” eurounitaria della nozione, ha esteso l’esame della figura concreta di cui si tratti di operare la qualificazione come organismo di diritto pubblico o meno anche alla dimensione funzionale e operativa, valorizzando i dati “di diritto e di fatto”: *“La relativa valutazione deve essere operata tenendo*

conto di tutti gli elementi di diritto e di fatto pertinenti, quali le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo considerato e le condizioni in cui quest'ultimo esercita le attività volte a soddisfare esigenze di interesse generale, ivi compresa, in particolare, la mancanza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro, la mancanza di assunzione dei rischi collegati a tale attività nonché il finanziamento pubblico eventuale delle attività di cui trattasi (cfr. sent. 5/10/2017, in causa C-567/15, LitSpecMet UAB)" (v. Cass. 1482/22, punto 5.1). Vero è anche e soprattutto che l'interpretazione della Corte di giustizia è vincolante: "L'interpretazione delle norme Eurounitarie è riservata alla Corte di giustizia, le cui pronunce hanno carattere vincolante per il giudice nazionale perché a tali sentenze, siano esse pregiudiziali o emesse in sede di verifica della validità di una disposizione, va attribuito il valore di ulteriore fonte del diritto della Unione Europea, non nel senso che esse creino ex novo norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell'ambito dell'Unione" (Cass. civ., sez. lav., 16 marzo 2020, n. 7309).

Vero è, altresì, che l'interpretazione espressa dalla Corte di Giustizia non sembra obbligare a considerare l'aspetto funzionale come tale da ribaltare l'indicazione emergente dal dato "istituzionale" al quale la norma scolpita sulle direttive trentennali continua a fare riferimento ma impone di rilevare ogni elemento che corrobori tale profilo.

Circa la rilevanza in sé dell'attività svolta dal soggetto di cui ci si pone la questione della qualificazione come organismo di diritto pubblico, al di fuori del percorso e della prospettiva segnata in sede "istitutiva" (rispetto alla quale, rileva l'ancora complessa definizione di "non industrialità o commercialità"), è interessante considerare quanto affermato dalla dottrina in ordine a Cassa depositi e prestiti s.p.a., che è la madre di "C.D.P. investimenti S.G.R. s.p.a."

Nell'interessante lavoro di Enriques e Mucciarelli sulla Cassa depositi e prestiti⁽³⁾ si sottolinea che "Eurostat qualifica la CDP tra gli 'intermediari finanziari', in quanto essa sostiene la parte principale del rischio d'impresa e gestisce le proprie attività a condizioni di mercato. In particolare, la garanzia dello Stato a vantaggio della raccolta postale è solo sussidiaria, con la conseguenza che lo Stato si rivarrebbe sul patrimonio di C.D.P., **la quale potrebbe astrattamente fallire**. Pertanto, come gli enti omologhi francesi e tedeschi, CDP è esterna al perimetro

.....

(3) ENRIQUES, MUCCIARELLI, *Governance pubblica e privata delle politiche pubbliche per obiettivi: una proposta di riforma della governance della Cassa Depositi e Prestiti*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 6, 1° dicembre 2019, p. 1014 ss.

della pubblica amministrazione e, quindi, al debito dello Stato. Di conseguenza, il risparmio postale è stato sottratto all'area del debito pubblico e viene qualificato come prestito tra privati”.

Sennonché, l'elemento del rischio e in particolare del fallimento, sembrano essere decisivi, per la Cassazione della sentenza n. 1482/2022, ai fini dell'esclusione della qualificazione organismo di diritto pubblico ma Cassa depositi e prestiti s.p.a., a cui si deve l'iniziativa della creazione della società di investimento, è considerata organismo di diritto pubblico almeno dal 2007 (v. Cons. Stato, n. 550 del 2007) va considerata come organismo di diritto pubblico. E su tale qualificazione, pure emersa nella sentenza impugnata avanti alle sezioni unite, nulla ha avuto da rilevare il massimo organo di legittimità.

La materia è, dunque, evidentemente fluida, ossia complessa.

Il tema in gioco è, peraltro, rilevante. Se si tiene conto che la migliore dottrina parla di *Stato ad amministrazione disaggregata*⁽⁴⁾ per indicare la perdurante propensione dell'apparato pubblico a operare mediante gemmazione di strumenti istituzionali e se si considera la galassia davvero estesa delle società a partecipazione pubblica, che il d.lgs. n. 175/2016 si proponeva e propone di contenere, ma che di certo non è riuscito a ridurre significativamente, nonostante il divieto (di legge ordinaria, peraltro, a fronte di un art. Cost. che continua ad ammettere senza limiti l'impresa pubblica) di costituzione di società e anche di mantenimento di partecipazioni in società che non si occupino di “produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi”,⁽⁵⁾ si capisce quanto diffuso può essere il contenzioso sulla qualificazione di tale costellazione di soggetti.

.....

(4) S. CASSESE, *Stato ad amministrazione disaggregata*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 2, 1° giugno 2020, p. 465.

(5) “1. Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

2. Nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate:

a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;

b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016;

c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2;

d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo

(segue nota 5)

.....

svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento;

e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera *a)*, del decreto legislativo n. 50 del 2016.

3. Al solo fine di ottimizzare e valorizzare l'utilizzo di beni immobili facenti parte del proprio patrimonio, le amministrazioni pubbliche possono, altresì, anche in deroga al comma 1, acquisire partecipazioni in società aventi per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni stesse, tramite il conferimento di beni immobili allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato.

4. Le società in house hanno come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui alle lettere *a)*, *b)*, *d)* ed *e)* del comma 2. Salvo quanto previsto dall'articolo 16, tali società operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti.

5. Fatte salve le diverse previsioni di legge regionali adottate nell'esercizio della potestà legislativa in materia di organizzazione amministrativa, e' fatto divieto alle società di cui al comma 2, lettera *d)*, controllate da enti locali, di costituire nuove società e di acquisire nuove partecipazioni in società. Il divieto non si applica alle società che hanno come oggetto sociale esclusivo la gestione delle partecipazioni societarie di enti locali, salvo il rispetto degli obblighi previsti in materia di trasparenza dei dati finanziari e di consolidamento del bilancio degli enti partecipanti.

6. È fatta salva la possibilità di costituire società o enti in attuazione dell'articolo 34 del regolamento (CE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013, dell'articolo 42 del regolamento (UE) n. 1305/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, e dell'articolo 61 del regolamento (CE) n. 508 del 2014 del Parlamento europeo e del Consiglio 15 maggio 2014.

7. Sono altresì ammesse le partecipazioni nelle società aventi per oggetto sociale prevalente la gestione di spazi fieristici e l'organizzazione di eventi fieristici, [nonché] la realizzazione e la gestione di impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane, nonché la produzione di energia da fonti rinnovabili.

8. È fatta salva la possibilità di costituire, ai sensi degli articoli 2 e 3 del decreto legislativo 27 luglio 1999, n. 297, le società con caratteristiche di spin off o di start up universitari previste dall'articolo 6, comma 9, della legge 30 dicembre 2010, n. 240, nonché quelle con caratteristiche analoghe degli enti di ricerca. E' inoltre fatta salva la possibilità, per le università, di costituire società per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche.

9. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze o dell'organo di vertice dell'amministrazione partecipante, motivato con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, riconducibile alle finalità di cui al comma 1, anche al fine di agevolarne la quotazione ai sensi dell'articolo 18, può essere deliberata l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo a singole società a partecipazione pubblica. Il decreto è trasmesso alle Camere ai fini della comunicazione alle commissioni parlamentari competenti. I Presidenti di Regione e delle province autonome di Trento e Bolzano, con provvedimento adottato ai sensi della legislazione regionale e nel rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità, possono, nell'ambito delle rispettive competenze, deliberare l'esclusione totale o parziale dell'applicazione delle disposizioni del presente articolo a singole società a partecipazione della Regione o delle province autonome di Trento e Bolzano, motivata con riferimento alla misura e qualità della partecipazione pubblica, agli interessi pubblici a essa connessi e al tipo di attività svolta, riconducibile alle finalità di cui al comma 1. Il predetto provvedimento è trasmesso alla competente Sezione regionale di controllo della Corte dei conti, alla struttura di cui all'articolo 15, comma 1, nonché alle Camere ai fini della comunicazione alle commissioni parlamentari competenti.

9-bis. Nel rispetto della disciplina europea, è fatta salva la possibilità per le amministrazioni pubbliche di acquisire o mantenere partecipazioni in società che producono servizi economici di interesse generale a rete, di cui all'articolo 3-bis del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, anche fuori dall'ambito territoriale della collettività di riferimento, in deroga alle previsioni di cui al comma 2, lettera *a)*, purché l'affidamento dei servizi, in corso e nuovi, sia avvenuto e avvenga tramite procedure ad evidenza pubblica. Per tali partecipazioni, trova piena applicazione l'articolo 20, comma 2, lettera *e)*. Resta fermo quanto previsto dall'articolo 16.

9-ter. È fatta salva la possibilità per le amministrazioni pubbliche di acquisire o mantenere par-

Proprio in relazione alle società a partecipazione pubblica disciplinate dal d.lgs. 175/2016, si può notare come il tenore testuale dell'art. 4, comma 2, lett. *a*), che individua un primo importante (il più importante) spazio ammesso di operatività di società pubbliche (e quindi di possibilità di costituzione e mantenimento o acquisizione della partecipazione) fa riferimento alla "produzione di un servizio di interesse generale", senza specificazione del "carattere industriale o non industriale dello stesso (o delle esigenze di interesse generale perseguite), chiarimento che appare particolarmente opportuno che venisse invece inserito nel suddetto contesto normativo, dissolvendo ogni dubbio sul fatto che l'interesse generale può essere di carattere anche industriale o commerciale. Si rileva subito il punto di contatto evidente che si rinviene con la figura dall'organismo di diritto pubblico sotto lo specifico profilo dell'elemento "teleologico": "interesse generale" è elemento finalistico proprio dell'organismo di diritto pubblico, laddove l'organismo di diritto pubblico si "specializza" anche per l'ulteriore elemento del carattere non industriale o commerciale, e "interesse pubblico" è profilo predicabile alla produzione di servizi pure della società a partecipazione pubblica. Ne consegue che anche il campo delle società è sicuramente uno spazio di possibile richiesta di qualificazione delle società come organismo di diritto pubblico. E ciò, anche agli effetti dell'applicazione del d.lgs. 50/2016, la quale è sì disciplinata da norme specifiche che ne limitano alle società *in house* (v. art. 16, comma 7, d.lgs. 175/2016) l'applicazione obbligatoria, ma senza che ciò possa affatto impedire che l'applicazione vincolata del corpo normativo contrattuale pubblicistico rientri dalla finestra dell'organismo di diritto pubblico: si pone e si porrà la domanda se una società non *in house* ma a partecipazione pubblica rientrante nell'ambito di operatività del d.lgs. 175/2016 sia anche "organismo di diritto pubblico", con sottoposizione al relativo regime, e cioè alla contrattualistica pubblica. Non risultano elementi testuali che consentano di affermare che il d.lgs. 175/2016 assorba la disciplina dell'organismo di diritto pubblico, in effetti di rilevanza comunitaria e quindi non certo comprimibile nel suo ambito di operatività rispetto a quanto prospettato dalla normativa europea.

.....

tecipazioni, comunque non superiori all'1 per cento del capitale sociale, in società bancarie di finanza etica e sostenibile, come definite dall'articolo 111-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, senza ulteriori oneri finanziari rispetto a quelli derivanti dalla partecipazione medesima.

9-*quater*. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alla costituzione né all'acquisizione o al mantenimento di partecipazioni, da parte delle amministrazioni pubbliche, in società aventi per oggetto sociale prevalente la produzione, il trattamento, la lavorazione e l'immissione in commercio del latte, comunque trattato, e dei prodotti lattiero-caseari" (art. 4, d.lgs. 175/16).

Il rapporto estesissimo quantitativamente e qualitativamente nonché perdurante nel tempo tra amministrazione pubblica e mondo dell'economia mediante formule istituzionali (e cioè creando "organismi") è brillantemente messo in luce dalla ampia e interdisciplinare analisi (con introduzione nel campo della scienza economica) del T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 10 giugno 2022, n. 7668, relativa alla domanda di accesso agli atti ex art. 22, l. 241/1990 proposta da un'associazione sindacale nei confronti di ITA s.p.a., la società erede "di fatto" (anche se non di diritto, quale *newco* rispetto alla *bad company* Alitalia, i cui oneri – o meglio, disastri – sono stati assunti a proprie spese... dai cittadini). Il ricorso contro il diniego di accesso dà l'occasione al T.A.R. di riesaminare il perimetro dell'intera pubblica amministrazione e dell'interesse pubblico, quest'ultimo costituente il "segnale verde" rispetto all'accesso a documenti di soggetti pubblici o privati, ma la cui attività si connota, per l'appunto, nel senso (ancora una volta) dell'interesse pubblico.

Rileva il Tribunale: *"Ad avviso del Collegio, sussistono molteplici indizi per ritenere che ad Ita l'ordinamento non attribuisca, nel suo complesso, connotazioni o prerogative di carattere pubblicistico.*

In primo luogo, come evidenziato dalla difesa della società – non smentita sul punto da parte ricorrente – il decreto istitutivo (d.m. 9 ottobre 2020) prevede che la società "agisce in regime di diritto privato, perseguendo obiettivi commerciali e industriali" e "ha per oggetto sociale l'esercizio dell'attività di impresa nel settore del trasporto aereo di persone e merci".

Tale previsione è pienamente aderente al dettato di cui all'art. 79, comma 3, d.l. 18/2020, che aggiunge, nel testo novellato a opera dell'art. 202, comma 1, lett. b), d.l. n. 34/2020 (convertito dalla l. n. 77/2020), che "l'esercizio dell'attività è subordinato alle valutazioni della Commissione Europea".

L'Organo eurounitario, nella decisione del 10.9.2021, ha avallato l'operazione governativa, funzionale a dare vita ad una newco, completamente diversa da Alitalia e, soprattutto, senza gli obblighi di servizio pubblico provenienti dall'ex compagnia di bandiera, orientando le proprie politiche industriali secondo logiche di mercato, improntate all'efficienza ed alla remuneratività, con contratti di lavoro nuovi a condizioni di concorrenzialità, anche per gli amministratori dell'azienda.

Analogamente, lo Statuto aziendale, in conformità alle previsioni di cui al co. 4 del predetto art. 79, prevede che le successive nomine degli organi sociali siano deliberate a norma del codice civile, così come le modifiche statutarie.

In altri termini, l'operazione sottesa alla istituzione della newco segue logiche di mercato, e risponde ad un modello di Stato imprenditore, nel quale l'ente societario è funzionale, primariamente, alla realizzazione di un progetto investitorio condotto secondo logiche di mercato, perciò avallato dalla Commissione Europea, che non implica, in alcun modo, il trasferimento in capo alla società di potestà pubblicistiche deferite-delegate dallo Stato né, soprattutto, l'affidamento del servizio pubblico di trasporto aereo o l'assoggettamento a poteri regolatori di pubbliche amministrazioni sull'attività di servizio (cfr., sulla rilevanza di aspetto, T.A.R. Roma, 11.12.2020, n. 13383).

Al riguardo, va rilevato che, in tale settore economico, l'ordinamento non attribuisce, in termini generali, ad Ita alcun regime di privativa su specifiche tratte, né predetermina modalità di servizio o condizioni tariffarie diverse da quelle governate dal libero mercato.

Quanto sopra propende per fare escludere che, nel settore in questione, sussista un servizio pubblico universale (ovvero una quota di prestazioni che l'ente è obbligato ad erogare, nell'interesse generale della collettività e secondo modalità predeterminate dalla pubblica autorità), e che la società ne sia affidataria. D'altra parte, nella posizione assunta dall'Adunanza plenaria nella decisione n. 13/2016, è risultata decisiva la circostanza per cui, nella fattispecie scrutinata, Poste Italiane s.p.a., individuata quale organismo di diritto pubblico, pur operando tendenzialmente in un mercato ormai in linea di principio aperto alla concorrenza, nondimeno era concessionaria del servizio pubblico universale, regolato da apposito contratto di programma con il competente Dicastero (il quale attribuiva allo scopo ordinari finanziamenti per l'attività di servizio pubblico), e manteneva prerogative di natura marcatamente pubblicistica (es. esclusiva su talune spedizioni, laddove sono presenti interessi di natura generale come per gli atti giudiziari, obbligo di assicurare la presenza di sportelli anche sedi non remunerative).

In altri termini, la sussistenza, in capo ad un operatore economico formalmente distinto dalla pubblica amministrazione, di una funzione di erogatore del servizio pubblico universale costituisce, inter alia, elemento particolarmente significativo (unitamente ai restanti elementi sopra considerati) per assimilare l'ente privato (costituito in forma societaria) alla pubblica amministrazione, quanto meno sotto il profilo della applicabilità della disciplina dell'accesso agli atti (cfr., sul tema, T.A.R. Catanzaro, 14.3.2019, n. 532) ai "soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario" (rif. art. 22, comma 1, lett. e), l. n. 241/1990)".

Oltre a fornire conferma *giuridica* della compatibilità con l'ordinamento di un "modello" di Stato imprenditore anche nel sistema concorrenziale eurounitario e delle varianti che tale ruolo può assumere, conducendo a organismi che operano in pieno nel mercato, con una caratterizzazione totalmente "industriale o commerciale" nonostante il codice genetico pubblico, la sentenza dimostra come le tematiche affrontate rispetto alla soluzione di un quesito diverso rispetto a quello della individuazione dell'organismo di diritto pubblico e cioè dell'organismo o soggetto sottoposto alla disciplina pubblicistica (perché presuppone testualmente un interesse pubblico evocato dall'istanza del privato, assolvendo – la normativa sulla trasparenza – a notorie finalità di rilevanza anche costituzionale come "livelli essenziali di prestazione") dell'accesso agli atti e stimola potentemente a una chiamata alla *reductio ad unum* della galassia delle problematiche della qualificazione degli organismi operanti tra pubblico e privato.

Appare defatigante risolvere, anzi affrontare il problema dell'organismo di diritto pubblico e non avere ancora in mano la soluzione di problematiche del tutto vicine.

Lo sforzo ermeneutico appare ancora più frustrante se si pensa che l'ISTAT, in applicazione del SEC 10 europeo e quindi in uno scenario unitario, individua già sul piano spiccatamente economico, un ambito di pubbliche amministrazioni e un ambito di soggetti extra pubblica amministrazione. Ci informa il Report sulle partecipate pubbliche per il 2019, pubblicato il 3 febbraio 2022: *"Il Registro ASIA-Istituzioni pubbliche è costituito da un insieme di unità 'core' rappresentato dalla lista S13, che comprende le unità istituzionali classificate in base alla legge 196, 31 dicembre 2009 e s.m. e dalle istituzioni pubbliche extra S13, unità classificate in base al d.lgs. n. 165 del 30 marzo 2001 che fa esplicito riferimento a istituti autonomi case popolari, alla totalità degli enti pubblici non economici e include ordini e collegi professionali, ACI, ex-*ipab*, aziende speciali della CCIAA. **In particolare le amministrazioni pubbliche della Lista S13 costituiscono l'insieme delle partecipanti. Di conseguenza le Istituzioni pubbliche partecipate appartengono esclusivamente alla tipologia di unità extra S13"**. E ancora: *"Il settore pubblico descritto nel § 22 dello SNA comprende in aggiunta al settore delle amministrazioni pubbliche anche tutti gli enti pubblici produttori di beni e servizi vendibili sul mercato. Il Manuale SEC 2010 sul debito pubblico e deficit, invece, fa riferimento ai produttori pubblici in senso ancor più ampio, comprendendo anche i soggetti 'non costituiti come imprese che, in virtù della legislazione speciale, sono riconosciuti come soggetti giuridici indipendenti, o quasi-società, quando classificati nei settori delle società non finanziarie e delle società finanziarie."**

Per essere considerato un produttore di tipo pubblico l'unità istituzionale deve essere controllata da un'amministrazione pubblica (del settore S.13), e per essere considerato un produttore di beni e servizi destinabili alla vendita (o - in breve - un produttore 'market') l'unità istituzionale deve dimostrare di vendere tutta o parte prevalente della sua produzione ad un prezzo economicamente significativo. Per misurare questo requisito si utilizza un criterio indiretto, che consiste nel valutare se i ricavi dalle vendite coprono la maggior parte (oltre il 50%) dei costi di produzione".

È, in sostanza, tutto catalogato, anche se ciò non ha diretta rilevanza agli effetti della questione da cui siamo partiti ma, invero, sicuramente agli effetti della delimitazione del perimetro spiccatamente giuridico della "pubblica amministrazione" di cui alla l. n. 196 del 31 dicembre 2009.

Auspicabile, prima di proseguire nella battaglia sulla ostica decrittazione della locuzione "esigenze di interesse generale, con carattere non industriale o commerciale", di avvalerci del supporto di tali discipline extragiuridiche, particolarmente pertinenti e proficue anche nell'azione dell'operatore del diritto.

Interesse pubblico, interessi privati, discrezionalità tecnica e ruolo del giudice amministrativo alla prova dell'inflazione sui costi dei materiali edili

di *Piefrancesco della Porta*

T.A.R. LAZIO, Roma, sez. III, 3 giugno 2022, n. 7215 - Pres. Russo; Est. Montixi - A.N.C.E. Associazione Nazionale Costruttori Edili (*Avv.ti* Romano, Satta e Parisi) c. Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili e altri enti (*Avv. Gen. St.*) e altri (*nn.cc.*)

Contratti della p.a. - Appalti di lavori pubblici - Incremento prezzi materiali - Decreto di rilevazione - Mancato supplemento istruttorio - Illegittimità per violazione dei criteri di ragionevolezza - Sussiste

In presenza di evidenti e abnormi anomalie nel reperimento e nell'elaborazione dei dati relativi agli incrementi dei prezzi dei materiali, il Ministero delle infrastrutture non avrebbe dovuto limitarsi alla mera acquisizione del dato e alla sua trasfusione nel decreto, ma avrebbe dovuto opportunamente attivarsi per acclarare in maniera approfondita la causa che aveva generato tali anomalie e approntare i necessari correttivi mediante l'implementazione delle informazioni necessarie alla stabilizzazione del dato.

DIRITTO

1. In via preliminare, il Collegio intende farsi carico dell'eccezione d'inammissibilità formulata dalla difesa erariale che prospetta il difetto di legittimazione ed interesse ad agire dell'Associazione ricorrente in ragione dell'affermata non unitarietà dell'interesse azionato o "suscettibile di determinare contrasti d'interesse e divisioni all'interno della categoria rappresentata".

In particolare, l'invocato annullamento soltanto parziale del decreto 11 novembre 2021, limitato ai 15 materiali indicati in ricorso, darebbe luogo ad un significativo conflitto d'interessi.

1.1. L'eccezione è, tuttavia, priva di pregio.

Tutti i materiali oggetto di rilevazione da parte del Ministero sono ordinariamente impiegati nel settore edilizio. Tant'è vero che vengono considerati come "i più significativi".

Il monitoraggio dell'incremento dei costi, pertanto, va ad incidere indistintamente su tutti gli appartenenti alla categoria rappresentata dall'Associazione.

L'omogeneità dell'interesse tutelato con il ricorso in questione non viene in alcun modo compromessa dal fatto che ANCE abbia richiesto una impugnazione solo par-

ziale del decreto ministeriale, in ragione del fatto che assume l'erroneità delle rilevazioni esclusivamente con riferimento ad taluni materiali e non a tutti ed al fine di conseguire i maggiori importi asseritamente non rilevati dal Ministero con salvaguardia di quelli - ritenuti congrui - riconosciuti da quest'ultimo.

D'altronde, per costante insegnamento, la verifica dell'assenza tra i ricorrenti di alcun conflitto, anche solo potenziale, di interessi va condotta guardando "sia al petitum azionato che alle doglianze oggetto di deduzione" (da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, 27 gennaio 2020, n. 682).

Ebbene, alla stregua dei suddetti parametri, l'accoglimento delle domande di annullamento proposte si tradurrebbe con certezza in un'utilità per tutti i ricorrenti atteso che determinerebbe un regime di maggior favore per gli operatori del settore.

A nulla rileva, per contro, che, in ragione delle dimensioni e caratteristiche delle singole imprese rappresentate, l'utilità concretamente ritraibile dal singolo operatore possa essere diversa per entità (maggiore per taluni, più contenuta per altri). "Ad impedire la proposizione del ricorso in forma collettiva è, infatti, unicamente la circostanza che, con riguardo a talune censure o all'impugnazione di taluni atti, vi siano uno o più ricorrenti che possano avere, in contrasto con gli altri, interesse alla reiezione, totale o parziale, della domanda spiccata." (T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 28 settembre 2020, n. 1021).

In definitiva, va riconosciuta la legittimazione ed interesse dell'associazione ricorrente alla proposizione del presente gravame.

2. Passando al merito del ricorso, il Collegio ritiene preliminarmente opportuno delineare il contesto normativo di riferimento.

La norma in questione ha introdotto un meccanismo di compensazione straordinaria, derogatorio di quanto previsto dall'art. 133, commi 4,5 e 6-bis del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e dall'art. 6 del d.lgs. 50/2016, legato agli incrementi di prezzo dei materiali di costruzione più significativi che superino una determinata soglia. In particolare, rilevano gli incrementi (o le diminuzioni) di prezzo superiori all'8% registrati da tali materiali monitorati nel periodo dal 1° gennaio 2021 fino al 30 giugno 2021 con riferimento alla data dell'offerta, se riferite esclusivamente all'anno 2021, ed eccedenti il 10 per cento complessivo se riferite a più anni.

Tale sistema di compensazione straordinaria è stato esteso, dal comma 398 dell'art. 1 legge 30 dicembre 2021 che ha ricondotto la rilevazione degli incrementi di prezzo all'intera annualità del 2021 ed ha stabilito che il MIMS provvedesse all'emanazione di un ulteriore decreto entro il 31 marzo 2022.

Ancora, l'art. 25 del decreto legge 1° marzo 2022, n. 17, convertito con modificazioni nella legge 27 aprile 2022, n. 34 stabilisce che "Per fronteggiare, nel primo semestre dell'anno 2022, gli aumenti eccezionali dei prezzi di alcuni materiali da costruzione, la dotazione del Fondo di cui all'articolo 1-septies, comma 8 del decreto legge 25 marzo 2021, n. 73, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 luglio 2021, n. 106 è incrementata di 150 milioni di euro per l'anno 2022".

Infine, seppure nell'ambito di una disposizione a più ampio spettro, assume rilievo l'art. 29 del decreto legge 27 gennaio 2022, n. 4 convertito con modificazioni dalla legge 28 marzo 2022, n. 25 che prevede che "1. Fino al 31 dicembre 2023, al fine di incentivare gli investimenti pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento dell'emergenza sanitaria globale derivante dalla diffusione del virus SARS-CoV-2, in relazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, i cui bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, qualora l'in-

vio degli inviti a presentare le offerte sia effettuato successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, si applicano le seguenti disposizioni:

a) è obbligatorio l'inserimento, nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi, previste dall'articolo 106, comma 1, lettera a), primo periodo, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fermo restando quanto previsto dal secondo e dal terzo periodo della medesima lettera a);

b) per i contratti relativi ai lavori, in deroga all'articolo 106, comma 1, lettera a), quarto periodo, del d.lgs. 50/2016, le variazioni di prezzo dei singoli materiali da costruzione, in aumento o in diminuzione, sono valutate dalla stazione appaltante soltanto se tali variazioni risultano superiori al cinque per cento rispetto al prezzo, rilevato nell'anno di presentazione dell'offerta, anche tenendo conto di quanto previsto dal decreto del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili di cui al comma 2, secondo periodo. In tal caso si procede a compensazione, in aumento o in diminuzione, per la percentuale eccedente il cinque per cento e comunque in misura pari all'80 per cento di detta eccedenza, nel limite delle risorse di cui al comma 2. L'Istituto nazionale di statistica, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sentito il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, definisce la metodologia di rilevazione delle variazioni dei prezzi dei materiali di costruzione di cui alla lettera b) del comma 1, anche per le finalità di cui all'art. 133, comma 6 del d.lgs. 163/2006. Entro il 31 marzo e il 30 settembre di ciascun anno, il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili procede alla determinazione con proprio decreto, sulla base delle elaborazioni effettuate dall'Istituto nazionale di statistica, delle variazioni percentuali dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi relative a ciascun semestre."

Da ultimo, è stato emanato il decreto legge 17 maggio 2022, n. 50 che, all'art. 26 introduce disposizioni urgenti in materia di appalti pubblici di lavori e che, al dichiarato fine di "fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi dei materiali da costruzione" contempla una serie di misure volte all'impiego di prezzari aggiornati e alle correlate iniziative volte al loro adeguamento.

3. Il quadro normativo sopra delineato, rende palese come la particolare situazione congiunturale abbia imposto l'adozione di una reiterata serie di misure volte a dare un'efficace risposta al registrato esorbitante aumento dei prezzi dei materiali impiegati nel settore delle costruzioni.

Il legislatore è intervenuto sia nel senso di approntare misure *extra ordinem* che attraverso un più esteso impiego degli istituti già presenti nelle discipline in vigore per gli appalti pubblici.

In tale contesto, si inserisce il contenzioso all'esame del Collegio.

3.1. La ricorrente, nella sostanza, contesta - tramite la proposizione di due distinti motivi di ricorso che, stante la loro omogeneità contenutistica, possono essere trattati unitariamente - la metodologia seguita per la rilevazione degli incrementi seguiti, lamenta l'attendibilità dei dati emersi con riguardo ad un certo numero di materiali più significativi oggetto di rilevazione e si duole del fatto che l'istruttoria condotta sarebbe stata carente e avrebbe condotto a risultati non in linea con gli incrementi di prezzo che, in realtà, aveva fatto registrare il mercato.

A comprova di tale anomalia, produce in comparazione i dati emersi a seguito di apposite rilevazioni commissionate a *provider* privati che darebbero evidenza di significative differenze.

Domanda, in via principale, l'annullamento *in parte qua* del decreto ministeriale, e segnatamente con riguardo alla 15 voci in contestazione, instando per la sostituzione di tali valori di incremento con quelli proposti dalla ricorrente, scaturenti dalla

predetta rilevazione e, in via subordinata, insta per un supplemento d'istruttoria volto all'accertamento della reale variazione percentuale del prezzo dei suddetti materiali.

4. Il ricorso è fondato nei termini di seguito precisati.

4.1. La documentazione versata in giudizio evidenzia come le risultanze inerenti agli incrementi di prezzo dei materiali monitorati, confluite nel d.m. impugnato, si collochino a valle di un processo che, seppur collaudato negli anni, è stato costellato da una serie di criticità, parte delle quali vengono rappresentate in seno alla riunione tenutasi il 10 novembre 2021 presso la Commissione Consultiva Centrale per il rilevamento del costo dei materiali da costruzione, mentre altre emergono dalle restanti produzioni in atti.

In particolare, dall'esame dei dati riferiti al prezzo di alcuni dei materiali monitorati, emergono invero esorbitanti - e non facilmente giustificabili - differenze idonee a minarne la complessiva attendibilità.

Ciò emerge dal raffronto dei dati resi all'esito delle rilevazioni effettuate dai provveditorati, da un lato, e dalle camere di commercio dall'altro; il disallineamento tra la media prezzi ricavate dai due istituti di rilevazione si palesa talmente ampio, ad esempio con riguardo ai materiali n. 5 (lamiere in acciaio corten), n. 7 (Nastri in acciaio per manufatti e per barriere stradali anche zincati) e n. 54 (Fibre in acciaio per il rinforzo del calcestruzzo proiettato), da rendere evidente la presenza di anomalie nel reperimento e nell'elaborazione dei dati stessi.

Anche l'esame dei dati offerti dai singoli provveditorati evidenzia rilevanti disallineamenti.

Pur ritenendo che i differenti contesti territoriali incidano sui predetti incrementi (in ragione delle specificità territoriali afferenti alla logistica, ai trasporti, al numero di sedi produttive operanti, ecc.) appare *ictu oculi* anomalo un range di variazione oscillante tra lo zero (Emilia Romagna) e oltre il 100%.

Tale anomala oscillazione emerge con evidenza, ad esempio, con riguardo al legname abete (voce n. 53) il cui incremento di prezzo è stato stimato dal provveditorato per la Liguria nella misura del 166,67% e nella misura pari a zero dall'articolazione territoriale per l'Emilia Romagna, e pari a 1,36% da quella per il Piemonte/Valle d'Aosta.

Peraltro, proprio con riferimento a dati riportanti variazioni pari a zero (caso dell'Emilia Romagna con riguardo a 10 materiali sui 15 in contestazione), le stesse linee guida recentemente approvate dal Ministero "*al fine di rafforzare e omogeneizzare il processo che porta alla definizione delle variazioni percentuali dei materiali da costruire più significativi*" raccomandano di trattare "*l'eventuale mancato reperimento di un prezzo reale di vendita, vale a dire un prezzo di mercato che si riferisce a una vendita effettivamente avvenuta tra una parte venditrice e una acquirente,*" con "*la non valorizzazione della variabile, evitando quindi di attribuire uno zero che significherebbe, invece, nessuna variazione.*"

È indubbio, pertanto, come il Ministero in presenza di simili incongruenze non potesse risolversi nella mera acquisizione del dato e nella sua trasfusione nel decreto gravato ma dovesse opportunamente attivarsi per acclarare in maniera approfondita la causa che aveva generato tali anomalie e approntare i necessari correttivi mediante l'implementazione delle informazioni necessarie alla stabilizzazione del dato.

4.2. L'operato richiamo di parte resistente all'utilizzo di un metodo condiviso e consolidatosi negli anni non esclude che esso, per varie ragioni, (anche legate al fatto che tale sistema di rilevazione aveva perso la sua centralità stante che l'istituto della revisione prezzi operava solo nelle sempre più residuali ipotesi in cui trovava ancora applicazione il d.lgs 163/2006), necessiti di opportuni affinamenti utili a salvaguardarne il rigore scientifico funzionale alla corretta ed equa applicazione delle compensazioni previste dal d.lgs. 73/2021.

Non dubita il Collegio che il sistema in sé approntato offra garanzie sotto il profilo procedimentale e sotto quello afferente alla tutela dei contrapposti interessi in giuoco; esso prevede che i dati confluiscono al Ministero all'esito di un'attività di capillare rilevazione su base territoriale operata da soggetti terzi indipendenti che rivestono la qualifica di autorità competenti in materia di rilevazione dei prezzi che istituzionalmente sono tenuti ad agire nel perseguimento del pubblico interesse, ma è altrettanto assodato come l'attività di rilevazione in parola abbia – nello specifico – registrato numerosi snodi problematici afferenti al reperimento dei dati e alla loro gestione e “normalizzazione” minandone, pertanto, la complessiva rispondenza alle reali dinamiche dei prezzi di mercato. E proprio tali dinamiche “straordinarie” il legislatore voleva intercettare al fine di arginare l'impatto che le stesse avevano sul tessuto imprenditoriale.

In altri termini, in presenza di una situazione che recava difficoltà di reperimento dei dati o che dava evidenza della incompletezza degli stessi o, ancora, in presenza di evidenti incongruenze o anomalie nei dati medesimi, non poteva esimersi il Ministero dall'operare un completo supplemento istruttorio pena il concretarsi della “violazione di criteri di ragionevolezza intrinseca, per inidoneità, insufficienza o erroneità dell'istruttoria.” (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 20.2.2009, n. 1707).

4.3. D'altro canto, questa Sezione ha già avuto modo di precisare, in materia di revisione prezzi, come, in presenza di palesi incongruenze in ordine ai valori di incremento recati dalle fonti interpellate, il Ministero sia tenuto a “sottoporre i relativi prezzi ad un supplemento di istruttoria, anche autonomamente o facendo ricorso ad altre fonti”.

“Infatti, (...), principi di ragionevolezza e buon andamento dell'azione amministrativa richiedono, in caso di discordanza tra i dati riportati nei due soli indici disponibili, che si proceda ad ulteriori accertamenti”. (cfr. T.A.R. Lazio n. 1707/2009 cit.)

4.4. Le stesse citate linee guida recentemente adottate dal Dipartimento per le opere pubbliche del MIMS in data 14.1.2022 prevedono, peraltro, con riguardo alla fase di revisione che “al fine di garantire una sufficiente robustezza delle statistiche prodotte e di evitare differenze anomale tra le varie fonti (e, all'interno di ciascuna fonte, tra i vari territori o tra materiali simili) è opportuno stabilire alcuni segnali di allerta che devono portare a una revisione della fase di rilevazione e all'identificazione, laddove esistano, di anomalie e/o errori” contemplando quale primo livello di controllo il “raffronto tra le variazioni percentuali registrate dal soggetto rilevatore e quelle derivanti da banche dati nazionali e internazionali di riferimento dei singoli materiali”(…) “quando le differenze superano soglie di allerta è opportuno rivedere la fase di rilevazione”.

4.5. In definitiva, stante il delineato assetto, l'attività istruttoria pur afferente ad un iter procedimentale consolidato si è rivelata carente sia perché non sono state adeguatamente gestite le peculiarità che emergevano dato il particolare contesto che registrava forti e territorialmente eterogenee spinte all'incremento dei prezzi, sia in ragione del mancato approntamento di adeguati meccanismi tesi alla individuazione di omogenei criteri e parametri di rilevazione e lavorazione dei dati e alla eventuale compiuta gestione delle eventuali anomalie.

D'altro canto, l'esigenza rappresentata da parte resistente di salvaguardare l'omogeneità di metodo per rendere raffrontabili la serie storica dei dati reperibili non può costituire un elemento in radice ostativo all'integrazione del data set o anche solo all'approfondimento istruttorio, stante che non è di certo sostenibile che in presenza di dati insufficienti o inaffidabili non si debba addivenire ad un affinamento del metodo e all'eventuale acquisizione di dati anche da altre fonti con correlata ricostruzione delle serie storiche.

4.6. Né, coglie nel segno l'affermata riconducibilità all'ambito della discrezionalità tecnica della scelta metodologica, stante che ciò di cui si discetta è l'attendibilità delle risultanze che l'applicazione di tale metodo (che, tuttavia, non può non armonizzarsi con i parametri coerenti con gli standard di rilevamento suggeriti dagli organismi internazionali) ha prodotto con riguardo al monitoraggio dell'incremento prezzi in contestazione.

5. Ance, a supporto della propria domanda proposta in via principale, corrobora le proprie critiche all'operato Ministeriale facendo leva anche sulle risultanze della rilevazione condotta dall'Associazione con riguardo a un certo numero di materiali più significativi.

Dalla tabella prodotta risulterebbero sottostimati, anche nell'ordine di oltre il 50% gli incrementi di prezzo per come individuati dal Ministero (cfr. i materiali n. 4,6,19,52).

Evidenzia come tali rilevazioni siano state effettuate da Metal Bulletin (*provider* internazionale, terzo e indipendente, *leader* nell'analisi del mercato dell'acciaio a livello mondiale), Prometeia spa (società italiana di consulenza e ricerca economica per imprese, banche e assicurazioni che per le proprie stime si basa sulle rilevazioni di altri provider, *leader* nelle analisi dei relativi mercati o sulle quotazioni dei mercati regolamentati) e Siderweb (società che gestisce l'unico quotidiano nazionale dedicato all'informazione economico siderurgica).

Nell'evidenziare l'autorevolezza delle proprie fonti di riferimento, insta quindi per il riconoscimento degli importi ai fini delle correlate compensazioni, invocando la rettifica e/o integrazione del d.m., ai fini del riconoscimento del meccanismo compensativo con i valori di ulteriore incremento del prezzo dei materiali per cui è causa, rilevati dalle fonti alternative dalla stessa proposte.

5.1. Sul punto, il Collegio osserva, tuttavia, che la richiesta di Ance di utilizzare a parametro i dati offerti dalle fonti alternative proposte non possa trovare accoglimento stante che il sistema di rilevazione ministeriale conserva una propria complessiva validità e pertanto deve essere demandato al prudente apprezzamento dell'Amministrazione l'individuazione delle modalità più appropriate (ed eventualmente l'utilizzo anche dei dati riportati da parte ricorrente) per addivenire ad un affinamento delle rilevazioni condotte con riguardo alle voci di prezzo in questione e all'approntamento degli eventuali opportuni correttivi sulle risultanze emerse.

Ciò anche in ragione del fatto che Ance, accanto a quelli di alcuni *providers*, si limita a produrre, per talune voci, dati reperiti da aziende fornitrici. E non vi è chi non veda come tali dati non possano di certo acquisire di per sé una maggiore attendibilità di quelli individuati all'esito della ben più complessa e capillare attività ricognitiva Ministeriale.

6. Conclusivamente, il ricorso va accolto con riferimento alla domanda proposta in via subordinata e va dichiarato tenuto il Ministero resistente all'espletamento - con riguardo ai rilevati incrementi di prezzo dei materiali più significativi in contestazione nel presente giudizio - di un supplemento istruttorio, condotto anche autonomamente ed eventualmente facendo ricorso anche ad altre fonti e tenendo, se del caso, anche conto delle introdotte nuove metodiche di rilevazione, revisione e aggregazione dei dati.

Omissis

Commento

I - IL CASO

1. L'Associazione Nazionale Costruzione Edili, impugnava al T.A.R. Lazio il decreto del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili dell'11 novembre 2021 recante la "Rilevazione delle variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'8 per cento, verificatesi nel primo semestre dell'anno 2021, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi" e gli atti connessi. Oggetto del gravame era l'illegittimità del d.m. (anche sotto il profilo di un mancato supplemento istruttorio), nella parte in cui avrebbe stimato un aumento percentuale dei prezzi irragionevole e di gran lunga inferiore all'aumento reale registrato sul mercato per 15 dei complessivi 56 materiali da costruzione più significativi rilevati, così come individuati ed approvati dalla citata Commissione consultiva, sulla cui base era stato emanato il citato d.m.

2. Sul piano probatorio, l'affermata inattendibilità dei dati recepiti nel provvedimento impugnato sarebbe emersa, per la ricorrente, a seguito del raffronto delle percentuali di incremento dei prezzi riportate dal Ministero rispetto agli esiti dell'attività di verifica e rilevazione sviluppata dall'ANCE stessa (cioè dalla ricorrente), riguardante, in particolare, 24 materiali ritenuti più significativi dall'Associazione, stando alle cui conclusioni, per 15 di questi, le differenze di incremento rispetto a quelle rilevate dal Ministero sarebbero state così esorbitanti da mettere in pericolo la tenuta stessa del mercato.

Di qui la contestazione della metodologia e della tecnica adottata dal Ministero che, stando alla tesi del ricorrente accolta dal giudice di primo grado, avrebbe avuto il preciso onere di analizzare e sottoporre a valutazione critica i dati trasmessi dai Provveditorati interregionali alle opere pubbliche, da Unioncamere e dall'ISTAT, e nel caso in cui i dati trasmessi da tali Enti fossero risultati palesemente anomali e/o irragionevoli, avrebbe dovuto procedere ad un approfondimento istruttorio, sia autonomamente, sia eventualmente facendo ricorso ad altre fonti di rilevazione.

Lo stesso Ministero, inoltre, avrebbe omesso di fornire agli uffici tecnici preposti alla rilevazione criteri univoci di rilevazione, ovvero specifiche tecniche da osservare nelle proprie rilevazioni, con conseguenti ripercussioni in ordine all'omogeneità dei dati campionati e all'ampia variabilità delle rilevazioni ottenute.

Sarebbe risultata, infine, assente un'analisi critica dei dati trasmessi dagli Enti rilevatori, necessaria a garantire l'assenza di valori anomali e/o la loro eventuale correzione.

3. Il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili si costituiva in giudizio ed eccepiva, preliminarmente, la legittimazione e l'interesse ad agire di ANCE atteso che, l'interesse rappresentato dall'associazione non si sarebbe profilato come unitario ma settoriale e quindi suscettibile di determinare contrasti di interesse e divisioni all'interno della categoria rappresentata. Il ricorso, infatti, avrebbe dato luogo a un significativo conflitto di interessi, e ciò sarebbe attestato dal fatto che ANCE, pur chiedendo l'annullamento del decreto 11 novembre 2021, al punto I.7 del ricorso precisava che "ha comunque interesse al mantenimento del decreto nella parte in cui ha riconosciuto il diritto alla compensazione per i materiali non contestati". Tale interesse al mantenimento parziale del decreto risulterebbe pertanto contraddittorio con quanto sostenuto nel ricorso dalla medesima Associazione.

4. A fronte di tale eccezione il collegio ne motivava il rigetto sulla base della considerazione che il monitoraggio dell'incremento dei costi va ad incidere indistintamente su tutti gli appartenenti alla categoria rappresentata dall'Associazione.

Stando alla motivazione della decisione, quindi, l'omogeneità dell'interesse tutelato con il ricorso in questione non viene in alcun modo compromessa dal fatto che ANCE abbia richiesto una impugnazione solo parziale del decreto ministeriale, in ragione del fatto che assume l'erroneità delle rilevazioni esclusivamente con riferimento a taluni materiali e non a tutti.

Per il T.A.R., infatti, la verifica dell'assenza tra i ricorrenti di alcun conflitto, anche solo potenziale, di interessi va condotta guardando "sia al *petitum* azionato che alle doglianze oggetto di deduzione" (da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, 27 gennaio 2020, n. 682). Conclude quindi il collegio che "alla stregua dei suddetti parametri, l'accoglimento delle domande di annullamento proposte si tradurrebbe con certezza in un'utilità per tutti i ricorrenti atteso che determinerebbe un regime di maggior favore per gli operatori del settore".

5. Sul punto la decisione trascura:

- a) che, fatta eccezione per le associazioni rappresentative *ex lege* degli interessi degli associati (quali ad esempio quelle in materia di consumo), lo scrutinio dell'interesse ad agire dell'ente in relazione a quello dei singoli impone un'analisi puntuale dei presupposti dell'azione e dei suoi effetti;
- b) che presupposto oggettivo dell'azione nel giudizio in esame era il metodo tecnico utilizzato dalle amministrazioni resistenti per

la rilevazione della variazioni dei prezzi: e tale metodo riguardava evidentemente tutti i prezzi, sia quelli gravati che quelli accettati; con la conseguenza, coniugata al naturale effetto caducatorio di qualunque giudizio di annullamento, che non era pensabile (in termini di effettività della decisione e della sua ottemperanza), limitare gli effetti della sentenza soltanto ad alcuni materiali e relativi prezzi.

Sembra, in altri termini, si vertesse nella specie proprio nel caso – paradossalmente richiamato a supporto del rigetto dell’eccezione – in cui “ad impedire la proposizione del ricorso in forma collettiva è, infatti, unicamente la circostanza che, con riguardo a talune censure o all’impugnazione di taluni atti, vi siano uno o più ricorrenti che possano avere, in contrasto con gli altri, interesse alla reiezione, totale o parziale, della domanda spiccata”. (T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 28 settembre 2020, n. 1021).

6. Nel merito, il collegio, riconoscendo che il ricorso si fondava su dati emersi a seguito di apposite rilevazioni commissionate dalla ricorrente a *providers* privati lo accoglie, invitando le resistenti ad un supplemento istruttorio (la domanda di ricalcolo dei dati sulla base delle proprie risultanze formulata dai ricorrenti era palesemente infondata, in disparte la questione della fonte probatoria, in carenza di giurisdizione di merito) sulla base delle seguenti puntualizzazioni razionali.

6.1. La documentazione versata in giudizio (vale a dire i dati recuperati dal ricorrente e dai suoi *providers* privati) evidenzerebbe una serie di criticità, parte delle quali rappresentate in seno ad una riunione tenutasi il 10 novembre 2021 presso la Commissione consultiva centrale per il rilevamento del costo dei materiali da costruzione.

6.2. Quei dati, senza l’esperimento da parte del collegio di alcuno strumento processuale finalizzato alla formazione della prova (consulenza tecnica o verifica) vengono qualificati come capaci di determinare esorbitanti – e non facilmente giustificabili – differenze idonee a minare la complessiva attendibilità di quelli che emergevano dalle rilevazioni effettuate dai provveditorati, e dall’Istat, all’esito di un’attività di capillare rilevazione su base territoriale operata da soggetti terzi e indipendenti che rivestono la qualifica di autorità competenti in materia di rilevazione dei prezzi e che istituzionalmente sono tenuti ad agire nel perseguimento del pubblico interesse.

6.3. Ciò posto, avendo cioè gli uffici tecnici preposti dall’amministrazione incontrato numerosi snodi problematici afferenti al reperimento dei dati e alla loro gestione e “normalizzazione” (minandone la complessiva rispondenza alle reali dinamiche dei prezzi di mercato), in presenza di una situazione che recava difficoltà di reperimento dei

dati o che dava evidenza della incompletezza degli stessi, il Ministero avrebbe dovuto operare un completo supplemento istruttorio, pena il concretarsi della “violazione di criteri di ragionevolezza intrinseca, per inidoneità, insufficienza o erroneità dell’istruttoria”.

II – IL CONTESTO DISCIPLINARE

1. Per fronteggiare gli eccezionali aumenti dei prezzi dei materiali da costruzione verificatisi nel primo semestre dell’anno 2021 (che in realtà non sono originati dal Covid, ma dai comportamenti pro-inflattivi – e senz’altro discutibili sul piano solidaristico – del comparto dell’edilizia: che ha visto crescere in modo esponenziale una domanda fomentata da un volume eccezionale e straordinario di aiuti di stato finalizzati a contrastare proprio le terribili ricadute economiche della pandemia) l’art. 1-*septies* del decretolegge 25 maggio 2021, n. 73 (c.d. “decreto Sostegni *bis*”), convertito con modificazioni in legge 23 luglio 2021, n. 106, ha introdotto un meccanismo straordinario di adeguamento dei prezzi dei materiali da costruzione impiegati nei contratti in corso di esecuzione (fino ad allora in quiescenza per pregressi altri dinamismi di stagnazione-recessione economica).

2. Tale disposizione – reintroducendo l’analogo meccanismo previsto dall’abrogato art. 133 del d.lgs. n. 163/2006 e in deroga all’art. 106, comma 1, lett. *a*) del d.lgs. n. 50/2016 – prevede che, per i materiali da costruzione più significativi, “si procede a compensazioni, in aumento o in diminuzione”, per le variazioni percentuali di prezzo, rispetto al prezzo medio dell’anno d’offerta, “eccedenti l’8 per cento se riferite esclusivamente all’anno 2021 ed eccedenti il 10 per cento complessivo se riferite a più anni”.

3. La compensazione (che, almeno per il caso di variazioni in aumento, sarebbe stato forse meglio qualificare nei termini di un indennizzo) va determinata applicando, alle quantità dei singoli materiali impiegati nelle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori dal 1° gennaio 2021 fino al 30 giugno 2021, le variazioni dei relativi prezzi rilevate da un apposito decreto ministeriale da adottarsi a cura del Ministero delle infrastrutture e mobilità sostenibili, entro il 31 ottobre 2021, volto a rilevare “le variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all’8 per cento, verificatesi nel primo semestre dell’anno 2021, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi”.

4. Tale decreto (che seguiva una serie di analoghi precedenti) veniva emanato in data 11 novembre 2021 e successivamente emendato dal d.m. 7 dicembre 2021 per la rettifica del prezzo medio di uno specifico materiale.

5. La novella ha pertanto reintrodotta un meccanismo di compensazione-indennizzo generale straordinario, derogatorio di quanto previsto dall'art. 6 del d.lgs. n. 50/2016, legato agli incrementi di prezzo dei materiali di costruzione più significativi che superino una determinata soglia.

Tale sistema di compensazione straordinaria è stato esteso, dal comma 398 dell'art. 1, legge 30 dicembre 2021, che ha ricondotto la rilevazione degli incrementi di prezzo all'intera annualità del 2021 ed ha stabilito che il MIMS provvedesse all'emanazione di un ulteriore decreto entro il 31 marzo 2022.

L'art. 25 del d.l. 1° marzo 2022, n. 17, convertito con modificazioni nella legge 27 aprile 2022, n. 34, ha quindi stabilito che "per fronteggiare, nel primo semestre dell'anno 2022, gli aumenti eccezionali dei prezzi di alcuni materiali da costruzione, la dotazione del Fondo di cui all'articolo 1-*septies*, comma 8 del d.l. 25 marzo 2021, n. 73, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 luglio 2021, n. 106 è incrementata di 150 milioni di euro per l'anno 2022".

6. L'art. 29 del d.l. 27 gennaio 2022, n. 4 convertito con modificazioni dalla l. 28 marzo 2022, n. 25, infine, prevede che "fino al 31 dicembre 2023, al fine di incentivare gli investimenti pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento dell'emergenza sanitaria globale derivante dalla diffusione del virus SARS-CoV-2, in relazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, i cui bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, qualora l'invio degli inviti a presentare le offerte sia effettuato successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, si applicano le seguenti disposizioni:

- a) è obbligatorio l'inserimento, nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi, previste dall'articolo 106, comma 1, lettera a), primo periodo, del Codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fermo restando quanto previsto dal secondo e dal terzo periodo della medesima lettera a);
- b) per i contratti relativi ai lavori, in deroga all'articolo 106, comma 1, lettera a), quarto periodo, del d.lgs. n. 50/2016, le variazioni di prezzo dei singoli materiali da costruzione, in aumento o in diminuzione, sono valutate dalla stazione appaltante soltanto se tali variazioni risultano superiori al cinque per cento rispetto al prezzo, rilevato nell'anno di presentazione dell'offerta, anche tenendo conto di quanto previsto dal decreto del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili di cui al comma 2, secondo periodo. In

tal caso si procede a compensazione, in aumento o in diminuzione, per la percentuale eccedente il cinque per cento e comunque in misura pari all'80 per cento di detta eccedenza, nel limite delle risorse di cui al comma 2. L'Istituto nazionale di statistica, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sentito il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, definisce la metodologia di rilevazione delle variazioni dei prezzi dei materiali di costruzione di cui alla lettera *b*) del comma 1, anche per le finalità di cui all'art. 133, comma 6 del d.lgs. 163/2006. Entro il 31 marzo e il 30 settembre di ciascun anno, il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili procede alla determinazione con proprio decreto, sulla base delle elaborazioni effettuate dall'Istituto nazionale di statistica, delle variazioni percentuali dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi relative a ciascun semestre”.

7. Da ultimo, è stato emanato il decreto legge 17 maggio 2022, n. 50 che, all'art. 26 introduce disposizioni urgenti in materia di appalti pubblici di lavori e che, al dichiarato fine di “fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi dei materiali da costruzione” contempla una serie di misure volte all'impiego di prezziari aggiornati e alle correlate iniziative volte al loro adeguamento.

III – SULLA DISFUNZIONE DELLA DISCREZIONALITÀ TECNICA

1. L'aspetto forse più sorprendente della decisione che si annota è la modalità processuale con cui il collegio ha sostanzialmente liquidato, senza ritenere utile alcuna attività istruttoria né verifica, una corposa istruttoria tecnica di decine di uffici tecnici preposti a tale funzione (che tale funzione esercitano da decenni) sulla base di dati unilaterali forniti dal ricorrente e dai suoi *providers*, considerando irrilevante il rilievo erariale sul dato – oggettivo – che tali basi cognitive riposavano sull'esercizio di discrezionalità tecnica.

2. Su questo punto il collegio con un quasi *obiter* liquida l'eccezione affermando che “né, coglie nel segno l'affermata riconducibilità all'ambito della discrezionalità tecnica della scelta metodologica, stante che ciò di cui si discetta è l'attendibilità delle risultanze che l'applicazione di tale metodo (che, tuttavia, non può non armonizzarsi con i parametri coerenti con gli standard di rilevamento suggeriti dagli organismi internazionali) ha prodotto con riguardo al monitoraggio dell'incremento prezzi in contestazione.

3. Al contrario, pare assolutamente evidente – se non addirittura necessario: sul piano dell'esistenza stessa degli enti pubblici e della loro funzione – che non possa trovare ingresso nell'ordinamento processuale

un regime di prova di parte capace di demolire, da sola e per il suo libero apprezzamento da parte di un giudice la discrezionalità tecnica.

La questione infatti non era quella della attendibilità o meno dei dati pubblici alla luce del loro contrasto con quelli privati; bensì quella della verifica dell'attendibilità di quelli privati, prima di qualificarli come capaci di contendere la logica di quelli pubblici.

4. Su questo punto, la prova fornita in giudizio dall'ANCE ha prevalso, al di fuori da qualsiasi vera dinamica istruttoria, su quella di decine di enti e uffici amministrativi che in teoria fanno e dovrebbero fare solo quello per mestiere da anni.

Ciò che, nel metodo e nel merito, apre prospettive disfunzionali e di supplenza istituzionale preoccupanti.

5. Se si fosse dato credito al principio della prova processuale – e un qualche peso sostanziale (sul piano del semplice rapporto fra interesse pubblico e privato, questa volta anche con riferimento all'ordine pubblico economico) ai dati scaturiti dall'attività amministrativa tecnica devoluta alle competenze di decine di enti e uffici pubblici, da anni – avrebbero forse meritato una diversa meditazione: *i*) le rilevazioni svolte da parte dei Provveditorati, di Istat e di Unioncamere; *ii*) l'approfondimento istruttorio sollecitato dal Ministero ai Provveditorati al fine di avere conferma della robustezza dei dati e di ottenere un'eventuale integrazione degli stessi prima della definitiva elaborazione da parte del Ministero; *iii*) il secondo vaglio interno svolto da Unioncamere e, a seguito dell'arrivo di nuovi dati da parte delle Camere di commercio, la trasmissione di una nuova tabella che recepiva integrazioni; *iv*) la metodologia di rilevazione svolta secondo una procedura ben definita ed univoca, in grado di assicurare la necessaria continuità, l'omogeneità nelle rilevazioni nell'elaborazione dei dati anche nella serie storica per ciascuno degli anni dal 2003 al 2019 nonché le relative variazioni percentuali verificatesi nel primo semestre dell'anno 2021 e la necessità statistica di omogeneizzare l'analisi dei 56 materiali della lista; *v*) la decisione (per la verità pleonastica) da parte della Commissione, fin dal 2006, di far riferimento esclusivamente a fonti di rilevamento pubbliche che agiscono nel perseguimento del pubblico interesse: ciò anche in considerazione del fatto che le 3 fonti ministeriali rivestivano, per legge, la qualifica di autorità competente in materia di rilevazione dei prezzi, mentre analoga autorità in materia di rilevazione dei prezzi non era rinvenibile in nessuna altra fonte privata (quali quelle proposte dall'ANCE) che, pur operando in aderenza alla prassi ingegneristica, perseguivano finalità statutarie diverse, precipuamente commerciali e privatistiche, nell'interesse esclusivo di operatori economici e non nell'interesse pubblico.

6. Il difetto di verifica, nella prospettiva delineata in commento, stupisce ancora di più dal momento che il medesimo T.A.R., in una sentenza della prima sezione di qualche giorno successiva a quella che si commenta su questione analoga (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 28 giugno 2022, n. 8786), annullava analogo decreto ministeriale, nella sola parte relativa al materiale “Bitume” che l’amministrazione dovrà rideterminare, tenuto conto di quanto emerso in sede di verifica.

Il principio di equivalenza e il suo ambito operativo

di *Emanuela Rizzi*

CONSIGLIO DI STATO, sez. III, 20 giugno 2022, n. 5075 - *Pres. FF ed Est. Ferrari - H.R. s.p.a. (Avv. Turco) c. A.S. di M. (n.c.) e L.I. s.r.l. (Avv. ti Scalfati e La Marca) M. s.p.a. (Avv. Ferrante) e altri (nn.cc.)*

Contratti della p.a. - Gara pubblica - Principio di equivalenza - Favor participationis - Limite - Difformità del bene rispetto a quello descritto dalla lex specialis - Giudizio di conformità sostanziale - Ammissibilità offerta

Il principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, in quanto la possibilità di ammettere alla comparazione prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, ai fini della selezione della migliore offerta, risponde, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e di libertà di iniziativa economica e, dall'altro, al principio euro-unitario di concorrenza, che vedono quale corollario il favor participationis alle pubbliche gare, mediante un legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità.

DIRITTO

Omissis

1. Come esposto in narrativa, l'appellante H. R. s.p.a. (d'ora in poi, H.) si è collocata terza nella graduatoria della gara, bandita dalla A.S. di M. (Asm) per l'affidamento, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della fornitura di 25 letti elettrici per terapia intensiva semi-intensiva, da destinare all'U.O. di Terapia intensiva del Presidio ospedaliero di M.

Afferma che le prime due graduate (delle sei ditte invitate, individuate nell'Elenco nazionale dei fornitori di attrezzature per le terapie intensive e semi-intensive, dispositivi e servizi connessi, destinati all'emergenza sanitaria Covid-19, istituito con decreto del Commissario straordinario per l'emergenza del 2 novembre 2020) - la L. I. s.r.l. (d'ora in poi, L.) e la M. s.p.a. - avrebbero dovuto essere escluse per aver proposto prodotti non conformi a quanto richiesto dalla *lex specialis* di gara.

Il Collegio ritiene di poter prescindere dall'esame del profilo di tardività del ricorso di primo grado, essendo infondati i motivi rivolti avverso la graduatoria.

L'Allegato 1 al Disciplinare elenca in 35 punti le caratteristiche che devono essere possedute dai letti elettrici per poi concludere nel senso che "ciascuna proposta potrà discostarsi dalle caratteristiche tecniche, operative, funzionali minime richieste, purché la caratteristica proposta sia pari (equivalente) o superiore a quanto richiesto".

La *lex specialis* di gara ha quindi introdotto il cd. criterio di equipollenza nella fornitura dei letti.

Come chiarito da una consolidata giurisprudenza del giudice amministrativo, (Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2021, n. 6035; sez. III, 20 ottobre 2020, n. 6345), il principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, in quanto la possibilità di ammettere alla comparazione prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, ai fini della selezione della migliore offerta, risponde, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e di libertà d'iniziativa economica e, dall'altro, al principio euro-unitario di concorrenza, che vedono quale corollario il *favor participationis* alle pubbliche gare, mediante un legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità. Il principio di equivalenza è, dunque, finalizzato ad evitare una irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici, precludendo l'ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta (Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2021, n. 4353).

Il principio di equivalenza è stato recepito dal nuovo Codice dei contratti approvato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che, all'art. 68, prevede che la stazione appaltante non possa escludere un'offerta perché non conforme alle specifiche tecniche a cui ha fatto riferimento se il prodotto offerto non è "*aliud pro alio*", incontrando il concorrente che voglia presentare un prodotto (o servizio) equivalente a quello richiesto il solo limite della "differenza del bene rispetto a quello descritto dalla *lex specialis*", configurante ipotesi di "*aliud pro alio* non rimediabile" (Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5258).

Il Codice dispone che le "caratteristiche previste per lavori, servizi e forniture" sono definite dalla stazione appaltante mediante l'individuazione di "specifiche tecniche" inserite nei documenti di gara (art. 68, comma 1), nel rispetto del canone concorrenziale che garantisca in ogni caso il "pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione" senza comportare "direttamente o indirettamente ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza" (art. 68, comma 4) o generare artificiose o discriminatorie limitazioni nell'accesso al mercato allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici.

In applicazione di tale principio la Commissione di gara ha ritenuto che i letti modello Multicare forniti dalla L. e dalla M. fossero equivalenti, come prestazioni, a quanto richiesto.

Omissis

Commento

La sentenza in esame offre lo spunto per tratteggiare l'attuale panorama giurisprudenziale sul principio di equivalenza.

La fattispecie concreta oggetto di giudizio riguarda la fornitura di letti elettrici per terapie intensive e semi-intensive, attrezzature destinate a fronteggiare l'emergenza sanitaria Covid-19.

La disamina della controversia in parola prende l'avvio dall'allegato al disciplinare che ha indicato in 35 punti le caratteristiche dei prodotti ricercati, ammettendo il ricorso al c.d. criterio di equipollenza per proposte discostantesi dalle caratteristiche tecniche capitolari.

Ne discende che i limiti applicativi del principio di equivalenza individuati dalla giurisprudenza sono strettamente connessi alla sua *ratio*.

Infatti, partendo dal presupposto che il principio è diretto ad evitare che l'utilizzo di norme obbligatorie, omologazioni nazionali e specifiche tecniche possano artatamente condurre ad operare indebite esclusioni dalle gare pubbliche, motivate col pretesto di una non perfetta corrispondenza delle soluzioni tecniche offerte con quelle richieste, ne consegue che esso, *“quale misura diretta ad assicurare che la valutazione della congruità tecnica dell'offerta non si risolva in una verifica formalistica ma consista nell'apprezzamento della sua conformità sostanziale alle specifiche tecniche inserite nella lex specialis, non possa essere invocato per ammettere offerte tecniche inappropriate⁽⁹⁾ o che comprendano soluzioni che, sul piano oggettivo funzionale e strutturale, non rispettino le caratteristiche tecniche obbligatorie, configurandosi come un aliud pro alio⁽¹⁰⁾”*.

Come altra giurisprudenza ha chiarito *“il richiamo al principio di equivalenza... non può essere strumentalmente effettuato per fornire all'appaltante un prodotto o un servizio radicalmente differente da quello richiesto”*, ma va idoneamente provato e valutato⁽¹¹⁾, con l'onere della prova che incombe sull'offerente che deve dimostrare l'equivalenza fra i prodotti, segnalando nella documentazione di offerta la corrispondenza della propria proposta a quanto richiesto dalla p.a., *“non potendo pretendere che di una tale verifica sia onerata la Commissione di gara”* d'ufficio⁽¹²⁾, né che possa essere oggetto di dimostrazione postuma, anche in eventuale sede giudiziale⁽¹³⁾.

Va sottolineato che l'art. 68, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, non impone ai concorrenti di allegare un'apposita formale dichiarazione circa l'equivalenza funzionale del prodotto offerto, potendo la relativa prova essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato. Si deve anche ricordare che la Commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica allegata all'offerta sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla *lex specialis*⁽¹⁴⁾.

.....

(9) Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2022, n. 5027 e sez. III, 2 marzo 2018, n. 1316.

(10) Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2022, n. 5027; sez. III, 9 febbraio 2021, n. 1225; sez. V, 25 luglio 2019, n. 5828 e sez. III, 28 settembre 2018, n. 5568.

(11) T.A.R. Lombardia, Milano, n.1894/2020.

(12) In tal senso T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, 28 gennaio 2021, n. 72, che richiama Cons. Stato, sez. III, 1° ottobre 2019, n. 6560; id., 5 settembre 2017, n. 4207; id. 13 maggio 2011, n. 2905; T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 29 gennaio 2020, n. 413.

(13) Sempre T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, 28 gennaio 2021, n. 72.

(14) Per un'approfondita disamina sul giudizio di equivalenza implicito e sulla motivazione necessaria si rinvia all'articolata sentenza Cons. Stato, sez. III, 12 ottobre 2021, n. 6841.

È del tutto condivisibile il portato giurisprudenziale, che si evince dalle pronunce in materia, secondo cui *“l’esplicazione del principio di concorrenza non è incondizionata ma temperata da quello, altrettanto cogente, di tutela della par condicio, ed il punto di incontro tra le relative esigenze è dato dalla disciplina di gara, che fissa – in termini, a seconda dei casi, più o meno rigidi – i limiti entro i quali deve svolgersi il confronto concorrenziale”*⁽¹⁵⁾.

Il principio dell’esclusione dell’offerta per difformità dai requisiti minimi vale nei casi in cui la disciplina di gara preveda qualità del prodotto che con assoluta certezza si qualificano come caratteristiche minime, *“vuoi perché espressamente definite come tali nella disciplina stessa, vuoi perché la descrizione che se ne fa nella disciplina di gara è tale da farle emergere come qualità essenziali della prestazione richiesta”*⁽¹⁶⁾, non altrimenti fungibili.

Le specifiche tecniche, da intendersi come parametri di definizione dell’offerta tecnica, sono inserite nei documenti di gara e delimitano le caratteristiche previste per i lavori, i servizi e le forniture posti in appalto. Esse devono consentire pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non devono comportare, direttamente o indirettamente, ostacoli ingiustificati alla libera espressione della concorrenza.

In pratica, le specifiche tecniche hanno il compito di rendere intellegibile il bisogno che la stazione appaltante intende soddisfare con il procedimento concorsuale, più che quello di descrivere minuziosamente le caratteristiche dei prodotti ricercati. Pertanto, il prodotto può ritenersi equivalente se soddisfa allo stesso modo l’interesse perseguito dalla stazione appaltante e quindi garantisca lo stesso risultato preventivato con l’introduzione delle specifiche tecniche⁽¹⁷⁾.

La norma dell’art. 68 del Codice degli appalti, in attuazione del principio comunitario di massima concorrenza è finalizzata a che la ponderata e fruttuosa scelta del miglior contraente non debba comportare ostacoli non giustificati da reali esigenze tecniche. Il precetto di equivalenza delle specifiche tecniche, che trova applicazione per eterointegrazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara, impone che i concorrenti possano sempre dimostrare che la loro proposta ottemperi in maniera equivalente allo standard prestazionale richiesto⁽¹⁸⁾, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova

.....
(15) Cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 6212/2019 cit. e Cons. Stato, sez. III, n. 747/2018.

(16) V. Cons. Stato, sez. III, 14 maggio 2020, n. 3084.

(17) Cons. Stato, sez. III, n. 5063/2020.

(18) Cons. Stato, sez. III, n. 7450/2019; id. n. 2093/2020.

indicati dall'art. 86 del Codice degli appalti per certificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione.

Per chiarire ulteriormente l'ambito operativo del principio di equivalenza vale la pena sottolineare *“l'estraneità della clausola di equivalenza all'ipotesi...in cui l'oggetto dell'appalto sia “non esistente” sul mercato, sicché non è pretendibile, in forza dell'applicazione del principio, che la stazione appaltante debba “accontentarsi” di ottenere una res diversa da quella che essa ha progettato”*⁽¹⁹⁾. La fattispecie indagata dal richiamato arresto riguarda la produzione, fornitura e posa in opera di una barriera di protezione per le configurazioni di spartitraffico e bordo ponte da realizzarsi sulla scorta di uno specifico progetto elaborato da ANAS con caratteristiche uniche, diverso da tutti quelli presenti sul mercato, prodotto che aveva anche conseguito l'attestato di brevetto per invenzione industriale dal Ministero dello sviluppo economico.

È pienamente condivisibile l'assunto precisato dal Supremo Consesso nel citato precedente⁽²⁰⁾ secondo cui *“sta alla valutazione organizzativa dell'amministrazione appaltante identificare le caratteristiche della prestazione contrattuale che le necessita procurarsi e per la quale va alla ricerca di un contraente adeguato, e definirle nella legge di gara, anche con l'individuazione dei contenuti necessari delle offerte, e, in ipotesi, con la previsione dell'esclusione per il caso della loro carenza”*.

Il contenuto dell'offerta definito dalla *lex specialis* corrisponde, infatti, all'utilità che l'amministrazione intende acquisire mediante l'esperimento della gara.

Deve anche adeguatamente valorizzarsi il principio del *favor participationis*, diretto ad ampliare la platea dei concorrenti ai fini di poter sfruttare la massima concorrenzialità, con conseguente *“individuazione della miglior offerta, secondo i principi di libera iniziativa economica e di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione nel perseguimento delle proprie funzioni d'interesse pubblico e nell'impiego delle risorse finanziarie pubbliche, sanciti dagli articoli 41 e 97 della Costituzione”*⁽²¹⁾.

Da tale assunto deriva l'esigenza di circoscrivere entro rigorosi limiti applicativi l'area dei requisiti tecnici minimi e di dare spazio, sempre attenendosi a criteri di ragionevolezza e proporzionalità, alla valutazione, che costituisce espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica della p.a.⁽²²⁾, di prodotti sostanzialmente analoghi a

.....
(19) Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2022, n. 5027.

(20) Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2022, n. 5027.

(21) Così Cons. Stato, sez. III, 17 agosto 2020, n. 5063 che richiama id. 14 maggio 2020, n. 3081.

(22) Cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364.

quelli espressamente richiesti dalla disciplina di gara⁽²³⁾. Ovviamente l'equivalenza va ragguagliata alla funzionalità di quanto richiesto dalla p.a. con quanto offerto dal concorrente, non certo alla mera formale descrizione del prodotto⁽²⁴⁾.

Il giudizio tecnico della commissione di gara, se è immune da vizi di travisamento, illogicità, irragionevolezza, anche se opinabile, non è giurisdizionalmente sindacabile e non può essere sostituito con l'eventuale diverso parere tecnico dei consulenti di parte o del giudice⁽²⁵⁾.

Si comprende, pertanto, l'importanza, da un lato, delle indicazioni tecniche fornite dall'offerente per dimostrare l'equivalenza del prodotto proposto con quello previsto dagli atti di gara, indicazioni che potrebbero essere mutate *per relationem* dalla p.a. a supporto del proprio giudizio di equivalenza e, dall'altro, della necessità di una motivazione, soprattutto in caso di esclusione dell'offerta, che possa consentire la verifica del percorso valutativo operato dalla commissione, onde scongiurare possibili decisioni arbitrarie o abusi.

Considerata la delicatezza della problematica in questione è quindi opportuno che l'amministrazione svolga una approfondita indagine sulla compatibilità del prodotto offerto con i requisiti imposti dalle previsioni capitolari, tanto più motivata laddove ne contesti la conformità.

.....
(23) Sempre Cons. Stato, sez. III, 17 agosto 2020, n. 5063.

(24) Cons. Stato, sez. III, n. 5063 cit. e Cons. Giust. Amm. 20 luglio 2020, n. 634.

(25) V. Cons. Stato, sez. III, n. 5063 cit.

Per l'interpretazione del bando di gara, il Consiglio di Stato sembra ignorare il rilievo pubblicistico dell'atto, guardando esclusivamente al diritto comune e all'immanente supremo fine della tutela del mercato

di *Andrea Zuccolo*

CONSIGLIO DI STATO, sez. V, 9 giugno 2022, n. 4731 - *Pres. Caringella; Est. Di Matteo - U. s.r.l. (Avv. Prete) c. Comune di P. (Avv. Triggiani), C.U.C. dei Comuni M. (n.c.) e N.R. s.r.l. (Avv. Cozzi) e U. Consorzio stabile (n.c.)*

Contratti della p.a. - Appalti pubblici - Bando di gara - Interpretazione - Si applicano i canoni ermeneutici civilistici in tema di contratti, tra cui quello della comune intenzione delle parti ex art. 1362 del codice civile.

Contratti della p.a. - Appalti pubblici - Bandi di gara - Interpretazione - Dubbio tra più soluzioni ermeneutiche - Si privilegia la soluzione che ammette il concorrente - Canone del *favor participationis*

Ai fini dell'interpretazione della lex specialis della procedura di gara trovano applicazione le norme in materia di interpretazione dei contratti. Pertanto il bando di gara si interpreta prioritariamente avendo riguardo alla comune intenzione delle parti, ai sensi dell'articolo 1362 del codice civile. Inoltre, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola di un bando di gara, va preferita la scelta ermeneutica che consenta la più ampia partecipazione dei concorrenti.

FATTO e DIRITTO

Omissis

5.2. Così posta la questione, si tratta di interpretare il disciplinare di gara per dire qual fosse l'onere imposto ai concorrenti.

A tal fine, è opportuno rammentare il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui ai fini dell'interpretazione della *lex specialis* della procedura di gara trovano applicazione le norme in materia di interpretazione dei contratti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 maggio 2022, n. 4365; sez. V, 1° ottobre 2021, n. 6598).

L'art. 1362, comma 1, cod. civ. impone di ricercare la "comune intenzione delle parti" senza limitarsi al senso letterale delle parole; la giurisprudenza ha chiarito che il significato letterale costituisce criterio prioritario dell'operazione interpretativa cui vanno affiancati gli altri criteri - tra cui, in particolare, il criterio logico-sistematico di

cui all'art. 1363 cod. civ. – se il testo dell'accordo era chiaro ma incoerente con altri indici rivelatori di una diversa volontà dei contraenti (cfr. Cass. civ., sez. 1, 2 luglio 2020, n. 13595; sez. 3, 26 luglio 2019, n. 20294; aggiungendo, peraltro, che qualora il criterio letterale risulti sufficiente a dire il risultato che le parti intendevano conseguire, l'operazione ermeneutica deve ritenersi utile, quanto definitivamente, conclusa, cfr. Cass. civ., sez. 3, 11 marzo 2014, n. 5595).

La giurisprudenza amministrativa ha poi enucleato un autonomo criterio interpretativo (che si vuole di derivazione euro-unitaria) della *lex specialis* delle procedure di gara: il criterio del *favor participationis*, per il quale a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola contenute in un bando o in un disciplinare di gara, va sempre preferita la scelta ermeneutica che consenta la più ampia partecipazione dei concorrenti (cfr. Cons. Stato, sez. III, 9 marzo 2022, n. 1698; sez. V, 23 agosto 2019, n. 5828; declinato in altre pronunce come necessità di applicare i criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, con la finalità di escludere soluzioni interpretative eccessivamente restrittive ed anticoncorrenziali, per cui, in caso di dubbi interpretativi, deve essere sempre preferita la soluzione che consenta la massima partecipazione alla gara, così Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2022, n. 1186; sez. V, 25 marzo 2020, n. 2090).

5.3. L'interpretazione delle clausole del disciplinare di gara – in cui era fatto riferimento all'uso di materiali da costruzione derivanti da materie prime rinnovabili – porta a dire che fosse sufficiente l'impegno del concorrente.

All'art. 16 era descritto il contenuto della busta telematica con l'offerta tecnica; tra i documenti che i concorrenti erano tenuti ad inserire era indicata la "Relazione tecnica"; di questa, a sua volta, veniva precisato il contenuto in questi termini "La Relazione contiene una proposta tecnico – organizzativa che illustra, con riferimento ai criteri di valutazione indicati nella tabella di cui al successivo paragrafo 18.1., i seguenti elementi: [...] 3. Uso di materiali da costruzione derivanti da materie prime rinnovabili per almeno il 20% in peso sul totale del materiale messo in opera a meno delle strutture portanti".

I concorrenti dovevano proporre – la Relazione tecnica consisteva in effetti proprio in una proposta – l'utilizzo di materiali da costruzione derivanti da materie prime rinnovabili in certa percentuale e ciò avrebbe consentito loro di acquisire il punteggio previsto per il relativo criterio di valutazione dell'offerta.

Come in precedenza precisato, se il contenuto delle clausole contrattuali è chiaro ed univoco, l'attività interpretativa può arrestarsi al senso letterale delle parole utilizzate.

5.4. In definitiva, come da ordinaria prassi delle gare pubbliche, il criterio di valutazione individuava un profilo di qualità tecnica dell'offerta attraverso il rinvio a un impegno negoziale dell'offerente, da inserire nel futuro contratto come obbligo da adempiere nella fase esecutiva.

Il criterio, pertanto, si traduce in una dichiarazione unilaterale di volontà dell'offerente, che confluirà nel programma negoziale da eseguire a seguito della stipula del contratto di appalto (così, in vicenda analoga, Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2021, n. 1922).

Omissis

Commento

La sentenza in rassegna ribadisce un orientamento ormai consolidato in tema di interpretazione del bando di gara, fornendo l'occasione per taluni rilievi critici.

A seguito dell'aggiudicazione di un contratto di appalto per l'efficientamento energetico di un cespite immobiliare di proprietà di un'amministrazione comunale, l'impresa risultata seconda nella graduatoria finale impugnava il relativo provvedimento, denunciando l'illegittima attribuzione del punteggio massimo alla vincitrice in relazione a una specifica voce dell'offerta, assumendo che per quella il bando prescrivesse l'allegazione di un documento e non una mera dichiarazione di impegno e rilevando che la connessa proposta non era conforme a quanto stabilito dalla *lex specialis* (l'impiego di materiale riciclato in luogo di materiale rinnovabile).

Ma il Tribunale amministrativo regionale adito respingeva il gravame con sentenza poi confermata dal Consiglio di Stato giusta la pronuncia in commento.

Orbene, la soluzione della controversia sottoposta al giudice si risolveva nell'interpretazione del bando di gara, dovendosi verificare se esso imponesse effettivamente ai concorrenti gli adempimenti invocati dalla parte ricorrente.

Respingendo il gravame, i giudici di palazzo Spada hanno richiamato taluni principi di matrice giurisprudenziale che soccorrerebbero l'interprete nello stabilire il significato e l'efficacia delle clausole della *lex concursualis*.

Ed in tale contesto, in particolare, il Consiglio di Stato ha affermato che troverebbero applicazione le norme civilistiche in materia di interpretazione dei contratti, con particolare riferimento all'art. 1362, comma 1, del Codice civile, il quale impone di ricercare la "*comune intenzione delle parti*", senza limitarsi al mero senso letterale delle parole impiegate dal redattore dell'avviso.

Allo scopo, la sentenza richiama anche taluni precedenti della Corte di Cassazione, secondo cui il significato letterale costituisce il criterio prioritario dell'operazione interpretativa cui vanno affiancati gli altri criteri - tra cui, in particolare, il criterio logico-sistematico di cui all'art. 1363 del codice civile - se il testo dell'accordo appaia chiaro ma incoerente con altri indici rivelatori di una diversa volontà dei contraenti (Corte di Cassazione, sez. I, 2 luglio 2020, n. 13595; sez. III, 26 luglio 2019, n. 20294), con la precisazione che, qualora il criterio letterale risulti sufficiente a individuare il risultato che le parti intendevano conseguire, l'operazione ermeneutica deve ritenersi utilmente e

definitivamente conclusa (Corte di Cassazione, sez. III, 11 marzo 2014, n. 5595).

L'estensione dei canoni ermeneutici del codice civile in materia di contratti anche all'ambito dell'interpretazione della *lex specialis* di una selezione pubblica, pur rappresentando il frutto di un diffuso orientamento del giudice amministrativo (*ex plurimis*, oltre agli ulteriori precedenti citati nella sentenza, si vedano: Consiglio di Stato, sez. V, 2 marzo 2022, n.1486; sez. V, 6 agosto 2021, n. 5781; sez. V, 8 aprile 2021, n. 2844; sez. V, 8 gennaio 2021, n. 298; sez. III, 24 novembre 2020, n. 7345; 15 febbraio 2021, n. 1322; sez. V, 16 gennaio 2013, n. 238; sez. V, 5 settembre 2011, n. 4980; sez. V, 16 giugno 2009, n. 3880; sez. IV, 20 febbraio 2001, n. 2953; sez. IV, 25 febbraio 1999, n. 227; sez. IV, 31 maggio 1999, n. 925; sez. IV, 26 gennaio 1998, n. 69) merita un'analisi critica tanto sul piano generale e sistematico, quanto su quello della speciale disciplina del settore.

Innanzitutto, giova rammentare che l'articolo 30 del codice dei contratti, all'ultimo comma, stabilisce che "*Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241 (...) alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile*": confermando dunque la distinzione tradizionale tra la fase di selezione del contraente e quella esecutiva (la medesima distinzione che, in linea di principio, ancora determina il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario), è incontestabile come il richiamo al codice civile riguardi espressamente le sole vicende attinenti al rapporto susseguente alla stipulazione dell'appalto.

Malgrado ciò, l'applicabilità ai bandi di gara delle norme civilistiche in materia di interpretazione dei contratti risulta ormai affermata dalla giurisprudenza con formula quasi tralaticia e tramite il semplice richiamo al cospicuo novero dei precedenti, che a propria volta sembrano trovare origine nel tema più generale dell'interpretazione del provvedimento amministrativo, in tal senso esprimendosi talune tra le pronunzie più risalenti.

E così, tra le prime, Corte di Cassazione, sez. I, 26 marzo 1964, n. 1294 ebbe ad affermare che l'interpretazione del provvedimento va condotta secondo le norme del codice civile stabilite per i contratti e applicabili agli atti amministrativi, nella misura in cui si rivelino compatibili con la funzione e la natura degli stessi, sicché l'attività dell'interprete si concreta innanzitutto in un'indagine che tenga presenti non solo le espressioni adoperate, ma anche il contenuto intrinseco e gli atti che ne costituiscono il necessario presupposto.

Nonostante la riferita valutazione di compatibilità dello strumento ermeneutico di matrice civilistica rispetto al settore degli atti amministrativi rappresenti un aspetto di assoluta rilevanza, essa sembra tuttavia recentemente spesso accantonata in favore di un'applicazione incondizionata, pedissequa e integrale degli articoli 1362 e seguenti del codice civile da parte del giudice amministrativo in tema di procedure concorsuali tese alla stipulazione dei contratti pubblici.

Tale approccio pare emergere anche dalla sentenza in rassegna, che non reca la minima traccia di una verifica di compatibilità delle regole di diritto comune al caso concreto e che addirittura dà ripetuto e primario risalto al criterio della *comune intenzione delle parti*, sebbene sia quanto meno evidente come siffatto canone ermeneutico non sia *tout court* pertinente alla fattispecie, risolvendosi il bando di gara – nella prospettiva civilistica – in un atto unilaterale che, in quanto tale e pur avendo un contenuto negoziale, soggiace alla regola dell'articolo 1324 del codice civile, che a propria volta impone un preliminare giudizio di compatibilità (del pari pretermesso dalla pronuncia che si commenta) per consentire l'applicazione della disciplina generale sui contratti.

Argomentando proprio l'incompatibilità ontologica del criterio ermeneutico della cosiddetta *comune intenzione* rispetto agli atti unilaterali, d'altro canto, la giurisprudenza della stessa Corte di Cassazione ne ha spesso escluso, ovvero grandemente limitato, l'operatività in tale ambito: sez. II, 29 gennaio 2009, n. 2399 chiarisce che “*Nell'interpretazione dei negozi unilaterali tra vivi, non essendo utilizzabile il criterio della comune volontà delle parti né quello del loro comportamento complessivo, i criteri ermeneutici principali sono quelli del senso letterale delle parole, e dell'interpretazione complessiva delle clausole le une per mezzo delle altre*”; sez. I, 6 maggio 2015, n. 9127 afferma che “*Le norme in tema di interpretazione dei contratti di cui agli artt. 1362 e seguenti c.c., in ragione del rinvio ad esse operato dall'art. 1324 c.c., si applicano anche ai negozi unilaterali, nei limiti della compatibilità con la particolare natura e struttura di tali negozi, sicché non può aversi riguardo alla comune intenzione delle parti*”, tutt'al più potendosi riguardare “*solo all'intento proprio del soggetto che ha posto in essere il negozio, restando fermo il criterio dell'interpretazione complessiva dell'atto*”; sez. lavoro, 27 settembre 2000, n. 12780, peraltro in tema di bando di concorso per la selezione di personale, ribadisce che “*Riguardo agli atti giuridici non negoziali e alle dichiarazioni unilaterali di volontà non è applicabile, data la loro natura, il criterio interpretativo della comune intenzione delle parti, né è rilevante il comportamento dell'autore di essi, rimanendo invece applicabile, in base al rinvio operato dall'art.*

1324 c.c., il criterio dell'interpretazione complessiva dell'atto, stabilito dall'art. 1363"; sez. lavoro, 11 gennaio 1990, n. 41, ancor più nettamente, sancisce che "Alla proposta ed all'accettazione (li si consideri atti giuridici non negoziali o dichiarazioni unilaterali di volontà) non è comunque applicabile, attesa la loro natura di atti unilaterali, il criterio ermeneutico della comune intenzione e del comportamento complessivo delle parti, escludendosi altresì la rilevanza del comportamento dell'autore dell'una o dell'altra e rimanendo, invece, applicabile, alla stregua del rinvio operato dall'art. 1324 c.c., il criterio dell'interpretazione complessiva dell'atto, stabilito dall'art. 1363 dello stesso codice"; in senso apparentemente meno restrittivo, sez. III, 1° agosto 2002, n. 11433, per la quale "In tema di interpretazione degli atti negoziali, deve ritenersi che una serie di dichiarazioni unilaterali aventi tanto natura confessoria, quanto di riconoscimento di debito, postulino, sul piano interpretativo, una ricostruzione dell'«intenzione delle parti» (rilevante sotto il profilo di cui all'art. 1362 c.c.) afferente, in via esclusiva, alla volontà espressa dal dichiarante, e non certamente a quella – peraltro, del tutto ipotetica – del destinatario di quelle dichiarazioni".

La sentenza in rassegna, invece, nell'alveo di una recente serie copiosa di omologhi precedenti del giudice amministrativo, sembra aver accantonato integralmente ogni valutazione di compatibilità dei criteri ermeneutici civilistici ai fini dell'interpretazione dell'atto amministrativo, per un verso, e l'ulteriore compatibilità dei medesimi criteri ai fini dell'interpretazione dell'atto unilaterale.

Affermando l'incondizionata applicabilità degli articoli 1362 e seguenti del codice civile per definire contenuto, limiti e efficacia di un bando di gara, addirittura il Consiglio di Stato dichiara che i criteri ermeneutici ivi enunciati impongono all'interprete "di ricercare la "comune intenzione delle parti" senza limitarsi al senso letterale delle parole", obliterando integralmente i limiti della compatibilità di cui sopra abbiamo fatto cenno ed anzi richiamando sentenze della Corte di Cassazione in materia di contratti e non di atti unilaterali, citando espressamente figure quali la "volontà dei contraenti" o il "risultato che le parti volevano conseguire" che appaiono *ictu oculi* inappropriate nell'analisi di un avviso di gara.

Vale osservare, d'altra parte, come l'esorbitanza di simili richiami risulti d'ogni evidenza semplicemente considerando che il bando di gara, pur riconoscendone la connessa rilevanza negoziale, rimane un provvedimento formato da una sola parte – la pubblica amministrazione – e che la posizione giuridica dei relativi destinatari consiste in un interesse legittimo, ossia una condizione che non si attaglia in alcun modo all'istituto dei diritti di matrice contrattuale o precontrattuale.

Il principio affermato dal Consiglio di Stato con la sentenza in commento, dunque, appare meritevole di una riponderazione critica, tesa a recuperare i limiti di applicazione del diritto civile nell'ambito del diritto amministrativo e, segnatamente, tanto quei limiti espressi dalla richiamata giurisprudenza della Corte di Cassazione circa l'estensione delle regole interpretative dei contratti all'esegesi degli atti unilaterali, quanto gli ulteriori delineati dalla giurisprudenza amministrativa più risalente – e poi apparentemente tralasciati nelle sentenze più recenti – in riferimento alla compatibilità di quelle stesse regole rispetto alla figura del provvedimento.

Tale riponderazione, peraltro, dovrebbe tenere conto del rilievo delle norme del Codice civile che il già citato ultimo comma dell'articolo 30 del Codice dei contratti – fonte di carattere senz'altro speciale – relega alla sola fase esecutiva del contratto, mentre per la presupposta fase di selezione del contraente richiama la legge n. 241 del 1990.

Avendo riguardo a tale ultima fonte, allora, l'interprete del bando non potrà che porre a riferimento della propria attività i canoni stabiliti al comma 1 dell'articolo 1 della legge sul procedimento amministrativo: *“L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario”*.

Ed è appena il caso di osservare come l'applicazione delle regole ermeneutiche del diritto comune non potrebbe trovare giustificazione nel secondo comma del medesimo articolo 1, laddove è stabilito che *“La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente”*, giacché il bando di gara è atto autoritativo e non atto paritetico, intendendosi con questo ultimo un atto non provvedimento, frutto dell'esercizio non di un potere autoritativo, ma di uno strumento del diritto privato.

Assumendo a parametro le ripetute coordinate normative, dunque, le regole ermeneutiche stabilite dal codice civile per i contratti potrebbero validamente essere impiegate dall'interprete del bando riguardando essenzialmente al significato letterale delle parole utilizzate e alla relativa coerenza logico-sistematica, senza attribuire rilevanza alcuna alla cosiddetta comune volontà delle parti, ma considerando piuttosto i canoni di economicità, efficacia, imparzialità e trasparenza, unitamente ai principi dell'ordinamento comunitario che – a ben vedere – rappresentano anche il naturale alveo nel quale deve maturare la volontà (unilaterale) dell'amministrazione.

Merita osservare, d'altro canto, come l'affermazione delle regole del diritto civile nell'ambito del diritto amministrativo appaia inequivocabilmente il risultato di un ormai ultratrentennale, univoca tendenza del legislatore a perseguire i fini dell'efficacia e dell'economicità tramite il pedissequo innesto di istituti privatistici nel diritto pubblico, sulla base del probabile convincimento che gli istituti del diritto amministrativo tradizionale siano allo scopo inidonei.

Al di là di ogni giudizio su tali scelte legislative – che ad opinione di chi scrive non hanno minimamente raggiunto gli obiettivi che dichiaratamente le giustificavano – non può comunque negarsi la permanenza dell'immanente funzione autoritativa che tuttora connota normalmente l'attività amministrativa e che giustifica la specialità del trattamento della posizione giuridica della pubblica amministrazione in rapporto ai privati.

Non appare percorribile, in altre parole, un'equiparazione delle prerogative dell'ente pubblico a quelle del comune cittadino, viepiù in considerazione della comparazione degli interessi di cui essi sono portatori, malgrado le contrarie istanze di stampo prevalentemente comunitario, con il corollario che non appare nemmeno giustificabile in linea di principio una equiparazione delle regole interpretative dei rispettivi atti giuridici.

Determinando lo spettro dei canoni ermeneutici utili per l'interpretazione del bando di gara, la sentenza del Consiglio di Stato qui in rassegna menziona anche quello del cosiddetto *favor participationis*, secondo il quale, a fronte di più possibili letture dell'avviso di selezione senza che sia dato preferire l'una all'altra, occorre privilegiare quella che consenta di allargare massimamente la platea dei concorrenti.

Orbene, secondo il Consiglio di Stato la genesi di siffatto principio dovrebbe ricondursi al diritto comunitario (definito euro-unitario, secondo un uso ormai invalso) ed avrebbe finalità proconcorrenziali, favorendo la competizione nel mercato degli operatori economici.

Tuttavia, a ben vedere, la giurisprudenza del medesimo Supremo Consesso aveva in passato collegato il canone del *favor participaionis* anche alla cura dell'interesse pubblico corrispondente alla possibilità, per l'ente appaltante, di scegliere il contraente in una schiera più ampia, potenzialmente beneficiandone sotto il profilo della qualità e del prezzo.

Il criterio della massima partecipazione, in effetti, si presta senz'altro alla tutela di entrambi i profili considerati: la concorrenza nel mercato di riferimento, da un lato, e la ricerca della migliore offerta per l'amministrazione, dall'altro.

Vale allora incidentalmente osservare come la riconduzione del canone ermeneutico in questione operata dal Supremo Collegio esclusivamente al primo menzionato profilo possa apparire, a propria volta, sintomatica di quella generale tendenza, di cui abbiamo sopra accennato e che investe in primo luogo lo stesso legislatore, che privilegia un approccio tendenzialmente civilistico alla disciplina del comparto pubblico, superando le tradizionali categorie del diritto amministrativo.

In conclusione, la sentenza in rassegna suggerisce di riponderare il tema degli strumenti a disposizione dell'interprete del bando di gara, assicurando una più accorta valutazione della compatibilità degli strumenti civilistici in tale materia e attribuendo il giusto rilievo anche al profilo schiettamente pubblicistico della questione.

Valorizzare l'interesse pubblico perseguito tramite la redazione del bando di gara, d'altro canto, non potrebbe che condurre l'interprete a soluzioni non molto difformi da quelle a cui giungerebbe indagando la cosiddetta volontà delle parti, ove questa venisse intesa alla stregua di quella parte della giurisprudenza della Cassazione civile che non ne nega l'applicabilità all'interpretazione degli atti unilaterali, ma ne impone l'impiego riguardando alla sola intenzione della parte che li ha formati.

Occorre da ultimo rilevare come la questione dei canoni ermeneutici utili per definire il contenuto e la portata di un bando di gara non si esaurisce in un tema di rilievo puramente astratto o teorico, potendo determinare effetti quanto meno rilevanti sotto il profilo concreto.

Sulle condizioni in presenza delle quali deve ritenersi ammissibile l'avvalimento del requisito della disponibilità di un centro di cottura entro una certa distanza dal luogo di somministrazione

di *Sebastiano Tonon*

CONSIGLIO DI STATO, sez. V, 9 giugno 2022, n. 4708 – Pres. Caringella; Est. Di Matteo – B.I. s.r.l. (*Avv. ti* Tricamo, Annibali e Orlando) c. M.E.F. (*Avv. Gen. Stato*) ed E.R. s.p.a.

Contratti della p.a. – Appalti pubblici – Gara – Requisiti di partecipazione – Disponibilità di centro cottura entro una data distanza – Avvalimento – Possibilità – Condizioni

Ammesso che la disponibilità di un centro cottura, richiesta quale requisito di partecipazione ad una procedura di gara, possa essere oggetto di avvalimento – circostanza comunque, ammessa in giurisprudenza – affinché il prestito del requisito avvenga alle condizioni previste dall'art. 89, comma 1, ult. periodo, del d.lgs. n. 50/2016, vale a dire con effettiva messa a disposizione delle risorse e dei mezzi necessari all'esecuzione della prestazione, è indispensabile che la preparazione dei pasti nel centro cottura avvenga a mezzo personale dell'ausiliaria e che l'avvalente svolga attività direzione e controllo.

DIRITTO

Omissis

1. Con il primo motivo di appello B.I. s.r.l. sostiene che il giudice di primo grado sia incorso in “Error in iudicando. *Violazione del Bando di gara, del Disciplinare e del Capitolato. Violazione degli artt. 30, 59, 80, 83 e 95 del d.lgs. n. 50 del 2016. Omesso possesso di un requisito di partecipazione e di esecuzione. Irragionevolezza manifesta. Sproporzione. Violazione del principio di par condicio competitorum. Difetto di istruttoria e di motivazione*”: ribadisce l'appellante che l'aggiudicataria non aveva la disponibilità di un centro cottura esterno a distanza non inferiore a 50 km dalla sede della caserma perché l'ordinanza del Comune di Andrioco, che vietata la percorrenza in un tratto di quel percorso allungandone la lunghezza a 52 km, era tuttora in vigore, per ragioni – salvaguardia dell'incolumità pubblica in considerazione degli eventi franosi – ancora non superate da interventi di ripristino del tratto stradale; anche a voler ammettere che il Comune di Andrioco possa (in futuro) autorizzare l'aggiudicatario al transito sul tratto di strada interdetto, la controinteressata dovrebbe pur sempre dirsi priva del re-

quisito di capacità tecnico professionale (e dunque di partecipazione e non di esecuzione) richiesto dal disciplinare al momento della presentazione dell'offerta, che potrebbe ottenere solo in caso di avveramento di una condizione (ovvero se e quando l'autorizzazione sarà rilasciata); né varrebbe a favore dell'aggiudicataria che si tratti di un centro di cottura di emergenza, essendo anch'esso richiesto quale requisito di partecipazione dal disciplinare, la cui disponibilità doveva essere dichiarata (e comprovata), in sede di procedura di gara.

1.1. Il primo motivo va esaminato unitamente al secondo motivo, con il quale l'appellante lamenta l'omessa pronuncia sui motivi aggiunti nonché "Error in iudicando" per "Violazione del Bando di gara, del Disciplinare e del Capitolato. Violazione degli artt. 30, 59, 80, 83 e 95 del d.lgs. n. 50 del 2016. Omesso possesso di un requisito di partecipazione e di esecuzione. Irragionevolezza manifesta. Sproporzione. Violazione del principio di par condicio competitorum. Difetto di istruttoria e di motivazione": avuta conoscenza della nota sindacale del 22 gennaio 2021, con i motivi aggiunti, l'appellante aveva censurato l'offerta in primo luogo perché condizionata ed aleatoria: il Sindaco, infatti, non concedeva affatto l'autorizzazione al transito, ma acconsentiva a che E. presentasse una istanza da valutare alla luce della situazione esistente al momento della sua trasmissione; vero questo, ribadisce l'appellante, l'offerta doveva essere necessariamente esclusa perché aleatoria e condizionata: una parte della prestazione – la preparazione dei pasti presso il centro cottura di emergenza – era infatti condizionata all'avverarsi di un evento futuro ed incerto quale il rilascio di un'autorizzazione (che avviene all'esito di un procedimento discrezionale del Comune tenuto a valutare una serie di elementi, tra i quali l'incidenza attuale degli eventi franosi sulla praticabilità della strada).

La sentenza di primo grado sarebbe oltremodo errata poiché il giudice, pur riconoscendo che la nota sindacale non autorizzava in alcun modo il transito, non ne avrebbe tratto le dovute conseguenze in punto di (in)ammissibilità dell'offerta alla procedura di gara.

Nel secondo motivo aggiunto si precisava, poi, che anche ammesso che detta autorizzazione al transito fosse stata effettivamente rilasciata dal Comune di Andrioco, essa sarebbe stata comunque inevitabilmente tardiva rispetto al momento in cui il concorrente avrebbe dovuto dimostrare il possesso del requisito di partecipazione, ossia la data di presentazione della domanda di partecipazione.

1.2. Attiene alla medesima questione – e per questo va esaminato congiuntamente ai primi due – anche il terzo motivo di appello; il T.A.R. avrebbe commesso: "Error in iudicando. Violazione del Bando di gara, del disciplinare e del Capitolato. Violazione degli artt. 30, 80, comma 5 lett. f-bis) del d.lgs. n. 50 del 2016. Irragionevolezza manifesta. Sproporzione. Violazione del principio di par condicio competitorum. Difetto di istruttoria e di motivazione": assume l'appellante che se si riconosce che il tratto di strada interdetto non consente allo stato il passaggio dei mezzi di E., si deve anche concludere nel senso della falsità della dichiarazione con la quale l'aggiudicataria si era detta fornita di un centro di cottura a distanza inferiore ai 50 km dalla caserma.

Falsa sarebbe la dichiarazione anche quanto al reale indirizzo del centro cottura offerto, considerato che il punto di inizio del percorso stradale (che dovrebbe coincidere proprio con l'indirizzo del centro cottura) è individuato in via Leonardo da Vinci a Rieti, al solo scopo, aggiunge l'appellante, di misurare una lunghezza inferiore ai 50 km.

2. I motivi sono infondati.

2.1. Se è vero che il disciplinare di gara prevedeva quale requisito di partecipazione la disponibilità, per la durata del contratto di appalto, di un centro di cottura esterno (rispetto a quello presente in caserma, e, dunque, di emergenza per il caso di mal-

funzionamento di questo) “*situato ad una distanza non superiore a 50 (cinquanta) Km dalla sede della caserma interessata dal servizio oggetto del presente appalto*”, è certo che E.R. fosse in possesso del requisito così come descritto, perché è provata l'esistenza di un percorso stradale non superiore a 50 km che collega il centro cottura (di cui ha la disponibilità) in Rieti con la caserma in cui va svolto in servizio.

2.2. La circostanza che, alla data di presentazione della domanda di partecipazione, un tratto del percorso stradale fosse momentaneamente interdetto al traffico per ordinanza sindacale (del sindaco del Comune di Andrioco adottata ai sensi dell'art. 6 del codice della strada per motivi di “*sicurezza pubblica*”) non fa dire il concorrente privo del requisito: il percorso stradale di lunghezza non superiore a 50 km tra il centro cottura di emergenza e la caserma esisteva anche se ne era sospesa la circolazione per un suo tratto.

Quel che conta, in altri termini, è che l'impedimento non precludesse definitivamente il passaggio – come potrebbe essere, per astratta ipotesi, la demolizione di un viadotto situato lungo il percorso – poiché solo in tal caso il percorso stradale così come indicato dal concorrente sarebbe non (più) esistente (con conseguente necessità di rideterminare il percorso ed accertarne la lunghezza).

2.3. Nel caso di specie, poi, l'impedimento non solo era temporaneo, ma era anche superabile in via amministrativa; la nota del Sindaco di Andrioco del 22 gennaio 2021 vale proprio a questo fine: a dar prova della possibilità di ottenere un'autorizzazione alla circolazione nel tratto interdetto presentando motivata richiesta.

Ciò che, peraltro, è previsto espressamente dall'art. 7, comma 4, d.lgs. n. 285 del 1992 (Codice della strada) a mente del quale: “*Nel caso di sospensione della circolazione per motivi di sicurezza pubblica o di sicurezza della circolazione o per esigenze di carattere militare, ovvero laddove siano stati stabiliti obblighi, divieti o limitazioni di carattere temporaneo o permanente, possono essere accordati, per accertate necessità, permessi subordinati a speciali condizioni e cautele*”; se anche il Sindaco nulla avesse dichiarato, sarebbe bastato il dato normativo per dire risolvibile l'impedimento.

È proprio in quest'ottica che viene in rilievo la qualificazione del centro cottura come centro di emergenza – che, certamente, non vale a negare che sia un requisito di partecipazione, ma che – porta a dire, ai limitati fini che qui interessano, che E.R. a sostegno della sua istanza al Comune potrà far valere non un'esigenza ordinaria ma una necessità straordinaria (all'utilizzo del tratto stradale), al pari tutti coloro che utilizzano il tratto stradale in questione.

2.4. Alla luce delle predette considerazioni l'argomentazione dell'appellante a contrasto della sentenza di primo grado non è affatto condivisibile; in particolare non può dirsi che l'offerta fosse condizionata al verificarsi di un evento incerto quale il rilascio di un provvedimento amministrativo (l'autorizzazione a percorrere il tratto di strada interdetto), e per questo che fosse aleatoria, perché, come si è in precedenza chiarito, il requisito di partecipazione, *così come richiesto dal disciplinare di gara*, era posseduto dall'aggiudicatario sin dalla domanda di partecipazione e la (nota del Sindaco che riconosceva la) possibilità di essere autorizzati a percorrere il tratto interdetto ne dava ulteriore prova (ossia dava prova – se mai ve ne fosse stato bisogno – che il percorso stradale indicato non era in alcun modo definitivamente cancellato).

Ciò che conduce, inoltre, ad escludere che E.R. abbia reso una falsa dichiarazione affermando di avere la disponibilità di un centro cottura a distanza non superiore a 50 km dalla caserma in cui si sarebbe svolto il servizio.

2.5. Neppure ricorre l'ulteriore falsa dichiarazione che l'appellante imputa all'aggiudicatario consistita nell'aver individuato quale punto di partenza del percorso stradale tra il centro cottura e la caserma un luogo non corrispondente a quello di ubica-

zione del centro stesso (ossia la via Leonardo da Vinci); e ciò al solo fine di dar prova che la distanza fosse inferiore a 50 km.

Va detto, infatti, che nel documento denominato “*Struttura organizzativa del centro di produzione utilizzato dal concorrente*”, E.R. indica quale l’indirizzo del suo centro di cottura di emergenza in via ... - Zona industriale R., allegando un fotogramma satellitare per mostrare l’esatta collocazione della struttura; v’è, poi, nella domanda di partecipazione la dichiarazione di distanza inferiore a 50 km, e allegate pagine *internet* di Google maps in cui il punto di partenza è identificato con le coordinate satellitari.

Le indicazioni fornite dal concorrente hanno consentito ai commissari di effettuare il sopralluogo (in data 11 dicembre 2020) presso la struttura e, come si ricava dalla relazione redatta, di verificare che la stessa era collocata in via ... al numero civico 75 all’interno dell’area industriale, ed accertare, infine, che la distanza dalla caserma inferiore a 50 km.

In conclusione, E.R. non ha reso alcuna falsa dichiarazione, né ha indotto in alcun modo in errore l’amministrazione, la quale in base alla documentazione fornita ha potuto individuare il centro cottura e verificare la distanza dalla caserma.

3. Con il quarto motivo dell’appello B.I. s.r.l. lamenta “*Error in iudicando. Violazione del bando di gara, del disciplinare e del Capitolato. Violazione degli artt. 30, 59, 89 e 105, d.lgs. n. 50 del 2016. Irragionevolezza manifesta. Sproporzione. Violazione del principio di par condicio competitorum. Difetto di istruttoria e di motivazione*”: il giudice di primo grado avrebbe escluso la violazione del divieto di subappalto posto dal disciplinare per la possibilità di destinare all’impresa ausiliaria la parte di esecuzione relativa al requisito prestato, e, dunque, sulla base di motivazione inconfidente con la questione posta; ribadisce, allora, l’appellante la violazione del divieto di subappalto essendo previsto nel contratto di avvalimento che l’ausiliaria, in quanto intestataria delle autorizzazioni sanitarie per l’utilizzo del centro cottura, si obblighi a porre a disposizione dell’avvalente tutti i mezzi e le attrezzature per l’espletamento dell’attività di preparazione dei pasti, ovvero ad eseguire una parte della prestazione principale.

4. Il motivo è infondato.

4.1. Ammesso che la disponibilità di un centro cottura, richiesta quale requisito di partecipazione ad una procedura di gara, possa essere oggetto di avvalimento - circostanza non contestata dall’appellante (e, comunque, ammessa in giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2018, n. 5047) - affinché il prestito del requisito avvenga alle condizioni previste dall’art. 89, comma 1, ult. periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, vale a dire con effettiva messa a disposizione delle risorse e dei mezzi necessari all’esecuzione della prestazione, è indispensabile che la preparazione dei pasti nel centro cottura avvenga a mezzo personale dell’ausiliaria e che l’avvalente svolga attività direzione e controllo.

4.2. In tal senso si è già pronunciata questa Sezione, con la sentenza 16 gennaio 2020, n. 389, in cui richiamando altri precedenti, si è chiarito che l’avvalimento del centro cottura non comporta la consegna della struttura all’avvalente, né alcun utilizzo da parte di quest’ultimo; il centro cottura resta in uso esclusivo dell’ausiliaria, unica titolare ad utilizzarlo in quanto anche titolare della relativa autorizzazione sanitaria con il proprio personale e i propri mezzi.

4.3. Il Collegio condivide il ragionamento con la precisazione di cui s’è detto circa il ruolo che dovrà svolgere l’avvalente; nessun’altra ricostruzione è possibile senza mettere in discussione l’ammissibilità dell’avvalimento di un centro cottura.

Ammettere, infatti, che sia la società ausiliaria a svolgere in via esclusiva la preparazione dei pasti condurrebbe ad escludere il prestito di mezzi e risorse al concorrente; allo stesso modo, dire che personale dell’avvalente possa intervenire nell’ese-

cuzione dei pasti, significherebbe violare le disposizioni che (per ragioni di carattere sanitario) limitano le attività di preparazione e somministrazione di alimenti e bevande.

4.4. A ogni buon conto l'acquisizione della disponibilità di un centro cottura con le modalità esposte non comporta la conclusione di un contratto di subappalto, anziché di un contratto di avvalimento, poiché, come noto, nel subappalto il terzo contraente assume l'incarico di eseguire nei confronti dell'amministrazione una parte della prestazione alla stessa dovuta dall'appaltatore, laddove, invece, nel caso in esame, è solamente l'impresa avvalente che rimane la controparte contrattuale della stazione appaltante, mentre l'ausiliaria si limita a mettere a disposizione le risorse e i mezzi di cui l'ausiliata è carente per l'esecuzione di una certa attività - la preparazione dei pasti in caso, peraltro, si verificano situazioni di emergenza - che compone la prestazione promessa alla stazione appaltante, fermo restando la responsabilità solidale nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice (*ex multis*, cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 2021, n. 8338; sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1330 e le sentenze ivi richiamate, in precedenza per ampie riflessioni sul tema cfr. Cons. Stato, sez. IV, 26 maggio 2014, n. 2675; cfr. per caso analogo, in cui oggetto di avvalimento era proprio un centro cottura, la già citata sentenza della Sezione n. 389 del 2020).

4.5. In conclusione, la sentenza di primo grado che si è uniformata ai precedenti citati merita conferma sul punto.

Omissis

Commento

1. La sentenza in commento riguarda l'appalto per l'affidamento del servizio di vettovagliamento mediante "*catering completo*" da svolgersi presso una caserma della Guardia di finanza.

La questione *ruota* intorno alla previsione del disciplinare di gara in base al quale i concorrenti dovevano dichiarare di "*avere la disponibilità (o l'impegno ad avere, in caso di aggiudicazione, la disponibilità) per tutta la durata del contratto di appalto, di un centro cottura esterno ovvero più centri, in grado di garantire - complessivamente - un numero di pasti pari a 2100 colazioni, 2900 pranzi e 2200 cene (...), in modo da assicurare il servizio veicolato nelle fasce orarie previste per i singoli pasti negli atti di gara, in possesso delle necessarie autorizzazioni sanitarie, situato/i ad una distanza non superiore a 50 (cinquanta) km dalla sede della caserma interessata dal servizio oggetto del presente appalto, veicolando i pasti con mezzi aziendali adeguatamente attrezzati ed idonei al particolare servizio, in possesso delle caratteristiche e requisiti prescritti dalle specifiche norme (art. 43, d.P.R. n. 327/1980)*".

L'aggiudicazione veniva impugnata dalla seconda classificata sul presupposto che l'aggiudicataria non risultava essere in possesso del prescritto centro cottura alla distanza prevista di 50 Km dalla caserma.

Da qui la richiesta di annullamento dell'aggiudicazione.

Prima di esaminare il contenuto della decisione del Consiglio di Stato, è opportuno soffermarsi su quanto deciso dal giudice di *prime cure* anticipando sin da ora che la sentenza di primo grado è stata riformata per il diverso fatto che l'aggiudicatario non aveva dichiarato *ex art. 80 d.lgs. n. 50/2016* una precedente risoluzione contrattuale di natura consensuale.

A questo proposito il Consiglio di Stato, nella sentenza in commento, ha rammentato la decisione dell'Adunanza plenaria del 28 agosto 2020, n. 16 e in particolare il fatto che l'art. 80, comma 5, lett. c) ora lett. c-bis), d.lgs. n. 50/2016 è una norma di chiusura in grado di comprendere tutti i fatti anche non predeterminabili *ex ante*, ma in concreto comunque incidenti in modo negativo sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico.

Tra questi indubbiamente ricade anche la risoluzione consensuale intervenuta con altra stazione appaltante in fase di esecuzione di una procedura di gara, ogni qual volta questa sia dipesa da una condotta astrattamente idonea a far dubitare dell'integrità e affidabilità dell'operatore economico in vista dell'affidamento dell'appalto.

Annota il Collegio che se la risoluzione consensuale ben può essere la conseguenza del mutuo dissenso di cui all'art. 1372 c.c., non di meno la stessa può ricorrere in caso di scioglimento consensuale da un contratto quale effetto di una transazione a cui le parti - stazione appaltante e appaltatore - sono giunte per evitare una lite, che può avere origine proprio in eventuali inadempimenti dell'operatore economico.

Da qui la considerazione che di questa risoluzione consensuale la stazione appaltante debba essere messa a conoscenza, in quanto idonea a far dubitare dell'affidabilità e integrità del concorrente, integrando il "*grave illecito professionale*" di cui alla lett. c) del comma 5 dell'art. 80, d.lgs. n. 50/2016.

La sentenza di primo grado è stata poi annullata anche in merito al mancato accoglimento di altra censura afferente sempre alla valutazione di affidabilità dell'aggiudicatario *ex art. 80, d.lgs. n. 50/2016*, a seguito di provvedimento di revoca dell'aggiudicazione di altro appalto.

2. Come si diceva, provvediamo ora a considerare la sentenza del T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, dell'8 aprile 2021, n. 176, impugnata avanti al Consiglio di Stato e decisa con la sentenza in commento.

Come si è visto, il disciplinare di gara richiedeva la disponibilità di un centro cottura ad una distanza non superiore ai 50 Km dalla caserma interessata dal servizio.

Un punto della controversia riguardava il fatto che l'aggiudicatario aveva individuato un centro cottura da cui si poteva raggiungere la caserma - nel rispetto della distanza dei 50 Km - mediante il transito su

una strada che però era temporaneamente chiusa al traffico dal Comune, fatto salvo il transito ai mezzi autorizzati; la parte ricorrente lamentava così il fatto che nell'impossibilità di utilizzare la strada chiusa, l'aggiudicataria avrebbe dovuto percorrere un tragitto superiore a 50 Km, in violazione del disciplinare di gara.

Il T.A.R. Abruzzo invece esclude la violazione del disciplinare di gara, in quanto comunque il transito dal centro cottura alla caserma è stato ritenuto ben possibile tramite la strada chiusa, una volta conseguita l'autorizzazione del Comune che aveva disposto il divieto.

La sentenza del T.A.R. Abruzzo ha poi riguardato la circostanza che tra l'aggiudicataria e altra società – peraltro dello stesso gruppo societario – era intervenuto un contratto di avvalimento proprio con riferimento alla disponibilità del centro cottura; sul punto l'originaria ricorrente lamentava la sostanziale violazione del disciplinare di gara che prevedeva il divieto di subappalto per le attività principali oggetto della commessa.

L'art. 8 del disciplinare, infatti, così prevedeva: *“È vietata qualunque cessione o subappalto di tutto o di parte del contratto, fatta eccezione per il servizio di pulizia dei locali e lavaggio stoviglie, pentole e vassoi, per cui l'appaltatrice potrà far ricorso ad altre imprese, anche di lavoro interinale e/o cooperative”*.

Da qui la questione se il rapporto contrattuale di avvalimento fosse o meno ammissibile, avendo esso ad oggetto la messa a disposizione di un centro cottura.

Ebbene, il T.A.R. Abruzzo nella sentenza n. 176/2021 richiama l'orientamento giurisprudenziale che ammette l'avvalimento anche per la disponibilità di un centro cottura, nella considerazione che l'avvalimento non comporta alcuna *consegna* della struttura all'operatore aggiudicatario, il quale non è legittimato nemmeno a utilizzarlo.

Il centro cottura resta invero in uso esclusivo alla ditta ausiliaria, unica titolata ad utilizzarlo in quanto anche titolare della relativa autorizzazione sanitaria.

L'avvalimento di un requisito di capacità tecnica, qual è proprio la disponibilità di un centro cottura per la produzione dei pasti, comporta – secondo il T.A.R. Abruzzo – che l'effettuazione di tutte le attività connesse al requisito oggetto di avvalimento *appartiene* esclusivamente alla ditta ausiliaria, con il proprio personale e i propri mezzi.

Quanto detto trova conferma nel comma 9 dell'art. 89, d.lgs. n. 50/2016, che infatti prevede che *“In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante esegue in corso d'esecuzione le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle*

risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il responsabile unico del procedimento accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto sono svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, pena la risoluzione del contratto di appalto".

Dunque, la stazione appaltante verifica tra l'altro "l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto" da parte dell'impresa ausiliaria.

Il T.A.R. Abruzzo inoltre chiarisce il significato del comma 8 della medesima disposizione.

In particolare, il comma 8 prevede invero che "Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati".

Ebbene, tale disposizione da un lato consente che l'ausiliaria svolga una quota anche *importante* delle attività oggetto dell'appalto mentre all'aggiudicatario compete comunque la direzione e il coordinamento di tali attività.

Dall'altro lato, la disposizione stessa rimarca il fatto che comunque il responsabile di quanto eseguito è - e rimane - l'appaltatore dal punto di vista dell'esecuzione, per cui "le prestazioni in concreto svolte dall'ausiliaria sono comunque riconducibili all'organizzazione da esso predisposta per l'adempimento degli obblighi assunti nei confronti della stazione appaltante".

Il T.A.R. Abruzzo si sofferma poi sulla previsione in base alla quale "l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati", specificando che si tratta di una facoltà ("può assumere...") che rileva nella fase esecutiva e che richiede l'assenso della stazione appaltante.

La sostanziale peculiarità dell'avvalimento - annota il T.A.R. Abruzzo - consiste nel fatto che a differenza del subappalto non vi è il limite quantitativo delle attività affidate previsto dal comma 2 dell'art. 105 d.lgs. n. 50/2016 (in disparte la validità di tale limite per gli appalti sopra soglia, a seguito del *decisum* della Corte di giustizia del 26 settembre 2019 nella causa C-63/18 - cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sentenza dell'8 febbraio 2021, n. 1575), risultando l'unico limite quello del rispetto dei "requisiti prestati".

3. Come si è visto, il Consiglio di Stato con la sentenza n. 4708/2022 conferma il *decisum* di primo grado in merito alla disponibilità del centro cottura, ritenendo così sussistente il richiesto requisito di partecipazione.

La ditta non aggiudicataria aveva invero contestato la violazione del disciplinare che vietava il subappalto, ritenendo che l'avvalimento prestato, in realtà avesse preso la *forma* del subappalto.

Il Consiglio di Stato sul punto interviene per fare chiarezza, specificando a tal fine che *“l’acquisizione della disponibilità di un centro cottura con le modalità esposte non comporta la conclusione di un contratto di subappalto, anziché di un contratto di avvalimento, poiché, come noto, nel subappalto il terzo contraente assume l’incarico di eseguire nei confronti dell’amministrazione una parte della prestazione alla stessa dovuta dall’appaltatore, laddove, invece, nel caso in esame, è solamente l’impresa avvalente che rimane la controparte contrattuale della stazione appaltante, mentre l’ausiliaria si limita a mettere a disposizione le risorse e i mezzi di cui l’ausiliata è carente per l’esecuzione di una certa attività – la preparazione dei pasti in caso, peraltro, si verificano situazioni di emergenza – che compone la prestazione promessa alla stazione appaltante, fermo restando la responsabilità solidale nei confronti dell’amministrazione aggiudicatrice”*.

È opportuno a questo punto chiarire quali siano *“le modalità esposte”* di esecuzione dell’avvalimento, che inducono il Consiglio di Stato ad escludere che si tratti di subappalto, vietato in quella gara.

Ebbene, per il giudice d’appello *“è indispensabile che la preparazione dei pasti nel centro cottura avvenga a mezzo personale dell’ausiliaria e che l’avvalente svolga attività direzione e controllo”*.

Questo in quanto se da un lato è l’ausiliaria titolare dell’autorizzazione sanitaria, dall’altro lato l’aggiudicataria *ausiliata* è pur sempre la controparte contrattuale della stazione appaltante.

In questa prospettiva è necessario allora che vi sia una distinzione dei ruoli, in modo che l’attività svolta dall’ausiliaria non *invada* il campo proprio dell’aggiudicataria, e viceversa.

4. La decisione del Consiglio di Stato richiama a questo proposito due *suoi* precedenti.

Il primo, è rappresentato dalla sentenza del 24 agosto 2018, n. 5047.

In questa sentenza si discuteva tra l’altro del fatto che in un appalto per l’affidamento del servizio di ristorazione scolastica, il T.A.R. Lombardia – Sezione staccata di Brescia – aveva ritenuto insufficiente e inidoneo il contratto di avvalimento dell’aggiudicataria stipulato con altra ditta per la disponibilità del centro cottura, nella considerazione che non appariva *“ragionevole che due imprese possano coesistere in seno a un unico centro di cottura”*, centro di cottura che appunto l’ausiliaria avrebbe continuato a utilizzare per le sue attività.

Ebbene, il Consiglio di Stato, analizzando la documentazione di gara, è giunto alla conclusione che la disponibilità di un centro cottura

doveva essere solo dimostrata, mentre l'effettiva disponibilità costituiva solamente un requisito di esecuzione.

Inoltre, la sentenza di *prime cure* che aveva escluso l'idoneità del contratto di avvalimento, è stata ritenuta erronea non avendo considerato la grandezza della struttura, come tale in grado di fronteggiare un aumento del personale ivi addetto.

Da qui, dunque, la conclusione che la disponibilità di un centro cottura poteva essere dimostrata mediante un contratto di avvalimento.

L'altro precedente del Consiglio di Stato citato, è la sentenza del 16 gennaio 2020, n. 389 avente ad oggetto il servizio di refezione scolastica del Comune di A.

Tra i motivi di impugnazione della sentenza di *prime cure*, vi era quello in merito proprio alla disponibilità del centro cottura.

Sul punto, il Consiglio di Stato, dopo aver considerato il contenuto del disciplinare di gara (*"l'offerente in sede di presentazione dell'istanza di partecipazione dovrà impegnarsi irrevocabilmente a rendere disponibile un centro cottura avente le caratteristiche indicate nel capitolato prestazionale dal quindicesimo giorno antecedente a quello previsto per l'avvio dei servizi, e per tutta la durata del contratto, impegnandosi altresì a presentare, entro la data di stipula del contratto, i documenti preliminari"*), ha espressamente richiamato la precedente decisione n. 5047/2018 ribadendo l'ammissibilità dell'istituto dell'avvalimento in relazione alla disponibilità del centro cottura (*"Conformemente all'insegnamento della giurisprudenza, sia comunitaria che nazionale, nel caso di avvalimento di un requisito di capacità tecnica, qual è un centro cottura per la produzione dei pasti, l'effettuazione di tutte le attività connesse al requisito oggetto di avvalimento deve infatti competere esclusivamente alla ditta ausiliaria, con il proprio personale e i propri mezzi. Tale principio è stato, da ultimo, espressamente codificato dall'art. 89, comma 9, d.lgs. n. 50/2016, che onera la Stazione appaltante, attraverso il RUP, a verificare in fase di esecuzione l'effettivo e diretto svolgimento delle prestazioni da parte dell'ausiliario, con le proprie risorse umane e i propri mezzi prestati"*).

La sentenza n. 389/2020 dunque conferma la legittimità del ricorso all'avvalimento per quanto riguarda la disponibilità del centro cottura come requisito di capacità tecnica, chiarendo che la richiesta disponibilità di esso in sede di gara non significa necessariamente che sia garantito un suo utilizzo esclusivo da parte dell'aggiudicataria, né tanto meno un obbligo di esclusiva a carico dell'ausiliaria a favore dell'avvalente.

La medesima decisione precisa poi la peculiarità e la differenza dell'avvalimento rispetto al subappalto, sottolineando il fatto che *"il*

subappalto dà infatti luogo ad un contratto derivato, rilevante nella fase di esecuzione del rapporto, contraddistinto dal fatto che il rischio imprenditoriale ed economico inerente all'esecuzione delle prestazioni in esso previste è assunto dal subappaltatore attraverso la propria organizzazione, mentre il subappaltante rimane responsabile nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi di quanto previsto dall'art. 105, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016", quando per converso l'avvalimento ha la finalità "di utilizzo delle capacità tecniche ed economiche di terzi necessarie per qualificarsi nelle procedure di affidamento di contratti pubblici, ed affinché all'impresa ausiliaria non siano in concreto affidate prestazioni eccedenti la propria capacità tecnica".

Dunque, la messa a disposizione del centro cottura può indiscutibilmente avvenire per mezzo dell'avvalimento, con la conseguenza che l'attività *propria* di gestione del centro cottura sarà a carico dell'ausiliaria, spettando all'impresa aggiudicataria una funzione di direzione e coordinamento; solo in questo modo si rispettano le caratteristiche sostanziali ed essenziali di tale *figura* contrattuale rispetto al rapporto che si instaura tra stazione appaltante e appaltatore.

Da qui la conclusione che si legge nella sentenza n. 4708/2022 in commento: *"Ammettere, infatti, che sia la società ausiliaria a svolgere in via esclusiva la preparazione dei pasti condurrebbe ad escludere il prestito di mezzi e risorse al concorrente; allo stesso modo, dire che personale dell'avvalente possa intervenire nell'esecuzione dei pasti, significherebbe violare le disposizioni che (per ragioni di carattere sanitario) limitano le attività di preparazione e somministrazione di alimenti e bevande".*

5. Successiva alla sentenza in commento, è la decisione del Consiglio di Stato del 22 giugno 2022, n. 5168 in ordine ad un appalto di refezione scolastica in cui l'originaria aggiudicataria, poi dichiarata decaduta, era risultata invero priva della disponibilità di un centro cottura idoneo alla produzione dei pasti e come tale munito di specifici requisiti igienico-sanitari secondo quanto richiesto dal bando di gara, centro cottura oggetto di contratto di avvalimento.

L'impugnazione proposta dalla ditta già aggiudicataria avverso la sentenza del T.A.R. Sardegna che aveva respinto il ricorso, si è basata tra l'altro sul rilievo che la disponibilità di un centro cottura con le relative autorizzazioni sanitarie riguardava un requisito di esecuzione del contratto e non un requisito di partecipazione alla gara.

Tale impostazione difensiva non ha trovato d'accordo il Consiglio di Stato, che ha definito la disponibilità del centro cottura munito delle specifiche autorizzazioni per la ristorazione collettivo-assistenziale, un requisito di partecipazione che la stazione appaltante aveva verificato essere assente.

Da qui la conferma della sentenza di primo grado, e di conseguenza del provvedimento di decadenza dall'appalto.

La sentenza appena citata costituisce occasione per considerare la tematica della disponibilità del centro cottura, come requisito di partecipazione piuttosto che requisito di esecuzione.

Rammentiamo invero che l'art. 100, d.lgs. n. 50/2016, con riferimento ai requisiti di esecuzione, dispone che *“Le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione e siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando o nel capitolato d'oneri. Dette condizioni possono attenere, in particolare, a esigenze sociali e ambientali. In sede di offerta gli operatori economici dichiarano di accettare i requisiti particolari nell'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari”*.

Diventa così rilevante stabilire se la disponibilità di un impianto (*leggasi* centro cottura, ad esempio) necessario per l'esecuzione del servizio, integri necessariamente un requisito di partecipazione, o possa essere un requisito di esecuzione la cui presenza va accertata appunto in una fase successiva all'aggiudicazione.

Inevitabilmente la disponibilità di un centro cottura come requisito di esecuzione, anziché come requisito di partecipazione, dipende essenzialmente dalla previsione degli atti di gara.

In questa prospettiva il T.A.R. Piemonte, nella sentenza del 4 febbraio 2020, n. 99 relativa all'affidamento di un servizio di ristorazione scolastica e sociale, ha focalizzato la sua attenzione sul disciplinare di gara che prevedeva *“l'obbligo di garantire, per il caso di impossibilità di utilizzo del centro cottura di via Libano, di centro di cottura alternativo con capacità di produzione residua sufficiente a garantire la preparazione di almeno 1.800 pasti al giorno, da indicare all'atto della stipula del contratto”*.

Si trattava dunque di un centro di cottura da utilizzare solo in caso di emergenza e soprattutto da indicare all'atto di stipula del contratto, non in sede di offerta, né di aggiudicazione, con la conseguenza che *“la stazione appaltante si deve limitare a verificare la sussistenza dell'impegno dell'operatore economico alla predisposizione del centro cottura medesimo”*, con la precisazione che *“l'eventuale mancanza del centro cottura rileverà – trattandosi di condizione di esecuzione del contratto – al momento della stipula del contratto, che potrà essere rifiutata dalla stazione appaltante, in ragione di detto inadempimento”*.

Conclusione cui è giunto anche il Consiglio di Stato, che con la decisione del 28 luglio 2020, n. 4795 di conferma della sentenza di *prime*

cure, ha rammentato “*il consolidato indirizzo giurisprudenziale, secondo cui per i requisiti di esecuzione del contratto non è richiesto il possesso già all’atto della partecipazione alla gara, essendo sufficiente il mero – e vincolante – impegno dichiarativo (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2020, n. 2090; 23 agosto 2019, n. 5806, e 29 luglio 2019, n. 5308, relativa proprio a un centro preparazione pasti e che richiama “il diffuso intendimento della disponibilità di un centro di cottura localizzato quale requisito di esecuzione delle prestazioni negoziali e non di partecipazione alla gara”*, con la conseguenza che se, pertanto, all’atto della stipula del contratto si accerterà che la disponibilità del suddetto centro manca, la stazione appaltante non potrà addivenire a tale stipula, ma dovrà revocare l’aggiudicazione.

Dunque, la mancanza del centro cottura quale requisito di esecuzione è destinata a *travolgere* l’aggiudicazione stessa in quanto illegittima.

6. Continuando nell’analisi di tale problematica, l’illegittimità dell’aggiudicazione è stata affermata anche in altra sentenza sempre del T.A.R. Piemonte (la n. 962 del 5 settembre 2019), in cui la richiesta disponibilità del centro cottura è stata *inquadrate* come requisito di esecuzione, la cui riscontrata mancanza determina l’illegittimità dell’aggiudicazione costituendo un elemento essenziale dell’offerta.

Si è in particolare affermato in quella occasione che “*L’impegno a dotarsi di un centro di cottura, individuato e disponibile per l’intera durata contrattuale, appare ineludibile ai fini di poter garantire l’esecuzione del progetto. Del resto, la richiesta della disponibilità di un centro di cottura è volta essenzialmente a rendere realizzabile l’offerta, che non potrà ritenersi attendibile senza la garanzia della disponibilità incondizionata di un centro di cottura per l’intera durata contrattuale (...). La qualificazione della disponibilità del centro di cottura come elemento caratterizzante la fase di esecuzione del servizio equivale, secondo la giurisprudenza, a ritenerlo elemento essenziale dell’offerta “(...) nel senso che all’operatore economico si richiede e, quindi, egli dovrà offrire, di svolgere il servizio di mensa scolastica mediante l’utilizzo di un centro di cottura. Ne segue che la stazione appaltante è tenuta a verificare che il predetto centro cottura (...) sia idoneo all’uso, nel senso di essere dotato di tutte le autorizzazioni richieste dalla legge ed attrezzato (o attrezzabile) per la preparazione di pasti da veicolare presso gli istituti scolastici. Il Collegio, pertanto, non condivide la tesi che la stazione appaltante possa aggiudicare il servizio e giungere alla fase di stipulazione del contratto, con la sola dichiarazione di impegno del concorrente a procurarsi tempestivamente un centro di cottura, poiché sarebbe sottratta alla ordinaria fase di valutazione dell’offerta la verifica di un*

elemento essenziale della stessa, con ingiustificata compressione della par condicio tra i concorrenti”.

Requisito di esecuzione, dunque, la cui mancanza al momento della stipula del contratto, inficia l’aggiudicazione della gara.

Vi è da dire a questo punto che la distinzione tra requisito di partecipazione e requisito di esecuzione, indubbiamente *sottile*, è stata *tratteggiata* anche nelle gare aventi ad oggetto il servizio di ripristino stradale *post* sinistri (inteso come ripristino delle condizioni di sicurezza stradale, comprensivo anche della bonifica della strada stessa interessata dall’incidente), in cui appunto è necessaria la disponibilità di sedi nel territorio di riferimento al fine di garantire un intervento tempestivo.

In occasione di una di esse il Consiglio di Stato (sentenza del 18 dicembre 2020, n. 8159) ha riconosciuto che non sempre è agevole distinguere un requisito di esecuzione da quello di partecipazione, essendo anche il primo un elemento caratterizzante l’offerta, con la conseguenza che si ricorre alla *categoria* del requisito di esecuzione, quando esso serve “*per designare mezzi (strumenti, beni, attrezzature) necessari all’esecuzione della prestazione promessa alla stazione appaltante, con la precisazione che la disponibilità degli stessi è richiesta al concorrente, non al momento di presentazione dell’offerta, ma al momento dell’esecuzione o, per meglio dire, della stipulazione del contratto, che non sarebbe possibile ove se ne constati la mancanza, per cui potrebbero essere definiti come «condizione» per la stipulazione del contratto d’appalto*”.

In quest’ultima sentenza, dunque, si pone *l’accento* sul fatto che la stipula del contratto possa avvenire a condizione che quanto il concorrente si sia impegnato ad avere disponibile in sede di offerta, lo sia effettivamente al momento della firma del contratto.

Come già detto, assume a questo proposito decisivo rilievo ciò che è previsto in sede di gara: sempre nell’ambito del servizio di refezione scolastica, la disponibilità di un centro cottura è stata ritenuta ad esempio requisito di partecipazione e non di esecuzione, tenuto conto che il bando di gara richiedeva tra “*i requisiti di idoneità professionale*”, proprio la “*disponibilità di un centro cottura e di un deposito alimentari in possesso dei requisiti igienico sanitari previsti dal Regolamento CE 852/2004 ubicati entro 30 minuti dalla Casa Comunale ed in possesso delle certificazioni UNI EN ISO 9001*”.

In questa occasione il Consiglio di Stato (sentenza del 9 febbraio 2021, n. 1214) ha allora inteso valorizzare non solo il tenore letterale della prescrizione che qualificava la disponibilità del centro cottura come un requisito di idoneità professionale, ma anche il fatto che essa

era contenuta nel bando di gara, preordinato a dettare le condizioni per l'accesso alla procedura e le modalità del suo svolgimento, e non invece nel capitolato speciale, di regola destinato a contenere il regolamento delle prestazioni contrattuali.

7. Possiamo allora considerare le sopra descritte coordinate interpretative, valide a prescindere che si tratti della gara per il servizio di ripristino stradale *post* sinistri, o di quella per il servizio di refezione scolastica.

Quanto sopra *spinge* il Consiglio di Stato (sentenza n. 8159/2020) a valorizzare la necessità di un ragionevole punto di equilibrio dove *“l'esigenza di evitare inutili aggravii di spesa a carico degli operatori economici concorrenti alla procedura di gara per procurarsi già al momento dell'offerta mezzi (attrezzature, strumenti o beni) destinati ad essere utilizzati solamente in caso di aggiudicazione va conciliata con l'esigenza che la stazione appaltante possa ragionevolmente confidare nella serietà dell'operatore che di tali mezzi abbia dichiarato la disponibilità, senza correre il rischio di trovarsi, al momento della stipulazione del contratto, senza la prestazione attesa”*, per cui il bilanciamento delle opposte esigenze trova il suo assetto nella previsione secondo cui *“l'offerta deve essere accompagnata da documentazione comprovante l'impegno del terzo, proprietario dei beni e delle attrezzature delle quali il concorrente intenda servirsi per l'esecuzione dell'appalto, di metterle a disposizione di questi (ad esempio a mezzo contratto preliminare condizionato o strumenti negoziali similari)”*.

La questione nodale si sposta dunque sul piano probatorio della effettiva disponibilità del bene necessario all'esecuzione dell'appalto, facendo così perdere rilevanza a quella della qualificazione del requisito richiesto (di partecipazione piuttosto che di esecuzione).

Se poi è la legge di gara che consente di stabilire se si tratta di requisito di partecipazione piuttosto che di esecuzione, questo deve avvenire con la massima trasparenza e chiarezza, come sottolineato dal T.A.R. Salerno nella sentenza del 19.2.2021, n. 455.

In tale sentenza così si legge: *“l'introduzione surrettizia di un requisito di ammissione non chiaramente espresso dalla stazione appaltante, lede - infatti - la buona fede dei concorrenti che, facendo affidamento sull'interpretazione letterale delle clausole di gara, non hanno riscontrato l'esistenza di un requisito di ammissione “implicito” e dunque “nascosto” e, conseguentemente, non si sono avvalsi degli strumenti apprestati dall'ordinamento (ad esempio avvalimento, ricorso al RTI), per procurarselo”*.

È chiaro, infatti, che il ricorso all'avvalimento quale *strumento* giuridico per una corretta partecipazione alla gara, interviene laddove

manchi il requisito di partecipazione; altra situazione si riscontra laddove invece si *ragioni* in termini di requisito di esecuzione.

Quest'ultima sentenza cerca poi di tracciare un confine tra ciò che spetta definire alla stazione appaltante, e ciò che appartiene alla sfera di dominio propria dell'operatore economico che decide di partecipare alla gara: *"Spetta alla sola stazione appaltante, nell'esercizio del proprio potere tecnico discrezionale, delineare in modo palese (facendolo seguire dall'indicazione specifica "a pena di inammissibilità dell'offerta") ciò che riveste natura "essenziale" per lo svolgimento del servizio, tenuto conto delle sue specifiche esigenze: non possono ricavarsi ex post, attraverso la lettura congiunta delle clausole del capitolato speciale, presunti requisiti ritenuti "essenziali" per lo svolgimento del servizio (ma non qualificati come tali dalla stazione appaltante), facendo leva - per di più - sulle particolari modalità di esecuzione della prestazione indicate dal concorrente nella sua offerta tecnica. In questo modo, infatti, si confondono i due piani nettamente separati, costituiti dall'individuazione dei requisiti di ammissione (potere che spetta alla sola stazione appaltante) e che riguarda elementi oggettivi valevoli per tutti i concorrenti, nel rispetto del principio della par condicio, e requisiti specifici attinenti alle particolari modalità di esecuzione della prestazione oggetto del successivo contratto, prescelti del singolo concorrente in sede di offerta tecnica, che come tali sono stati individuati dall'impresa partecipante alla gara e che valgono - ovviamente - solo per essa".*

I due *piani* vanno tenuti dunque distinti, nel rispetto delle prerogative organizzative dell'impresa che si potrà dotare in linea generale di tutto ciò che il rapporto contrattuale *in fieri* richiede (ad esempio mezzi, personale aggiuntivo, strutture indicate nell'offerta), con la conseguenza che l'eventuale mancanza di quanto indicato come strumentale per l'esecuzione del contratto, *"non costituisce, quindi, falsità della dichiarazione o inammissibilità dell'offerta alla gara. L'eventuale mancato rispetto da parte dell'aggiudicataria degli "impegni assunti" con la presentazione dell'offerta in sede di gara (che integrano l'oggetto del contratto stipulato con la stazione appaltante), costituisce inadempimento contrattuale, sanzionabile con i rimedi apprestati dall'ordinamento, ma non costituisce motivo di esclusione per mancanza dei requisiti, né per falsità della dichiarazione"*.

Un ruolo essenziale è dunque svolto dalla *lex specialis* che definisce quanto necessario per la partecipazione alla gara o per l'esecuzione dell'appalto.

In questa prospettiva sempre il Consiglio di Stato si è soffermato sui requisiti di esecuzione, che si caratterizzano per la loro poliedricità, costituendo essi condizioni per la stipulazione del contratto di

appalto, pur potendo essere considerati nella *lex specialis* come elementi dell'offerta, a volte essenziali, se non anche idonei all'attribuzione di un punteggio premiale.

In particolare, nella decisione del 2 febbraio 2022, n. 722 si è rilevato che *“la regolazione dei c.d. requisiti di esecuzione va rinvenuta nella lex specialis, con la conseguenza che, se richiesti come elementi essenziali dell'offerta o per l'attribuzione di un punteggio premiale, la loro mancanza al momento di partecipazione alla gara comporta, rispettivamente l'esclusione del concorrente o la mancata attribuzione del punteggio; se richiesti come condizione per la stipulazione del contratto, la loro mancanza rileva al momento dell'aggiudicazione o al momento fissato dalla legge di gara per la relativa verifica e comporta la decadenza dall'aggiudicazione, per l'impossibilità di stipulare il contratto addebitabile all'aggiudicatario”*.

La questione, dunque, sta nelle mani della stazione appaltante, che nella elaborazione degli atti di gara deve trovare il giusto equilibrio come sopra indicato nelle contrapposte esigenze di garanzia della serietà dell'offerta e di sostenibilità economica della partecipazione alla gara.

8. La sentenza n. 722/2022 appena citata è degna di nota anche perché individua una fase pubblicistica – nella sequenza procedimentale che precede la stipula del contratto – dopo l'aggiudicazione, con l'effetto che persiste la giurisdizione esclusiva del g.a. ai sensi dell'art. 133 d.lgs. n. 104/2010.

In particolare, il Consiglio di Stato riconduce a questa fase tutti quegli atti che, seppur successivi appunto all'aggiudicazione, riguardano comunque la procedura di affidamento.

Tra questi atti rientra il provvedimento di *“decadenza”* dall'aggiudicazione (detto anche di *“revoca”* dell'aggiudicazione o di *“esclusione”* dell'operatore economico, anche se sopravvenuto all'espletamento della gara) adottato nei confronti dell'aggiudicatario per mancanza dei requisiti, generali o speciali di partecipazione emersa dopo l'aggiudicazione, in occasione della verifica ai sensi del comma 7 dell'art. 32, d.lgs. 50/2016, ovvero per inottemperanza ad obblighi di allegazione documentale preordinati alla stipulazione del contratto o per mancata attuazione di altri adempimenti condizionanti comunque la stipulazione del contratto, quali quelli concernenti il possesso dei requisiti di esecuzione.

Interessante a questo proposito è anche l'affermazione secondo cui *“il concorrente interessato alla correttezza della verifica del possesso dei requisiti da parte dell'amministrazione nei confronti dell'aggiudicatario è legittimato a contestarne l'operato, impugnando l'aggiudicazione e gli atti successivi. (...) l'operatore economico concorrente, in specie*

classificatosi in graduatoria subito dopo l'aggiudicatario, è portatore di una posizione giuridica qualificata di interesse legittimo alla correttezza dei provvedimenti assunti dall'amministrazione nella fase di verifica precedente e propedeutica alla stipulazione del contratto con l'aggiudicatario ed ha un interesse concreto e attuale al loro annullamento (non un interesse di mero fatto come affermato in sentenza: punto 6.3), ogniqualvolta deduca l'inefficacia (definitiva) dell'aggiudicazione, che, se dichiarata dall'amministrazione con provvedimento di decadenza, gli consentirebbe di subentrare nell'affidamento".

Da qui la possibilità per l'operatore non aggiudicatario di impugnare ad es. la presa d'atto dell'efficacia dell'aggiudicazione e/o la mancata dichiarazione di decadenza dell'aggiudicazione, implicitamente contenuta nel fatto che l'Amministrazione provvede a sottoscrivere il contratto.

Vi è da dire che sempre il Consiglio di Stato, nella sentenza del 23 febbraio 2022, n. 1283, ha precisato infatti che il doveroso controllo dei requisiti prima della stipulazione del contratto, quali quelli di esecuzione (anche in quel caso si trattava dei centri cottura), non viene comunque meno perché *medio tempore* è stato sottoscritto il contratto.

In questa prospettiva è stato ritenuto fondato il ricorso per silenzio inadempimento proposto dall'operatore non aggiudicatario, legittimato a obbligare la stazione appaltante a verificare la sussistenza dei prescritti requisiti in quanto portatore di interesse qualificato (quale quello di subentrare nell'appalto, come precisato nella precedente sentenza n. 722/2022), non risultando ostativo appunto il fatto che nel frattempo sia stato concluso il contratto, in quanto la mancanza dei requisiti priva di efficacia l'aggiudicazione e consente all'amministrazione di agire in autotutela, con possibile dichiarazione di inefficacia del contratto stesso.

Dunque, la disponibilità del centro cottura richiesta in una gara per la ristorazione assume decisivo rilievo sia come requisito di partecipazione conseguibile con un contratto di avvalimento, sia come requisito di esecuzione, la cui presenza va declinata e provata a seconda di quanto previsto negli atti di gara.

Obblighi dichiarativi, limite temporale di rilevanza dei gravi illeciti professionali e principio del “one shot” temperato

di *Matteo Scarbaci*

CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA, sez. giurisd., 3 giugno 2022, n. 668 – Pres. Taormina; Est. Buricelli – M.S. s.p.a. (*Avv.ti* Lo Duca e Cataldi) c. A.S.P.M.S.O. (*Avv. Distr. Stato*), N.G. s.r.l. (*Avv.ti* Bivona e Capizzi) e H. s.p.a. (*n.c.*)

Contratti della p.a. – Appalti pubblici – Gara – Obblighi dichiarativi ed informativi – Gravi illeciti professionali – Omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione – Principio dell’one shot temperato

Deve ritenersi irrilevante il fatto costitutivo di una delle cause di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c), in relazione al disposto di cui al comma 10-bis dello stesso art. 80, che sia stato commesso oltre tre anni prima della indizione della procedura di gara, non essendo il fatto stesso idoneo a fondare un giudizio attuale di (in)affidabilità dell’operatore. Il decorso del periodo triennale, dalla data della commissione del fatto, esclude cioè qualsiasi rilevanza alla condotta e non è perciò in grado di fondare un giudizio attuale sulla affidabilità dell’operatore economico. In applicazione del principio dell’one shot temperato, la p.a., a seguito dell’annullamento di un proprio atto, è tenuta a riesaminare l’affare nella sua interezza, con definitiva preclusione per l’avvenire di decisioni sfavorevoli per il privato, ancorché riguardanti aspetti o profili della questione non valutati in precedenza.

FATTO E DIRITTO

Omissis

1. Il RTI M. si è aggiudicato, con delibera presidenziale n. 94/19 del 24 settembre 2019, la gara indetta dall’ASPMSO (A.) per l’affidamento biennale del servizio di vigilanza armata e controllo degli accessi ai varchi delle aree portuali di C., ivi incluso il servizio di portierato e “control room” presso l’Ufficio territoriale di C.

In sede di verifica del possesso dei requisiti, l’A. ha, tuttavia, annullato in autotutela l’aggiudicazione con delibera commissariale n. 1/20 dell’8 gennaio 2020, una volta rilevata l’esistenza in capo ad uno dei soci dell’istituto di vigilanza (*Omissis*), di n. 3 decreti penali di condanna non dichiarati in sede di gara. Tale circostanza impedirebbe, ad avviso dell’A., la sottoscrizione del contratto di appalto con il RTI M. *atteso che i fattori ostativi evidenziatisi alla concretizzazione del rapporto contrattuale sono oggettivi e riconosciuti dall’univoca giurisprudenza amministrativa in merito, avendo una delle società concorrenti, facenti parte dell’ATI, volontariamente taciu-*

to una condanna penale, ancorché intervenuta con decreto penale di condanna, per i discendenti profili di fedeltà e affidabilità della medesima concorrente che, nel caso specifico, ha correlato la propria offerta con una falsa attestazione. Con il richiamo alla “falsa attestazione”, l’A. emanante risulta avere fatto riferimento alla previsione espulsiva di cui alla lett. f-bis) del comma 5 dell’art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, concernente dichiarazione non veritiera.

Il RTI M. ha impugnato dinanzi al T.A.R. di Catania il provvedimento di annullamento in autotutela dell’aggiudicazione per due ragioni. Da una parte, ha sottolineato che i tre decreti penali di condanna si riferivano a reati ormai depenalizzati e che, quindi, non sussisteva alcun obbligo di dichiararli. Dall’altra, ha evidenziato che comunque il raggruppamento non ha reso alcuna falsa attestazione da cui consegua automaticamente la sanzione espulsiva, ma – a tutto voler concedere – si è reso responsabile di un’omessa dichiarazione che può giustificare l’adozione di un provvedimento espulsivo solo in virtù di un apprezzamento motivato della stazione appaltante che integri una prognosi sfavorevole sull’affidabilità dell’operatore economico.

Con sentenza n. 565/2020 il T.A.R. Catania ha rigettato il ricorso, sull’assunto che verrebbe in questione, nel caso in esame, una omissione di informazione dovuta ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, che ricadrebbe di per sé nella ipotesi del grave illecito professionale e sarebbe tale da comportare l’esclusione diretta dalla procedura del RTI M. I fatti che hanno condotto all’emanazione dei tre decreti penali sarebbero direttamente connessi allo svolgimento dell’attività professionale e, pertanto, essi risulterebbero potenzialmente idonei a minare l’affidabilità dell’operatore economico, con la conseguenza che gli stessi dovevano essere puntualmente rappresentati alla stazione appaltante per consentire un corretto svolgimento della procedura di selezione.

A seguito della sentenza sopra indicata, l’A. ha, altresì, disposto l’aggiudicazione della gara alla seconda classificata N. G. con delibera presidenziale n. 5/20 del 16 marzo 2020.

Il RTI M., da un lato, ha proposto appello al CGARS per la riforma della sentenza n. 565/2020 del T.A.R. Catania. Dall’altro, ha impugnato, sempre dinanzi al T.A.R. Catania, il successivo provvedimento di aggiudicazione della gara a N.G.

Con la sentenza n. 1033/2020 del 16 novembre 2020 – in virtù dell’accoglimento del secondo motivo d’appello – questo CGARS ha disposto *la riforma, per quanto di ragione, della sentenza in epigrafe, l’annullamento della delibera commissariale di annullamento in via di autotutela n. 1/2020 dell’8 gennaio 2020 e l’obbligo per l’autorità amministrativa di (ri)provvedere, “ora per allora”, entro 60 giorni, decorrenti dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza, ovvero dalla notificazione della stessa, se anteriormente effettuata, sulla esclusione, o meno, della società (già) aggiudicataria, valutando motivatamente e in concreto la “rilevanza sviante” della informazione omessa e la idoneità dei precedenti dell’operatore economico al fine di porre in dubbio, o no, la integrità e affidabilità dello stesso, avendo riguardo alle caratteristiche degli episodi descritti sopra, al p. 4.4. e di tutti gli altri elementi utilmente ravvisabili, e tenendo conto di quanto statuito al p. 4. della presente sentenza.* Con la sentenza n. 3114/2020 il T.A.R. Catania ha, poi, annullato il provvedimento con cui l’A. aveva disposto l’aggiudicazione della gara in favore di N.G. Nella sentenza n. 1033/2020 questo CGARS ha sottolineato tra l’altro che *l’eventuale violazione degli obblighi informativi da parte dell’operatore partecipante alla gara può cioè giustificare l’esclusione solo se, all’esito di una valutazione compiuta in concreto su tutte le circostanze del caso rilevanti (tra cui, da una parte, l’oggettiva non gravità e risalenza nel tempo degli episodi, dall’altra un vaglio incentrato anche sulla riferibilità delle condotte alla attività;*

altri elementi di valutazione ancora), la stazione appaltante ritenga, con motivazione adeguata, che la integrità o affidabilità di tale operatore sia posta in dubbio (cfr. il § 4.7 della sentenza).

2. Con la delibera n. 2/2021 l'A. ha disposto (nuovamente) l'esclusione di parte ricorrente dalla gara, e ha aggiudicato la gara medesima alla controinteressata N.G. Nella delibera n. 2/2021 l'A. ha considerato che l'omissione informativa costituirebbe "ex se" una causa di esclusione del RTI M. dalla gara, in quanto lesiva di suo del rapporto fiduciario tipico dei contratti di appalto, *a prescindere dalla gravità o qualità degli episodi omessi o non dichiarati, per il solo fatto di minare l'affidabilità in futuro del contraente medesimo* (cfr. il punto 3. della parte motiva del provvedimento). Nella motivazione della delibera si fa riferimento in particolare *alla connessione diretta (tra i fatti sanzionati e lo) svolgimento dell'attività professionale di cui al servizio da appaltare, sì che essi risultano potenzialmente idonei a minare l'affidabilità dell'operatore economico, con la conseguenza che gli stessi dovevano essere puntualmente rappresentati alla stazione appaltante onde consentire un corretto svolgimento della procedura di selezione* (cfr. punto 5 della parte motiva). L'A. soggiunge che è *onere di ogni operatore economico portare a conoscenza della stazione appaltante tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, anche se le medesime non costituiscono cause tipiche di esclusione, in modo da consentire all'Amministrazione procedente un'adeguata e ponderata valutazione sull'affidabilità e integrità del concorrente, a prescindere dalla gravità e pertinenza degli episodi omessi, non potendo l'operatore economico partecipante valutare, "ex auctoritate sua" la rilevanza dei precedenti penali da comunicare alla stazione appaltante* (cfr. punto 6 della parte motiva). Nel caso di specie, *l'omessa dichiarazione ha oggettivamente influenzato il processo logico valutativo della stazione appaltante, in diritto, in ordine all'applicazione dell'art. 80, comma 5, lettere c) e f bis), e per i profili di opportunità, stante la diretta connessione dei fatti storici omessi con lo svolgimento dell'attività professionale richiesta con il servizio da appaltare, risultando essi idonei a minare l'affidabilità del citato operatore reticente* (cfr. punto 7 della parte motiva).

Omissis

3. Con ricorso n.r.g. 166/2021 proposto dinanzi a questo CGA, M. ha chiesto l'ottemperanza alla sentenza n. 1033/2020, e la declaratoria di nullità, ovvero, in via subordinata, previa conversione dell'azione, l'annullamento della delibera pres. A. n. 2/2021.

Questo CGA, con la sentenza n. 520/2021, nel definire il giudizio di ottemperanza proposto dall'Istituto di vigilanza in osservanza del principio di priorità del giudizio di ottemperanza nel caso di riesercizio del potere (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., n. 2/2013), ha respinto le censure di nullità, per violazione od elusione del giudicato, escludendo che la delibera n. 2/2021 abbia riprodotto i medesimi vizi già censurati da questo Consiglio con la sentenza n. 1033/2020. Quanto ai profili di "illegittimità ordinaria" di cui al p. 4. del ricorso per ottemperanza, da pag. 17, questo CGA si è dichiarato incompetente e ha indicato, quale giudice competente, il T.A.R. di Catania, dinanzi al quale l'azione di impugnazione avrebbe potuto essere riassunta nelle forme e nei termini prescritti (v. p. 8.3. ss. sentenza cit.)

Omissis

4. M. ha riassunto il ricorso avanti al T.A.R. Catania, riproponendo i motivi di "illegittimità ordinaria" già avanzati nel ricorso n.r.g. 166/2021. Nella resistenza dell'ASP e delle controinteressate il T.A.R., con la sentenza in epigrafe, ha respinto il ricorso compensando le spese.

Nella motivazione il giudice di primo grado ha considerato anzitutto che pur non sussistendo, anche in diretta applicazione del diritto europeo, e secondo quanto af-

fermato dalla giurisprudenza amministrativa, un obbligo dichiarativo in capo al partecipante per fatti avvenuti oltre i termini, a ritroso, quinquennale e triennale, di cui all'art. 80 cit., comma 5, lett. c) e comma 10 (e 10-bis), tali disposizioni non sembrano affermare l'assoluta irrilevanza della pronuncia penale eventualmente intervenuta. *Non sembra cioè preclusa alla stazione appaltante la possibilità di valutare una condanna penale intervenuta nel periodo in cui essa non può, comunque, giustificare "ex se" l'esclusione per grave illecito professionale (art. 80, quinto comma, lettera c) o l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione (art. 80, decimo comma), qualora essa appaia connessa con altri indici che, unitariamente considerati, depongano per l'inaffidabilità del concorrente; e) ciò che, invece, appare illegittimo è l'esclusione dalla procedura sulla scorta del solo fatto risalente, in quanto inidoneo "ex se" a dimostrare l'inaffidabilità dell'impresa; f) non sembra, quindi, che il decorso del tempo determini una sorta di purga integrale del profilo professionale del concorrente, potendo la stazione appaltante ritenere rilevanti, qualora le circostanze del caso lo giustifichino in relazione al complessivo e più generale quadro probatorio, anche pronunce antecedenti al triennio (e che pur non implicino di per sé sole l'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione o il grave illecito professionale).*

Omissis

5. M. ha appellato con quattro motivi. In particolare, sub I), nel *dedurre insussistenza dell'onere dichiarativo e irrilevanza dei fatti oggetto dei tre decreti penali di condanna*; violazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 ed eccesso di potere sotto svariati profili, parte appellante rimarca come il decorso del periodo triennale, dalla data della commissione del fatto, escluda qualsiasi rilevanza alla condotta e non sia perciò in grado di fondare un giudizio attuale sulla affidabilità dell'operatore economico (cfr. art. 57, § 7, Direttiva 2014/24/UE; Cons. Stato, sez. V, n. 6233/2021; CGARS, nn. 501 e 471/2022, queste ultime citate in memoria e richiamate in modo ampio). Il decorso del tempo toglie rilievo a fatti che, appunto, per il tempo trascorso, non rappresentano più un indice sul quale misurare l'affidabilità professionale dell'operatore economico. Diversamente opinando, risulterebbero lesi i principi di proporzionalità e ragionevolezza. La decisione del T.A.R., che consente di valutare tali fatti, anche dopo che è trascorso il periodo di esclusione, finisce per togliere qualsiasi effetto al decorso del periodo stesso. E poiché il periodo di rilevanza triennale andava fatto iniziare dalla data della commissione del fatto e non da quella del suo accertamento definitivo, le condotte in discorso non dovevano essere dichiarate e non potevano essere valutate, in quanto "ultra-triennali". Infatti, due dei decreti penali di condanna risalgono al 2012, e il decreto penale del Tribunale di Gela del 2016 riguardava un fatto - l'omessa trasmissione alla Questura dei turni di servizio settimanali aggiornati, relativamente alle attività di vigilanza sul territorio, con riferimento nello specifico all'impiego di una (sola) guardia particolare giurata - avvenuto nel 2015, dunque oltre i tre anni di rilevanza, dato che il bando di gara è stato pubblicato nel 2019.

Omissis

6. Il Collegio ritiene che l'appello sia fondato e vada accolto, che la sentenza vada riformata e che, per l'effetto, l'esclusione di M. e l'affidamento a N.G. debbano essere annullate, con conseguente dichiarazione della inefficacia del contratto, obbligo della, e ordine alla, stazione appaltante, di assegnare l'appalto all'appellante per il periodo residuo e disporre il subentro dell'Istituto appellante nel contratto.

In via preliminare va chiarito che il punto attinente alla sussistenza, o insussistenza, o alla "estensione", dell'obbligo dichiarativo/informativo; alla omissione, o meno, da parte della concorrente, di informazioni dovute, e ciò in relazione - non, si noti, come valutato nel giudizio del 2020, alla intervenuta depenalizzazione delle condot-

te (depenalizzazione che risulta accertata giudizialmente con riguardo a una sola delle tre fattispecie per le quali erano stati pronunciati i decreti penali di condanna - v. p. 4.4. sent. CGA n. 1033/2020), ma - al carattere assai risalente, e comunque ultratriennale, dei fatti contestati; tale punto specifico, da un lato, non ha costituito un presupposto logico-giuridico della sentenza n. 1033/2020 cit. (cfr. punti 4.4. e seguenti); e dall'altro, è stato nuovamente ritenuto dall'A., nel 2021, nella sua sostanza di "omissione informativa", ragione "ex se" di esclusione di M. dalla procedura.

Dall'altro ancora tale aspetto ha formato oggetto di "affermazioni preliminari", nella sentenza impugnata, in qualche misura favorevoli alla posizione dell'appellante là dove il T.A.R. sostiene, correttamente, che per la giurisprudenza amministrativa in linea di principio va negata rilevanza, quale grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, quinto comma, lett. c) del d.lgs. n. 80/2016, al fatto avvenuto antecedentemente al quinquennio o al triennio, a seconda dei casi, con conseguente insussistenza di obbligo dichiarativo e di esclusione automatica del concorrente dalla procedura; e che non sussiste un obbligo dichiarativo per fatti avvenuti anteriormente al periodo suindicato (quindi - perlomeno per due dei tre decreti penali, risalenti al 2012, anche se poi il T.A.R. ritiene che, in vista del vaglio di affidabilità, pure le pronunce penali intervenute nel 2012 non debbano considerarsi in assoluto irrilevanti).

Ciò precisato preliminarmente, il Collegio reputa che, a differenza di quanto stabilito dall'ASP nella delibera di riesercizio dell'azione amministrativa n. 2/2021, là dove l'omissione informativa viene nuovamente considerata di per sé ragione di esclusione dalla gara, i decreti penali di condanna non dovessero essere né dichiarati dalla concorrente e né valutati dalla A. in sede di rinnovo del giudizio di affidabilità nei confronti della concorrente.

Conformemente, a ben vedere, a quanto affermato dallo stesso T.A.R., il quale circoscrive l'omissione dichiarativa addebitabile alla concorrente al solo episodio che ha portato al decreto penale del 2016, pur giudicando poi legittimo il vaglio di (in)affidabilità in quanto basato sulle condotte che nell'insieme avevano portato alla emissione dei tre decreti penali di condanna, inclusi quelli relativi a fatti anteriori al 2012, è da ritenersi irrilevante il fatto costitutivo di una delle cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) cit., in relazione al disposto di cui al comma 10-bis dello stesso art. 80, che sia stato commesso oltre tre anni prima della indizione della procedura di gara, non essendo il fatto stesso idoneo a fondare un giudizio attuale di (in)affidabilità dell'operatore.

Il decorso del periodo triennale, dalla data della commissione del fatto, esclude cioè qualsiasi rilevanza alla condotta e non è perciò in grado di fondare un giudizio attuale sulla affidabilità dell'operatore economico (cfr. art. 57, § 7, Direttiva 2014/24/UE; Cons. Stato, sez. V, n. 6233/2021 e 4934/2020; CGARS, n. 501 e 471/2022, là dove, tra l'altro, si osserva che *per effetto della diretta applicazione della disposizione unionale, il fatto astrattamente idoneo a integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), cessa di avere rilevanza, a questi fini, una volta decorsi tre anni dalla data della sua commissione; e che se si cumulasse la decorrenza del triennio sia dal fatto illecito che dal giudicato che lo accerta, si prolungherebbe sine die la causa di esclusione, che invece il diritto europeo vuole limitata a tre anni, di tal che si determinerebbe un evidente stato di incertezza per l'operatore economico...* Il decorso del tempo toglie rilievo a fatti che, appunto, per il periodo trascorso dalla loro commissione, non rappresentano più un indice sul quale misurare l'affidabilità professionale dell'operatore economico. Diversamente opinando, risulterebbero lesi i principi di proporzionalità e ragionevolezza, come illustrato dalla recente giurisprudenza alla quale ci si limita a fare rinvio per esigenze di sinteticità. La decisione del T.A.R., che nella sostanza ritiene valutabili tali

fatti, anche dopo che è trascorso il periodo triennale di esclusione, finisce per togliere qualsiasi effetto al decorso del periodo stesso.

Omissis

Dalle considerazioni esposte, assorbito il terzo motivo di gravame, discende l'accoglimento dell'appello e, in riforma della sentenza impugnata, l'accoglimento del ricorso di primo grado e l'annullamento dell'esclusione, e dell'affidamento dell'appalto disposto a favore di N.G.

Sul piano impugnatorio e annullatorio va precisato che, in applicazione del principio del *one shot temperato*, la p.a., a seguito dell'annullamento di un proprio atto, è tenuta a riesaminare l'affare nella sua interezza, con definitiva preclusione per l'avvenire di decisioni sfavorevoli per il privato, ancorché riguardanti aspetti o profili della questione non valutati in precedenza (Consiglio di Stato, sez. IV, n. 3095/2020 e sez. VI, 3480/2022, con ampi richiami di giurisprudenza).

Ben conosce il Collegio che su tali tematiche debba riscontrarsi, secondo gli insegnamenti della giurisprudenza, un potere valutativo esclusivo dell'Amministrazione; ed a tale insegnamento (art. 34, comma 2, c.p.a., prima parte) si è conformata la decisione di questo CGARS n. 1033/2020 del 16.11.2020 che, infatti, ha sollecitato l'amministrazione al riesercizio del proprio potere valutativo (secondo la formula generica del "salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione" da sempre patrimonio della giurisdizione amministrativa); vi è però che, proprio in ossequio al principio del *one shot temperato*, una volta che tale riesercizio sia stato reso, e nuovamente sia stato annullato dal Giudice, la conseguenza è che si sia azzerata la discrezionalità valutativa demandata all'Amministrazione: ciò sta proprio a fondamento della detta "regola" di matrice pretoria e sinora non messa in dubbio da alcuno, ché altrimenti le liti non avrebbero mai fine.

Sul piano degli effetti contrattuali, va quindi accolta la richiesta diretta alla declaratoria della inefficacia del contratto tra N.G. e ASP, stipulato in data 30 settembre 2021 per una durata biennale. Ciò in base a quanto dispone l'art. 122 del c.p.a., limitatamente alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione della presente sentenza, e con l'obbligo per la stazione appaltante di riprovedere sulla procedura alla luce delle statuizioni contenute in questa sentenza, e di disporre l'affidamento del servizio, sussistendone le condizioni, a favore dell'Istituto appellante, entro 30 giorni dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza ovvero dalla notificazione della stessa, se anteriormente avvenuta. Come rammentato dall'appellante al p. IV) dell'atto di impugnazione, l'interesse di M. è rivolto sia al subentro nell'appalto e alla stipula del contratto con l'A. - per il periodo che residua, vale a dire fino al 30 settembre 2023 - e sia al risarcimento del danno sofferto per via dell'illegittimo provvedimento di esclusione adottato dall'A. Si dispone pertanto che, non appena interverrà l'aggiudicazione, entro il termine suindicato, l'Istituto appellante subentri nel contratto con la stazione appaltante.

Omissis

Commento

Con la sentenza in commento, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (di seguito "CGARS") si pronuncia su due questioni interpretative tra loro differenti ma strettamente collegate nella fattispecie concreta sottoposta alla sua attenzione.

La prima, relativa alla durata e alle caratteristiche – soprattutto con riferimento al momento iniziale e al momento finale – del periodo temporale in cui possono assumere rilevanza fatti integranti gli estremi dei “*gravi illeciti professionali*”, ai fini della partecipazione alla procedura d'appalto. Tale questione, in particolare, consente di stabilire se la sussistenza di tali fatti, nel caso in cui tra la loro commissione e l'indizione della procedura di gara sia decorso un rilevante lasso di tempo: *a*) sia oggetto di un obbligo dichiarativo nei confronti della stazione appaltante; *b*) possa fondare un giudizio prognostico negativo sull'affidabilità o integrità dell'operatore economico, tale da giustificare l'esclusione della sua partecipazione alla gara. La seconda questione ermeneutica, invece, concernente i presupposti necessari affinché possa trovare applicazione il principio, di matrice pretoria, del “*one shot temperato*”.

Per una migliore comprensione delle ragioni poste a fondamento della decisione, risulta utile ricostruire sinteticamente per punti l'articolata vicenda deferita all'esame del Supremo Consesso amministrativo.

La vicenda

1) Con delibera n. 94 del 2019, l'ASPMSO (nel prosieguo “A.”) aggiudicava al RTI M.S. l'appalto biennale avente ad oggetto il servizio di vigilanza armata e controllo degli accessi ai varchi delle aree portuali di C., incluso il servizio di portierato e “*control room*” presso l'Ufficio territoriale di C.

2) In sede di verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario⁽¹⁾, tuttavia, l'A. rilevava, in capo ad uno dei soci dell'istituto di vigilanza partecipante al RTI, l'esistenza di tre decreti penali di condanna (due risalenti al 2012 e uno adottato nel 2016) con i quali venivano sanzionati dei fatti attinenti allo svolgimento dell'attività professionale e, in quanto tali, riconducibili alla nozione di “*gravi illeciti professionali*” di cui all'art. 80, comma 5, lett. *c*) del d.lgs. 50/2016⁽²⁾.

La circostanza che la sussistenza di tali decreti penali non era stata dichiarata dal RTI M.S. in sede di presentazione dell'offerta, portava l'A. ad agire in autotutela, annullando l'aggiudicazione con delibera n. 1 del 2020. Secondo l'A., infatti, l'omessa dichiarazione da parte del RTI delle pregresse condanne penali, rappresentava una condotta integrante gli estremi della “*dichiarazione non veritiera*”, annoverata

.....

(1) Verifica effettuata ai sensi dell'art. 32, comma 7 del d.lgs. 50/2016.

(2) In base all'art. 80, comma 5, lett. *c*) del d.lgs. 50/2016, in particolare, la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora “*dimostrati con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*”.

dall'art. 80, comma 5, lett. *f-bis*)⁽³⁾ tra le causa di esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione alla procedura di gara e, come tale, ostativa alla sottoscrizione del contratto di appalto con il RTI M.S.

3) Avverso il provvedimento di annullamento in autotutela, il RTI M.S. proponeva ricorso dinanzi al T.A.R. di Catania sostenendo l'insussistenza:

- a) di uno specifico obbligo di dichiarare la sussistenza dei tre decreti penali di condanna in sede di partecipazione alla gara, in quanto aventi ad oggetto dei reati ormai depenalizzati;
- b) di una condotta di falsa attestazione da parte del RTI, da cui potesse conseguire automaticamente la sanzione espulsiva.

La condotta posta in essere dal RTI, secondo parte ricorrente, era eventualmente idonea ad integrare gli estremi di un'omessa dichiarazione che, al contrario, poteva giustificare l'adozione di un provvedimento espulsivo solo in virtù di un apprezzamento motivato della stazione appaltante che desse luogo ad una prognosi sfavorevole sull'affidabilità dell'operatore economico.

4) Con sentenza n. 565/2020⁽⁴⁾ il T.A.R. Catania rigettava il ricorso. Secondo il giudice amministrativo, infatti, il RTI M.S. ometteva di fornire alla stazione appaltante un'informazione dovuta ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione⁽⁵⁾. In particolare, della sussistenza dei tre decreti penali di condanna – con i quali venivano sanzionati dei fatti direttamente connessi allo svolgimento dell'attività professionale e qualificabili come “*gravi illeciti professionali*” – la stazione appaltante doveva essere puntualmente informata, trattandosi di fatti idonei a minare l'affidabilità dell'operatore economico.

A seguito della sentenza sopra indicata, l'A. disponeva l'aggiudicazione della gara, con delibera presidenziale n. 5/20, a favore della seconda classificata. Il RTI M., invece, proponeva appello al CGARS per la riforma della sentenza n. 565/2020 e impugnava, dinanzi al T.A.R. Catania, la delibera n. 5/20 dell'A. di aggiudicazione della gara a favore della seconda classificata.

5) In accoglimento dell'impugnazione proposta avverso la sentenza n. 565/2020 il CGARS, con sentenza n. 1033/2022⁽⁶⁾, disponeva la

.....
 (3) L'art. 80, comma 5, lett. *f-bis*), in particolare, prevede l'esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione alla procedura d'appalto nel caso in cui lo stesso “*presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere*”.

(4) T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 5 marzo 2020, n. 565.

(5) Secondo il T.A.R. Catania, quindi, la condotta del RTI M.S. integrava gli estremi della causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 5, lett. *c)-bis* del d.lgs. n. 50/2016, sussistente qualora l'operatore economico “*abbia omissso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*”.

(6) Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sezione giurisdizionale, 16 novembre 2020, n. 1033.

riforma della sentenza del T.A.R. Catania, l'annullamento della delibera n. 1/20 – con la quale l'A. aveva provveduto ad annullare in via di autotutela l'aggiudicazione dell'appalto al RTI M.S. – e disponeva l'obbligo per l'A. di riprovvedere, *“ora per allora”*, entro 60 giorni sulla esclusione o meno del RTI M.S. *“valutando motivatamente e in concreto la “rilevanza sviante” della informazione omessa e la idoneità dei precedenti dell'operatore economico al fine di porre in dubbio, o no, la integrità e affidabilità dello stesso”* avendo riguardo alle caratteristiche degli episodi oggetto dei decreti penali di condanna, della cui sussistenza l'autorità amministrativa non era stata informata, *“e di tutti gli altri elementi utilmente ravvisabili”*⁽⁷⁾.

Secondo il CGARS, infatti, la mera violazione degli obblighi informativi da parte dell'operatore economico non era idonea a determinare un'automatica esclusione dello stesso dalla procedura di gara essendo necessario, invece, che la stazione appaltante *“all'esito di una valutazione compiuta in concreto su tutte le circostanze del caso rilevanti... ritenga, con motivazione adeguata, che la integrità o affidabilità di tale operatore sia posta in dubbio”*.

Il T.A.R. Catania⁽⁸⁾, successivamente, provvedeva ad annullare il provvedimento dell'A. di aggiudicazione della gara a favore della seconda classificata.

6) A seguito delle pronunce giurisprudenziali sopra indicate, l'A. con delibera n. 2/2021 provvedeva, per la seconda volta, a disporre l'esclusione del RTI M.S. dalla gara e ad aggiudicare la stessa alla seconda classificata.

I motivi alla base della decisione dell'autorità amministrativa possono essere così sintetizzati:

- a) l'omissione informativa posta in essere dal RTI M.S. portava inevitabilmente, secondo l'A., all'esclusione dello stesso dalla procedura di gara. Tale condotta, infatti, a prescindere dalla gravità o qualità degli episodi omessi o non dichiarati, risultava lesiva del rapporto fiduciario posto alla base di qualsiasi contratto di appalto ed idonea a minare l'affidabilità in futuro del contraente medesimo;
- b) è onere di ogni operatore economico, precisa l'A., portare a conoscenza della stazione appaltante tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, anche nell'ipotesi in cui le stesse non rientrino tra le cause tipiche di esclusione. Ciò al fine di consentire alla pubblica amministrazione di valutare in maniera adeguata

(7) Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sezione giurisdizionale, n. 1033/2020 cit.

(8) T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 23 novembre 2020, n. 3114.

l'affidabilità e integrità del concorrente, a prescindere dalla gravità e pertinenza degli episodi omessi, non potendo l'operatore discrezionalmente valutare la rilevanza dei precedenti penali da comunicare alla stazione appaltante;

c) l'omessa dichiarazione da parte del RTI M.S. sulla sussistenza di tre decreti penali di condanna, come indicato nella delibera n. 2/2021 *“ha oggettivamente influenzato il processo logico valutativo della stazione appaltante, in diritto, in ordine all'applicazione dell'art. 80, comma 5, lettere c) e f-bis), e per i profili di opportunità, stante la diretta connessione dei fatti storici omessi con lo svolgimento dell'attività professionale richiesta con il servizio da appaltare, risultando essi idonei a minare l'affidabilità del citato operatore reticente”* e rappresentava una condotta non rispettosa dei principi di lealtà e affidabilità professionale previsti dalle norme sui contratti pubblici.

7) Il RTI M.S., quindi, decideva di proporre ricorso avanti al CGARS per ottenere l'ottemperanza della sentenza n. 1033/2020 e la declaratoria di nullità ovvero, in via subordinata e previa conversione dell'azione, l'annullamento della nuova decisione sfavorevole assunta nei suoi confronti dall'A. Nel definire il giudizio di ottemperanza il CGARS, dopo aver respinto le censure di nullità della decisione dell'A. per violazione o elusione del giudicato, si dichiarava incompetente con riferimento ai profili di *“illegittimità ordinaria”* sollevati nel ricorso per ottemperanza, indicando il T.A.R. Catania quale autorità giurisdizionale competente al loro esame.

8) Il T.A.R. Catania provvedeva⁽⁹⁾, successivamente, a respingere il ricorso riassunto dinanzi allo stesso dal RTI M.S. occupandosi, nella motivazione della sentenza, del rapporto sussistente tra: obbligo dichiarativo posto in capo all'operatore economico partecipante alla gara, decorso del tempo e rilevanza della sussistenza di *“gravi illeciti professionali”*, potere valutativo della stazione appaltante di esclusione dell'operatore dalla procedura di gara. Secondo il giudice amministrativo, in particolare:

a) *“pur non sussistendo un obbligo dichiarativo in capo al partecipante per fatti avvenuti oltre i termini, a ritroso, quinquennale e triennale, di cui all'art. 80 cit., comma 5, lett. c) e comma 10 (e 10-bis), tali disposizioni non sembrano affermare l'assoluta irrilevanza della pronuncia penale eventualmente intervenuta”*. In questi casi, precisa il T.A.R., *“la stazione appaltante, conserva comunque la possibilità di valutare una condanna penale intervenuta nel periodo in cui essa non può, comunque, giustificare “ex se” l'esclusione per grave illecito*

.....

(9) T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 20 settembre 2021, n. 2841.

professionale (art. 80, quinto comma, lettera c) o l'incapacità di contrattare con la Pubblica Amministrazione (art. 80, decimo comma), qualora essa appaia connessa con altri indici che, unitariamente considerati, depongano per l'inaffidabilità del concorrente". Dovendosi, al contrario, ritenere illegittima l'esclusione dalla procedura di gara "sulla scorta del solo fatto risalente, in quanto inidoneo "ex se" a dimostrare l'inaffidabilità dell'impresa".

Secondo il T.A.R., in altri termini, il mero decorso del tempo non determina una sorta di "purga integrale" del profilo professionale del concorrente potendo la stazione appaltante, invece, ritenere rilevanti, qualora le circostanze del caso lo giustificino in relazione al complessivo e più generale quadro probatorio, anche pronunce giurisdizionali risalenti nel tempo ed aventi ad oggetto, ad esempio, fatti integranti gli estremi di "gravi illeciti professionali".

b) nel caso sottoposto alla sua attenzione, precisa il T.A.R. *"l'Amministrazione ha effettuato una valutazione in concreto... reputando significativa, sotto il profilo dell'affidabilità del concorrente, la duplice circostanza dell'omissione dichiarativa (con riferimento al decreto penale infra-triennale) e delle intervenute violazioni che avevano condotto all'emanazione dei tre decreti penali".*

In coerenza con tali argomenti, il T.A.R. Catania riteneva che i due decreti penali di condanna del 2012 nei confronti di uno dei soci dell'istituto di vigilanza partecipante al RTI M.S., e i fatti a essi sottesi, potevano essere oggetto di valutazione da parte dell'A., seppure unitamente al decreto penale del 2016, e ad altri elementi ritenuti significativi, ai fini della valutazione di affidabilità dello stesso RTI M.S. Il decorso del tempo, come precisato dal T.A.R., non ha tolto rilevanza alle condotte del concorrente potenzialmente rilevanti sul piano professionale.

Avverso la sentenza del T.A.R. Catania, interponeva appello il RTI M.S. deducendo l'insussistenza dell'onere dichiarativo e l'irrilevanza dei fatti oggetto dei tre decreti penali di condanna.

Ricostruita nei termini di cui sopra la complessa vicenda sottoposta all'esame del CGARS è possibile, nel prosieguo, passare alla disamina delle ragioni che hanno portato il Collegio ad accogliere l'appello proposto dal RTI M.S. e, di conseguenza, ad annullare il provvedimento dell'A. di esclusione del RTI M.S. e di affidamento dell'appalto alla seconda classificata, a dichiarare l'inefficacia del contratto stipulato dalla stazione appaltante con la seconda classificata, ad ordinare alla stazione appaltante di assegnare l'appalto all'appellante per il periodo residuo e a disporre il subentro dell'appellante nel contratto.

La decisione del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana

Per dirimere la controversia sottoposta alla sua attenzione, il CGARS affronta, in via preliminare, la questione ermeneutica afferente al limite temporale di rilevanza di fatti integranti gli estremi dei “*gravi illeciti professionali*” di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, commessi in un periodo antecedente rispetto alla data di indizione della procedura per l’affidamento di un appalto. Molte volte, infatti, può accadere che tra la realizzazione del “grave illecito professionale” e il momento di avvio di una procedura per l’affidamento di un appalto intercorra un rilevante lasso di tempo.

La risoluzione di tale questione, in via generale, consente di stabilire se il decorso di un determinato periodo di tempo sia idoneo a privare di rilevanza tali fatti, determinando il *venir meno*: a) di uno specifico obbligo dichiarativo concernente la sussistenza degli stessi, in sede di partecipazione alla procedura di gara; b) della possibilità per la stazione appaltante di tener conto e di valutare tali fatti ai fini della formulazione di un giudizio prognostico sull’integrità o affidabilità dell’operatore economico. L’esito negativo di tale giudizio, come precisato dallo stesso art. 80, comma 5, lett. c) cit., consente di escludere l’operatore stesso dalla partecipazione alla procedura d’appalto.

Nella sua decisione il CGARS riflette, innanzitutto, sulla effettiva sussistenza di un obbligo dichiarativo in capo al RTI M.S. con riferimento ai tre decreti penali di condanna (due del 2012 e uno pronunciato nel 2016) con i quali venivano sanzionati dei fatti, in capo ad uno dei soci dell’istituto di vigilanza partecipante al RTI M.S., integranti gli estremi dei “*gravi illeciti professionali*” di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016. L’insussistenza di tale obbligo, infatti, permette di escludere che il RTI M.S. sia incorso in una “*omissione di informazioni dovute*” in sede di partecipazione alla procedura di gara e, di conseguenza, di ritenere che l’esclusione della stessa disposta dalla stazione appaltante sia avvenuta in maniera legittima. Il giudice amministrativo, poi, affronta il tema della possibilità per la stazione appaltante di tener conto, ai fini dell’esclusione della partecipazione dell’operatore economico dalla gara, di “*gravi illeciti professionali*” risalenti nel tempo rispetto al momento di indizione della procedura di gara, concentrando la sua attenzione sul momento iniziale (*dies a quo*) e finale (*dies ad quem*) del periodo di rilevanza dei fatti stessi.

Secondo il CGARS, in particolare, i decreti penali di condanna non dovevano essere dichiarati dalla concorrente e non potevano essere valutati dall’A. in sede di rinnovo del giudizio di affidabilità nei suoi confronti (giudizio che, secondo l’A., aveva avuto un esito negativo,

portandola ad escludere il RTI M.S. dalla gara e ad aggiudicare l'appalto alla seconda classificata). Ciò in quanto tra la data di commissione dei “*gravi illeciti professionali*” sanzionati dai decreti penali (due fatti commessi nel 2012 e uno nel 2015) e l’indizione della procedura di gara da parte dell’A. (2019) era decorso un periodo di tempo superiore ai tre anni.

Per comprendere tale assunto, è necessario ricordare il consolidato orientamento giurisprudenziale⁽¹⁰⁾ formatosi con riferimento all’irrelevanza del fatto integrante gli estremi del “grave illecito professionale” – e quindi astrattamente idoneo a integrare la causa di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) – una volta che siano decorsi più di tre anni dalla data della sua commissione o, in altri termini, qualora lo stesso sia stato realizzato oltre tre anni prima della indizione della procedura di gara.

Tale orientamento, in particolare, si fonda sulla necessità di interpretare l’art. 80, comma 10-*bis* del d.lgs. n. 50/2016 in maniera compatibile con i principi stabiliti in materia dalle norme europee e, segnatamente, con quanto disposto dall’art. 57, paragrafo 7⁽¹¹⁾, della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’U.E., del 26 febbraio 2014. Si è affermato, a tal riguardo, che:

- a) l’art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 non contempla un limite cronologico di carattere generale entro il quale opera la rilevanza dei fatti valutabili come “*gravi illeciti professionali*”;
- b) l’unico riferimento alla durata dell’effetto giuridico impeditivo della partecipazione alle procedure di gara è contenuto nell’art. 80, comma 10-*bis*, il quale – al secondo periodo – prevede che “*nei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza...*”

Anche quest’ultima disposizione, come precisato dalla giurisprudenza, non prevede un limite cronologico superato il quale non risulta più rilevante – per valutare l’affidabilità o l’integrità professionale

.....
 (10) Si veda sul punto, *ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2022 n. 575; Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2020, n. 1605; Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2020, n. 1774; Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2018, n. 6576.

(11) In base all’art. 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24/UE “*in forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell’Unione, gli Stati membri [...] determinano il periodo massimo di esclusione nel caso in cui l’operatore economico non adotti nessuna misura di cui al paragrafo 6 per dimostrare la sua affidabilità. Se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4*” (paragrafo, quest’ultimo, che - alla lett. c) - contempla la causa di esclusione dell’operatore economico che si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali).

dell'operatore economico – il fatto integrante gli estremi del “*grave illecito professionale*”, ma disciplina unicamente la particolare ipotesi in cui sia intervenuto, nel corso di procedure di gara precedenti, un provvedimento di esclusione nei confronti dell'operatore stesso;

c) stante il silenzio del d.lgs. n. 50/2016 sul momento iniziale e finale e, in generale, sulla durata del periodo temporale di rilevanza dei “*gravi illeciti professionali*” precedentemente commessi, deve trovare diretta applicazione l'art. 57, paragrafo 7, della direttiva 2014/24/UE che prevede, in via generale, un limite cronologico alla rilevanza dei fatti valutabili come gravi illeciti professionali, pari a tre anni dalla data di commissione del fatto stesso.

In altri termini, secondo la giurisprudenza, per effetto della diretta applicazione della disposizione unionale, un fatto astrattamente idoneo a integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), cessa di avere rilevanza, a questi fini, una volta decorsi tre anni dalla data della sua commissione. Da tale assunto consegue che l'eventuale “*grave illecito professionale*” commesso dall'operatore economico oltre tre anni prima della indizione della procedura di gara, non solo non può costituire oggetto di uno specifico obbligo dichiarativo⁽¹²⁾ nei confronti della stazione appaltante ma non risulta neppure idoneo a fondare un giudizio attuale sulla integrità o affidabilità dell'operatore economico da parte della stazione appaltante in quanto “*il decorso del tempo toglie rilievo a fatti che, appunto, per il periodo trascorso dalla loro commissione, non rappresentano più un indice sul quale misurare l'affidabilità professionale dell'operatore economico*”⁽¹³⁾.

L'indirizzo interpretativo appena delineato consente di rispettare, come sostenuto in maniera condivisibile dalla giurisprudenza, uno dei principi cardine dell'agire amministrativo: il principio di proporzionalità. Si ritiene, infatti, che la previsione di un obbligo dichiarativo nei confronti della stazione appaltante (quale, come nel caso oggetto della pronuncia del CGARS, quello inerente alla sussistenza di decreti penali di condanna aventi ad oggetto dei “*gravi illeciti professionali*”) senza l'individuazione di un preciso limite di operatività – che, come si è visto, discende direttamente e in via generale dall'art. 57, paragrafo

.....

(12) Diversamente opinando, infatti, la sussistenza di un obbligo dichiarativo “*potrebbe rilevarsi eccessivamente onerosa per gli operatori economici imponendo loro di ripercorrere a beneficio della stazione appaltante vicende professionali ampiamente datate o, comunque, del tutto insignificanti nel contesto della vita professionale di una impresa*”, in tal senso Cons. Stato, sez. V, 22 luglio 2019, n. 5171; si veda anche Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2019, n. 2895.

(13) Cons. Stato, sez. V, 5 agosto 2020, n. 4934; si veda anche Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2020, n. 5228.

7, della Direttiva 2014/24/UE e si ricollega al triennio successivo alla commissione del fatto – risulterebbe eccessivamente oneroso per gli operatori economici, generando negli stessi uno stato di incertezza sulla effettiva efficacia escludente del “*grave illecito professionale*” commesso in un periodo precedente rispetto a quello di indizione della procedura di gara.

La seconda questione ermeneutica oggetto di scrutinio da parte CGARS concerne l’applicazione, nel caso sottoposto alla sua attenzione, del principio di matrice giurisprudenziale del “*one shot temperato*”⁽¹⁴⁾.

In base a tale principio, in particolare, nel caso in cui si verifichi l’annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento amministrativo, la pubblica amministrazione – qualora eserciti per una seconda volta il potere e, quindi, proceda ad adottare un secondo provvedimento amministrativo – è tenuta a riesaminare l’affare nella sua interezza, sollevando una volta e per tutte ogni questione ritenuta rilevante. Infatti, una volta che il potere sia stato riesercitato dall’autorità amministrativa, e il provvedimento amministrativo sia stato nuovamente e per la seconda volta annullato dal giudice amministrativo, la discrezionalità valutativa demandata all’amministrazione si azzera “*con definitiva preclusione (per l’avvenire, e, in sostanza, per una terza volta) di tornare a decidere sfavorevolmente per il privato*”⁽¹⁵⁾. Come efficacemente sottolineato dalla giurisprudenza, il principio del “*one shot temperato*” consente di raggiungere un punto di equilibrio tra due opposte esigenze rappresentate, da una parte, dalla garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva e, dall’altra, dalla necessità di evitare che l’amministrazione possa riprovedere per un numero infinito di volte ad ogni annullamento in sede giurisdizionale. Diversamente opinando, infatti, alla pubblica amministrazione sarebbe consentito, dopo una sentenza di annullamento, di reiterare illimitatamente il diniego del provvedimento favorevole, mediante provvedimenti sempre diversamente motivati, determinandosi così uno “svuotamento sostanziale della tutela giurisdizionale”.

Considerando che, nel caso di specie, l’A. ha per due volte adottato dei provvedimenti negativi nei confronti del RTI M.S. e tali provvedimenti, per due volte, sono stati oggetto di annullamento da parte del giudice amministrativo, in applicazione del principio sopra menzionato è precluso alla stazione appaltante riesercitare per una terza volta

.....
(14) Si veda, *ex multis*: Cons. Stato, sez. VI, 4 maggio 2022, n. 3480; Cons. Stato, sez. IV, 15 maggio 2020, n. 3095.

(15) Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2020, n. 144.

il potere in senso sfavorevole nei confronti del RTI M.S. con la conseguenza, secondo il CGARS, che deve essere *“accolta la richiesta diretta alla declaratoria della inefficacia del contratto”* stipulato tra la seconda classificata e l'A. e che a favore del RTI M.S. *“deve essere disposto l'affidamento del servizio per il periodo residuo, dovendosi disporre il subentro dello stesso nel contratto”*.

Valutazioni tecniche espletate attraverso la mera attribuzione di un punteggio: può dirsi soddisfatto l'onere motivazionale

di *Alberto Tessier*

T.A.R. CAMPANIA, Napoli, sez. V, 27 giugno 2022, n. 4355 – Pres. Abbruzzese; Est. Di Vita – C.S.Q. ODV (*Avv. La Marca*) contro A.O.R.N.C.N. (*Avv.ti Rega, Cuccurullo e Castaldo*) e a.t.s. I. (*Avv.ti Lettieri e Riccardi*), S. s.p.a. (*n.c.*)

Contratti della p.a. – Appalti pubblici di servizi – Servizio di trasporto ambulanza – Gara – Attribuzione subpunteggi ai criteri di valutazione – Discrezionalità tecnica in capo alla p.a. – Necessità di dimostrare la palese inattendibilità e insostenibilità del giudizio tecnico – Sufficiente motivazione del punteggio numerico

Il sindacato del giudice amministrativo sull'attività valutativa della commissione giudicatrice non è passibile di sovrapporsi a quello della pubblica amministrazione, stante l'elevato tasso di discrezionalità tecnica che connota le fasi procedurali svolte da quest'ultima. La valutazione delle offerte può esprimersi attraverso l'attribuzione di un mero punteggio numerico, purché l'insieme delle voci e delle sottovoci in cui si articola la procedura sia sufficientemente chiaro, analitico e articolato, così da delimitare adeguatamente il giudizio della commissione tra un minimo e un massimo.

DIRITTO

Omissis

Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale in materia, il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio dell'attività valutativa da parte della commissione giudicatrice di gara non può sostituirsi a quello della pubblica amministrazione, in quanto la valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo (Consiglio di Stato, sez. V, n. 173/2019; sez. III, n. 6058/2019 e n. 6572/2018).

Da ciò consegue che per confutare il giudizio della commissione giudicatrice non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto, ciò che nel caso di specie non è accaduto, in quanto non sono emersi travisamenti, errori manifesti o irrazionalità, ma solo margini di fisiologica opinabilità della valutazione tecnico-discrezionale svolta dal seggio di gara.

In altri termini, nella fattispecie in trattazione non si ravvisano profili di manifesta illogicità, travisamento od irragionevolezza, alla luce delle deduzioni difensive delle parti resistenti.

Omissis

Come noto, la valutazione delle offerte in sede di gara pubblica può dirsi sufficientemente motivata a mezzo di un punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione, laddove l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, sia sufficientemente chiaro, analitico e articolato, così da delimitare adeguatamente il giudizio della commissione tra un minimo e un massimo; in tali casi l'*iter* logico seguito in concreto nel valutare le singole offerte è immediatamente comprensibile in quanto integra l'applicazione di puntuali criteri predeterminati e permette, così, di controllarne la logicità e la congruità (Consiglio di Stato, sez. V, n. 2051/2018; T.A.R. Puglia, Lecce, n. 32/2019). In argomento, si ritiene che, in caso di gara secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i criteri di valutazione dell'offerta debbano essere analitici e determinati; di contro, nel caso in cui i criteri siano troppo generici per poter ricostruire le ragioni della valutazione espressa sulla singola offerta, spetta alla commissione il potere di individuare sub-criteri più stringenti, ogni volta in cui ciò si riveli necessario per assicurare la correttezza del procedimento di valutazione delle offerte; se ne evince che, in linea di principio, non sussiste a carico della stazione appaltante, un obbligo di individuazione dei sub-criteri di valutazione, ma, ai sensi dell'art. 95, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, tale obbligo sorge nel momento in cui si intenda attribuire un punteggio numerico alle offerte presentate, senza ulteriore motivazione, in assenza di macro-criteri sufficientemente specifici. In tali ipotesi, in difetto dell'individuazione di sub-criteri, i punteggi numerici attribuiti richiedono una motivazione idonea sulle valutazioni svolte, per rendere trasparente il percorso logico seguito nell'assegnazione dei punteggi (T.A.R. Veneto, n. 431/2018; T.A.R. Reggio Calabria, Catanzaro, n. 1410/2019).

Applicando tali coordinate ermeneutiche alla fattispecie in esame, deve rilevarsi che l'onere motivazionale è stato puntualmente soddisfatto con la previsione *ex ante* di criteri di valutazione sufficientemente circostanziati contenuti nella *lex specialis* e tanto è sufficiente per reputare inconferente la doglianza scrutinata.

Infatti, il disciplinare reca dettagliata indicazione dei parametri di individuazione *Omissis*; non sono quindi predicabili la dedotta mancanza di analiticità della *lex specialis* né l'adozione, ad opera del seggio di gara, di criteri di valutazione dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, visto che gli scrutinati parametri di ponderazione del punteggio risultavano predeterminati nella disciplina di gara.

Omissis

In conclusione, ribadite le svolte considerazioni, il ricorso va conclusivamente rigettato, con condanna della parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio in favore delle controparti costituite, nella misura indicata in dispositivo.

Commento

Con la sentenza in oggetto, il T.A.R. Napoli affronta una questione a lungo dibattuta, ossia l'idoneità del giudizio numerico attribuito dalle commissioni di gara alle offerte pervenute. Nonostante la giurisprudenza sia piuttosto uniforme nel garantire tale spazio di discrezionalità tecnica, si levano voci in senso opposto da parte di chi ritiene che un simile metodo di valutazione rischi di essere immune da qualsiasi

sorta di contestazione. Nelle righe che seguono si cercherà di ricostruire con chiarezza il punto di approdo della giurisprudenza, contemplandone gli eventuali limiti e le visioni delle correnti di pensiero minoritarie.

La vicenda in esame ruota attorno alla procedura di affidamento del servizio di noleggio di trasporto ambulanza da parte di una azienda ospedaliera, i cui atti vengono impugnati dal secondo classificato. In particolar modo, il ricorrente ha censurato le scelte di gara lamentando un'erronea attribuzione dei punteggi per i criteri di valutazione.

Secondo il ricorrente, l'azienda ospedaliera avrebbe attribuito dei punteggi incompatibili con la qualità tecnica dell'offerta, in particolare per quanto riguarda le "attrezzature elettromedicali", il "materiale sanitario" e le "modalità di erogazione del servizio". Il minor o eguale punteggio in relazione a tali criteri non sarebbe in altri termini stato coerente con il livello qualitativo delle prestazioni offerte. Vi sono poi ulteriori due censure che, per ragioni di esposizione, verranno esaminate contestualmente in seguito.

Concentrandosi ora sul tema principale di cui si occupa la sentenza, ovvero quello dei punteggi, preme rilevare come il Collegio abbia imposto un primo arresto già a livello cautelare, affermando l'insindacabilità delle valutazioni coperte da discrezionalità tecnica. Ribadisce in tale pronuncia il T.A.R. Napoli che il proprio giudizio potrebbe estendersi solo laddove le scelte amministrative fossero viziate da manifesta irragionevolezza e illogicità, all'evidenza non ravvisate nella richiesta di sospensiva.

Pur trattandosi di un primo e sommario esame della controversia, quanto statuito in fase cautelare evidenzia con chiarezza il limite del sindacato giudiziale in presenza di un provvedimento caratterizzato da un alto tasso di discrezionalità tecnica. E in effetti, passando a esaminare la decisione di merito, non si registrano particolari cambi di rotta rispetto a quanto anticipato in sede cautelare.

Nella premessa viene infatti statuito che, di fronte all'esercizio di valutazioni connotate da discrezionalità tecnica da parte della commissione, il sindacato del giudice non può sostituirsi a quello della pubblica amministrazione. Tuttavia alla regola generale, come di sovente, si contrappongono delle eccezioni. Spiega infatti il T.A.R. come, per censurare efficacemente il giudizio valutativo di una commissione, non sia sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, ma debba al

contrario esserne evidenziata la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità⁽¹⁾.

L'esercizio di discrezionalità tecnica può essere metaforicamente raffigurato come un "rivestimento" che impermeabilizza il provvedimento da censure di opportunità o convenienza. Tale "protezione" può comunque essere infranta a patto di aggredire le basi su cui si poggia. L'amministrazione deve quindi aver seguito un percorso logico-giuridico non sostenibile o profondamente immotivato ed irrazionale, tale da renderne totalmente inattendibile l'esito.

Il merito delle scelte effettuate – purché appunto non eccedente i delineati limiti – non può essere perciò intaccato dal sindacato giudiziale.

Vale a questo punto la pena muovere un passo indietro ed esaminare con attenzione cosa si intenda per discrezionalità tecnica. Si tratta senz'altro di un concetto ai più familiare, ma la sua esatta individuazione può essere cruciale in fase processuale, proprio in ragione della necessità di adattare le censure alle peculiarità del contesto provvedimentale.

Torna in questo senso utile un pregevole inciso del T.A.R. Sardegna⁽²⁾, secondo cui *"Con l'espressione "discrezionalità tecnica" si indica un'area dell'attività dell'amministrazione posta tra le certezze scientifiche e le certezze giuridiche, in altre parole, tra il diritto e la tecnica.*

Tale attività si concretizza in valutazioni svolte dall'organo amministrativo, fondate su regole e concetti richiamati dalla norma, ma trascendenti il diritto stesso, in quanto propri di scienze non esatte.

Tali valutazioni sono spesso complesse. Per ciò stesso esse sono caratterizzate da un margine di opinabilità. Infatti la scienza fornisce spesso più soluzioni al singolo problema. La determinazione di quale sia la scelta migliore, per i bisogni della pubblica amministrazione, è rimessa alla stessa amministrazione".

Facendosi guidare dalle direttive egregiamente tracciate dal T.A.R. Sardegna, si può concludere che la discrezionalità tecnica si verifica in quei processi decisionali scanditi dal diritto, ma risolti con il solo ausilio delle scienze non esatte. Si pensi ad esempio a un procedimento di stima immobiliare. Per quanto l'estimo sia disciplinato da principi e modalità operative comuni, non vi è modo di stabilire *ex ante* un valore economico di entità certa e definitiva.

.....

(1) *Ex multis* T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 13 luglio 2021, n. 8324, oltre alle pronunce citate in sentenza: Consiglio di Stato, sez. V, n. 173/2019; sez. III, n. 6058/2019 e n. 6572/2018.

(2) T.A.R. Sardegna, sez. I, 19 agosto 2021, n. 604.

È al contrario probabile che, tanti saranno i professionisti incaricati di effettuare una stima, quanti saranno i valori diversi attribuiti al bene. Non vi è infatti una quantificazione economica che sia per definizione corretta, ma ci sono soltanto dei modi di ottenerla coerenti con la scienza che governa la materia.

Lo stesso avviene nella sentenza in esame, dove si è trattato di valutare l'efficienza e la qualità di dispositivi medici e di servizi offerti dalle società concorrenti. Anche in questo caso, è evidente come non vi possa essere un punteggio che *a priori* quantifichi in maniera non opinabile le offerte pervenute, ma al contrario esista uno spazio – più o meno ampio – al cui interno la commissione può muoversi con libertà.

E se il quadro descritto appare fin qui ragionevole e difficilmente contestabile, a poter generare perplessità è la facoltà di esercitare la discrezionalità tecnica attraverso l'attribuzione di un punteggio numerico. Si tratta di un vero e proprio crocevia del diritto amministrativo, che apre la strada a due possibili interpretazioni.

Talvolta il punteggio numerico viene infatti visto positivamente, in quanto idoneo a semplificare l'operato dell'amministrazione in materie in cui – come si è visto – non esiste una motivazione scientificamente esatta. Da una diversa angolazione, tuttavia, il punteggio numerico viene percepito come un meccanismo pericoloso, che rischia di concedere all'amministrazione uno spazio di scelta troppo ampio e allo stesso tempo immune da censure.

La via di mezzo, al momento, non è stata trovata e la giurisprudenza amministrativa appare piuttosto solida nel leggere con favore la facoltà di valutare numericamente documenti aventi natura tecnica, seppure a certe condizioni.

Appare sul punto utile riportare un recente passaggio del Consiglio di Stato⁽³⁾, espressosi nei termini che seguono: *“È appena il caso di ricordare che il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione quando l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, e da rendere con ciò comprensibile l'iter logico seguito in concreto nel valutare i singoli progetti in applicazione di puntuali criteri predeterminati, permettendo così di controllarne la logicità e la congruità, con la conseguenza che solo in difetto di questa condizione, che non si ravvisa nel caso qui esaminato, si rende*

.....
(3) Consiglio di Stato, sez. V, 29 luglio 2022, n. 6696.

necessaria una motivazione dei punteggi numerici (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 11 marzo 2021, n. 2086)”.

Di fatto, la richiamata pronuncia del Consiglio di Stato si muove sui medesimi binari di quella in esame: la valutazione tramite punteggio numerico va ritenuta idonea purché la procedura di gara sia stata sufficientemente chiara ed articolata in merito all’insieme di voci e sotto-voci che compongono il punteggio finale.

In altri termini, se è vero che una mera risultanza numerica potrebbe apparire inidonea sotto il profilo della motivazione, va constatato che tale inadeguatezza viene meno qualora dietro al dato numerico vi siano dei criteri di composizione chiari e verificabili predeterminati dal disciplinare di gara. Solo a queste condizioni, il punteggio finale assume un significato ed una valenza che ne giustificano la compatibilità con l’onere motivazionale.

Si badi che la questione del punteggio numerico ha una rilevanza incredibilmente ampia. Oltre infatti al settore degli appalti, vi è diffusissima giurisprudenza in relazione ai concorsi pubblici o agli esami di abilitazione, con particolare riferimento a quello per la professione forense. Anche in queste circostanze gli elaborati dei candidati vengono generalmente valutati con l’attribuzione di un punteggio su scala numerica e, di sovente, tale modalità di correzione ha sollevato critiche in merito alla trasparenza ed all’imparzialità delle deputate commissioni.

Così numerose sono state le voci di dissenso sollevatesi negli anni, che della questione è stata interessata la Corte costituzionale, la quale, con le sentenze n. 20 del 30 gennaio 2009 e n. 175 dell’8 giugno 2011 *“ha preso atto del «diritto vivente», affermando l’insussistenza di un obbligo di motivazione dei punteggi attribuiti in sede di correzione delle prove d’esame per l’abilitazione alla professione forense, e l’idoneità del punteggio numerico a rappresentare una valida motivazione del provvedimento di inidoneità”*⁽⁴⁾. La giurisprudenza amministrativa non ha potuto che adeguarsi al *decisum* della Corte, respingendo quelle doglianze che non dimostrino la manifesta illogicità, l’arbitrarietà o l’irragionevolezza dei lavori della commissione.

Con le luci e le ombre che sono state analizzate, questo è lo stato della materia in tema di discrezionalità tecnica.

Tuttavia, prima di approfondire gli ultimi aspetti della sentenza in esame, sia permesso rilevare come una soluzione allo spinoso tema della valutazione numerica sembri in realtà esistere.

.....

(4) T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, stralcio, 28 luglio 2022, n. 10724.

Nulla infatti vieta alle commissioni di attribuire sì un punteggio di tipo numerico, ma di circostanziarlo allo stesso tempo con un accenno motivazionale. Si tratta di una libera scelta dell'Amministrazione procedente, in quanto, come si è ribadito, non sussiste alcun obbligo a riguardo, anche se una simile impostazione ha il pregio di rendere più trasparente il percorso valutativo e di rafforzarne la portata motivazionale.

La stessa giurisprudenza amministrativa sembra peraltro apprezzare un simile *modus operandi*, come dimostra questo recente passaggio⁽⁵⁾: “(...) la specificazione della valutazione attraverso l'aggiunta in calce di un giudizio motivazionale aggiunge (...) un ulteriore elemento di trasparenza alla valutazione, di per sé comunque già sufficiente, espressa attraverso il punteggio numerico”.

Appare in definitiva una scelta praticabile, specie in procedure caratterizzate da un basso numero di offerte (o di candidati, in caso di concorsi), quella di accompagnare il punteggio numerico da una breve indicazione delle ragioni che ne costituiscono il fondamento.

Orbene, accanto al macro-tema della discrezionalità tecnica e della valutazione numerica delle offerte ricevute, la sentenza in oggetto presenta due ulteriori profili su cui soffermarsi prima di concludere il presente commento.

Il primo attiene alla previsione di criteri ambientali minimi. Anche in questo caso, il T.A.R. Napoli esonera la commissione da possibili censure sulla base della discrezionalità tecnica. Se da un lato il ricorrente lamentava la mancata previsione di criteri ambientali minimi, dall'altro lato il Collegio ritiene che l'amministrazione abbia ampia discrezionalità nel determinare il criterio di scelta dell'offerta (che in questo frangente premiava quella economicamente più vantaggiosa). Spetta quindi all'amministrazione appaltante decidere come meglio perseguire l'interesse pubblico e tale valutazione non può essere sindacata in sede di legittimità se non per macroscopica illogicità, irragionevolezza o irrazionalità.

Sotto diverso profilo, il Collegio rileva come il ricorrente non abbia dato prova che, ove detti criteri ambientali fossero stati valutati diversamente, tale circostanza avrebbe potuto favorirlo in termini di risultato finale (c.d. prova di resistenza). Anche questo appare un punto di estremo interesse, in quanto sottolinea come, in tema di appalti, non sia sufficiente rilevare delle carenze valutative, ma occorra dimostrare che le stesse – laddove corrette – avrebbero condotto ad un diverso esito della gara.

.....

(5) T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-bis, 21 luglio 2022, n. 10383.

Da ultimo, è interessante rilevare la contestazione da parte del ricorrente della scadenza delle polizze fideiussorie stipulate dalla società aggiudicataria a garanzia dell'offerta presentata. Nemmeno questa censura ha colto nel segno.

Il Collegio ha infatti rilevato come l'art. 93, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 disponga che: *“La garanzia deve avere efficacia per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta. Il bando o l'invito possono richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore, in relazione alla durata presumibile del procedimento, e possono altresì prescrivere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia, su richiesta della stazione appaltante nel corso della procedura, per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione”*.

È quindi chiaro che il rinnovo rappresenta una mera facoltà, rimessa alla scelta dell'amministrazione. In questo caso non vi erano nemmeno disposizioni del bando che innalzassero le previsioni stabilite dal codice degli appalti, ragion per cui nulla poteva essere addebitato all'aggiudicataria in assenza dell'espressa richiesta della stazione appaltante.

In conclusione, quello in esame è stato un rigetto basato sia sullo spazio di discrezionalità tecnica riconosciuto in capo alle amministrazioni aggiudicatrici, sia sulla completezza del bando che – come richiesto dalla giurisprudenza – vantava criteri di valutazione sufficientemente chiari e circostanziati, a garanzia dei limiti imposti all'operato della commissione.

Finché non interviene la formale aggiudicazione, l'esclusione del promissario aggiudicatario, sia pure per fatto a esso riconducibile, non legittima la stazione appaltante ad escutere la garanzia provvisoria

di *Claudio Santarelli*

CONSIGLIO DI STATO, Adunanza Plenaria, 26 aprile 2022, n. 7 – Pres. Frattini; Est. Lopilato – OMISSIS (*Avv.ti* Clarizia, Macri, Pagliarulo e Iasevoli) contro C. di M. (*Avv.ti* Bragante e Maludrottu), Anca – Autorità nazionale anticorruzione (*Avv. Gen. St.*) e Impresa OMISSIS (*Avv.ti* Invernizzi e Manzi)

Contratti della p.a. – Appalto pubblico di servizi – Gara – Proposta di aggiudicazione – Esclusione dalla gara – Garanzia provvisoria – Escussione – Limiti

Il comma 6 dell'art. 93 del d.lgs. n. 50 del 2016 – nel prevedere che la “garanzia provvisoria” a corredo dell’offerta “copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l’aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all’affidatario (...)” – delinea un sistema di garanzie che si riferisce al solo periodo compreso tra l’aggiudicazione e il contratto e non anche al periodo compreso tra la “proposta di aggiudicazione” e l’aggiudicazione.

DIRITTO

Omissis

4. La questione specifica rimessa all’esame dell’Adunanza Plenaria – da risolvere alla luce delle premesse generali sin qui svolte – riguarda l’individuazione dei “soggetti” nei cui confronti può essere escussa la “garanzia provvisoria”.

Nell’ordinanza di rimessione si afferma che, pur non sussistendo precedenti specifici del Consiglio di Stato, potrebbero sorgere “contrastanti giurisprudenziali” e che sia, pertanto, necessario assicurare certezza “nell’interesse non solo degli operatori di settore ma del diritto oggettivo nel suo complesso”.

L’orientamento espresso nell’ordinanza di rimessione è nel senso che i “soggetti” siano non solo l’“aggiudicatario”, ma anche il destinatario di una “proposta di aggiudicazione” per le seguenti ragioni.

In primo luogo, si osserva che occorre valorizzare una interpretazione di “carattere logico-sistematico e teleologico”, che fa emergere “plasticamente l’assoluta identità (...) tra la situazione dell’aggiudicatario e quella in cui versa il soggetto “proposto

per l'aggiudicazione" che, tuttavia, si sia visto rifiutare la formale aggiudicazione, con contestuale esclusione dalla procedura, poiché, all'esito dei controlli operati dalla stazione appaltante proprio in vista della stipulazione del contratto, sia emersa l'assenza, non importa se originaria o sopravvenuta, dei necessari requisiti di legge".

In secondo luogo, si afferma come risulterebbe "contraddittorio e diseconomico obbligare la stazione appaltante a procedere all'aggiudicazione nei confronti del "proposto" e, subito dopo, ad esercitare l'annullamento in autotutela di tale provvedimento per carenza, in capo all'affidatario, di un imprescindibile requisito soggettivo".

5. L'Adunanza plenaria ritiene che deve essere seguito un orientamento diverso da quello proposto dalla quarta sezione con l'ordinanza di rimessione, per ragioni che si fondano sui criteri di interpretazione della legge.

5.1. L'art. 12 delle preleggi dispone che "nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore" (primo inciso). Si tratta dei criteri letterale e teleologico (c.d. *ratio legis*), a cui deve aggiungersi, tra gli altri, il criterio sistematico, il quale impone di avere riguardo anche alle altre norme rilevanti inserite nel contesto di regolazione complessiva della materia.

Il citato art. 12 prevede, inoltre, che "se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato" (secondo inciso). Si tratta dell'interpretazione analogica, che opera in presenza di una lacuna normativa.

In applicazione dei riportati criteri, si perviene ai seguenti esiti.

5.2. Sul piano dell'interpretazione letterale, il comma 6 dell'art. 93 del d.lgs. n. 50 del 2016 è chiaro nello stabilire che "la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario (...)". Il riferimento sia all'aggiudicazione, quale provvedimento finale della procedura amministrativa, sia al "fatto riconducibile all'affidatario" e non anche al concorrente destinatario della "proposta di aggiudicazione" rende palese il significato delle parole utilizzate dal legislatore nel senso di delimitare l'operatività della garanzia al momento successivo all'aggiudicazione (in questo senso anche Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2021, n. 8367, che ha esaminato una questione analoga a quella in esame, con decisione, però, assunta successivamente alla camera di consiglio con cui è stata disposta la remissione all'Adunanza plenaria). Il comma 9 dello stesso art. 93, d.lgs. n. 50 del 2016 prevede, inoltre, che "la stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede contestualmente, nei loro confronti, allo svincolo della garanzia" prestata a corredo dell'offerta.

Il significato letterale della norma è confermato anche dal contenuto degli atti della procedura di gara. Il disciplinare dispone, infatti, che "l'eventuale esclusione dalla gara prima dell'aggiudicazione, al di fuori dei casi di cui all'art. 89, comma 1, non comporterà l'escussione della garanzia provvisoria".

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

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

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

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

Con riguardo alla "proposta di aggiudicazione" formulata dalla commissione di gara, il Codice - che, come già esposto, ha inteso attribuirle natura autonoma - disciplina il rapporto tra essa e l'aggiudicazione. Il destinatario della proposta è ancora un concorrente, ancorché individualizzato. In questa fase si inseriscono i seguenti adempimenti: i) la stazione appaltante, prima dell'aggiudicazione dell'appalto, "richiede all'offerente cui ha deciso di aggiudicare l'appalto (...) di presentare documenti complementari aggiornati", nel rispetto di determinate modalità, per dimostrare la sussistenza dei requisiti generali e speciali di partecipazione alla gara (art. 85, comma 5); ii) la "proposta di aggiudicazione" "è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione da parte dell'organo competente" (art. 33, comma 1); iii) la stazione appaltante, dopo la suddetta approvazione, "provvede all'aggiudicazione" (art. 32, comma 5). Nella prospettiva della tutela, la "proposta di aggiudicazione", essendo atto endoprocedimentale, non è suscettibile di autonoma impugnazione.

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

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

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

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

in via fortettaria i danni subiti dall'amministrazione per violazione delle regole procedurali nonché dell'obbligo di concludere il contratto.

Nel caso di "mancata aggiudicazione" a seguito di una "proposta di aggiudicazione", i motivi di tale determinazione possono dipendere, oltre che da ragioni relative all'offerta, dalla verifica negativa preventiva del possesso dei requisiti di partecipazione del concorrente individuato. In queste ipotesi, contrariamente a quanto affermato nell'ordinanza di rimessione, l'amministrazione non è costretta a procedere all'aggiudicazione e poi ad esercitare il potere di annullamento in autotutela, potendosi limitare a non adottare l'atto di aggiudicazione e ad individuare il secondo classificato nei cui confronti indirizzare la nuova "proposta di aggiudicazione". In tale contesto i pregiudizi economici, se esistenti, hanno portata differente rispetto a quelli che si possono verificare nella fase provvedimentale, con possibilità per l'amministrazione, ricorrendone i presupposti, di fare valere l'eventuale responsabilità precontrattuale del concorrente ai sensi degli artt. 1337-1338 c.c. Rimane fermo, altresì, il potere dell'Autorità nazionale anticorruzione di applicare sanzioni amministrative pecuniarie qualora si accertino specifiche condotte contrarie alle regole della gara da parte degli operatori economici (art. 213, comma 13, d.lgs. n. 50 del 2016).

6. Alla luce di quanto sin qui esposto, l'Adunanza Plenaria afferma il seguente principio di diritto: il comma 6 dell'art. 93 del d.lgs. n. 50 del 2016 - nel prevedere che la "garanzia provvisoria" a corredo dell'offerta "copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario (...)" - delinea un sistema di garanzie che si riferisce al solo periodo compreso tra l'aggiudicazione ed il contratto e non anche al periodo compreso tra la "proposta di aggiudicazione" e l'aggiudicazione.

Omissis

Commento

1. Con la sentenza che si annota il Supremo Consesso di Palazzo Spada dirime un dubbio interpretativo attinente all'ambito di operatività della "garanzia provvisoria" che correda l'offerta dei partecipanti alla procedura di gara: essa copre soltanto i fatti che si verificano nel periodo compreso tra l'aggiudicazione e il contratto oppure si estende anche a quelli precedenti che si verificano nel periodo compreso tra la "proposta di aggiudicazione" e l'aggiudicazione?

Come noto, l'art. 93 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (in avanti "Codice") stabilisce al comma 1 che *"l'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata garanzia provvisoria pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente"*, nonché, al comma 6, che *"la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto"*.

Ebbene: che succede, però, se la commissione della stazione appaltante formula la “proposta di aggiudicazione” a favore di un concorrente e, successivamente, avviati i controlli finalizzati a verificare il rispetto da parte dello stesso dei requisiti, la stazione appaltante esclude il medesimo concorrente e determina di non approvare la “proposta di aggiudicazione” formulata per il difetto di detti requisiti? Può disporre legittimamente l'escussione della garanzia provvisoria?

2. La situazione sopra indicata è proprio quella verificatasi nella fattispecie che ci occupa.

Cons. Stato, sez. IV, 4 gennaio 2022, n. 26, nel riconoscere – confermando sul punto la pronuncia di primo grado – la legittimità dell'esclusione del concorrente in sede di controlli successivi alla proposta di aggiudicazione, affrontava anche, devolvendola all'Adunanza plenaria, la questione di diritto della legittimità dell'escussione della garanzia provvisoria in un momento antecedente all'aggiudicazione formale.

In primo grado il Collegio aveva rilevato che “*la cauzione assolve una funzione essenziale di garanzia della serietà e dell'attendibilità dell'offerta, sicché copre ogni ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto addebitabile all'offerente, anche nel caso in cui l'aggiudicatario non superi le verifiche conseguenti alla redazione della graduatoria finale*” e che, nella specie, “*la mancata conclusione del procedimento di gara e la conseguente omessa stipulazione del contratto sono certamente riferibili a [il concorrente], per cui la decisione dell'Appaltante di avviare l'escussione della cauzione non pare erronea*”.

Il concorrente escluso, invece, riproponeva in appello le argomentazioni di *prime cure*, sostenendo, in particolare, che la disposizione in parola differirebbe dal previgente art. 48, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 proprio in quanto limiterebbe al solo aggiudicatario la facoltà della stazione appaltante di escussione della cauzione, in precedenza, invece, esercitabile nei confronti di ogni concorrente.

Il Collegio della IV sezione del Consiglio di Stato, in sede di appello, riscontrava come l'assenza di precedenti dei giudici di Palazzo Spada sulla questione di diritto avrebbe potuto dar luogo a contrasti giurisprudenziali e pertanto riteneva di doverlo deferire prudenzialmente all'Adunanza plenaria, nell'interesse non solo degli operatori del settore, ma del diritto oggettivo nel suo complesso.

Non mancava ad ogni modo di rilevare il Collegio, sostenendo la tesi favorevole alla possibilità di escussione, che:

- a) la disposizione vigente fa effettivamente riferimento esclusivamente all'aggiudicatario, laddove stabilisce che “*la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione*”;

- b) non potrebbe tuttavia omettersi un'esegesi di carattere logico-sistematico e teleologico della disposizione, necessaria al fine di collocarne ed inquadrarne armonicamente il portato normativo entro il più ampio ambito regolatorio recato dal Codice, costituente un *corpus* unitario volto a disciplinare l'intera materia dell'affidamento dei contratti pubblici;
- c) in tale prospettiva, "*doverosamente attenta al dato sistematico ed alla proiezione finalistica*", sarebbe evidente l'assoluta identità, ai fini di interesse, tra la situazione dell'aggiudicatario e quella in cui versa il soggetto "proposto per l'aggiudicazione" che, tuttavia, si sia visto rifiutare la formale aggiudicazione, con contestuale esclusione dalla procedura, poiché, all'esito dei controlli operati dalla stazione appaltante proprio in vista della stipulazione del contratto, sia emersa l'assenza, non importa se originaria o sopravvenuta, dei necessari requisiti di legge;
- d) l'esegesi proposta non determinerebbe dunque alcuna violazione della disposizione, ma, al contrario, renderebbe la norma più coerente con la più ampia cornice regolatoria recata dal *corpus* codicistico in cui la disposizione è contenuta, dal momento che risulterebbe contraddittorio e diseconomico costringere la stazione appaltante, ai fini dell'escussione della garanzia, a procedere all'aggiudicazione nei confronti del "proposto" e, subito dopo, ad esercitare l'annullamento in autotutela di tale provvedimento per carenza, in capo all'affidatario, di un imprescindibile requisito soggettivo.

3. Il Supremo Consesso amministrativo opera innanzitutto una approfondita ricognizione del quadro normativo rilevante.

In particolare, evidenzia una distinzione tra le varie fasi:

- a) quella procedimentale, in cui si inserisce la "proposta di aggiudicazione", finalizzata alla selezione del migliore offerente mediante l'adozione, all'esito del procedimento, del provvedimento di aggiudicazione;
- b) la fase provvedimentale, che va dall'aggiudicazione alla stipulazione del contratto;
- c) quella costitutiva, di stipulazione del contratto tra pubblica amministrazione e aggiudicatario;
- d) infine, la fase esecutiva, di adempimento delle obbligazioni contrattuali.

È per la fase procedimentale e la fase esecutiva che il Codice ha previsto che le stesse siano corredate da un sistema di "garanzie provvisorie" (che rilevano nella fattispecie) e "garanzie definitive". E per l'Adunanza plenaria la garanzia provvisoria ha natura non sanzionatoria.

4. Effettuata la premessa ricognitiva, la plenaria affronta quindi la questione specifica ad essa rimessa, riguardante l'individuazione dei soggetti nei cui confronti può essere escussa la garanzia provvisoria, affermando il principio opposto a quello sostenuto dal Collegio rimettente.

Per il Supremo Consesso, infatti, sul piano dell'interpretazione letterale, il comma 6 dell'art. 93 del Codice è chiaro nello stabilire che *“la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario (...)”*. Il riferimento sia all'aggiudicazione, quale provvedimento finale della procedura amministrativa, sia al *“fatto riconducibile all'affidatario”* e non anche al concorrente destinatario della *“proposta di aggiudicazione”* renderebbe palese il significato delle parole utilizzate dal legislatore nel senso di delimitare l'operatività della garanzia al momento successivo all'aggiudicazione.

Infatti:

- a) da un lato, sul piano dell'interpretazione teleologica, il legislatore avrebbe inteso ridurre l'ambito di operatività del sistema delle garanzie nella fase procedimentale, come risulterebbe dall'analisi della successione delle leggi nel tempo;
- b) dall'altro, sul piano dell'interpretazione sistematica, dall'analisi del contesto in cui la norma è inserita e, in particolare, dalla lettura coordinata di alcune disposizioni del Codice, risulterebbe chiara la distinzione tra la fase procedimentale relativa alla *“proposta di aggiudicazione”* e la fase provvedimentale relativa all'*“aggiudicazione”*;
- c) dall'altro ancora, sul piano dell'interpretazione analogica, la diversità della disciplina e delle situazioni regolate relativa alle due fasi, risultante dall'applicazione degli esposti criteri interpretativi, impedisce di estendere alla fase procedimentale la disciplina delle garanzie provvisorie della fase provvedimentale.

Proprio con riferimento a tale ultimo profilo di interpretazione analogica, la Plenaria rileva la differenza intercorrente tra il caso della mancata stipulazione del contratto a seguito di una *“aggiudicazione”* e quello della *“mancata aggiudicazione”* a seguito di una *“proposta di aggiudicazione”*. Mentre nella prima ipotesi, le ragioni possono dipendere sia dalla successiva verifica della mancanza dei requisiti di partecipazione sia, soprattutto, dalla condotta dell'aggiudicatario che, per una sua scelta, decide di non stipulare il contratto, nella seconda i motivi della determinazione possono dipendere, oltre che da ragioni relative all'offerta, dalla verifica negativa preventiva del possesso dei requisiti di partecipazione del concorrente individuato. Ciò posto, allorché, nella prima ipotesi, i possibili pregiudizi economici

determinati dalla condotta dell'aggiudicatario sono coperti dalla "garanzia provvisoria" che consente all'amministrazione di azionare il rimedio di adempimento della prestazione dovuta con la finalità di compensare in via *fortettaria* i danni subiti dall'amministrazione per violazione delle regole procedurali nonché dell'obbligo di concludere il contratto, nella seconda la stazione appaltante non è costretta a procedere all'aggiudicazione e poi ad esercitare il potere di annullamento in autotutela, potendosi limitare a non adottare l'atto di aggiudicazione e ad individuare il secondo classificato nei cui confronti indirizzare la nuova "proposta di aggiudicazione". In tale contesto, i pregiudizi economici, se esistenti, hanno portata differente rispetto a quelli che si possono verificare nella fase provvedimentale, con possibilità per l'amministrazione, ricorrendone i presupposti, di fare valere l'eventuale responsabilità precontrattuale del concorrente ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c.

5. Si evidenzia, da ultimo, che – come rilevato dalla stessa Plenaria – Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2021, n. 836 aveva esaminato una questione analoga a quella in esame, con decisione assunta successivamente alla camera di consiglio con cui era stata disposta la remissione all'Adunanza Plenaria.

Ebbene, con la predetta pronuncia il Collegio aveva precisato come la norma *de qua* sarebbe chiara nel circoscrivere la possibilità, per la stazione appaltante, di escutere detta garanzia nei soli confronti dell'aggiudicatario.

Sulla differenza tra subappalto e subaffidamento in relazione alla rilevanza del carattere accessorio o meno delle prestazioni affidate al subcontraente

di *Raffaella Boscolo*

T.A.R. LAZIO, Roma, sez. I bis, 14 giugno 2022, n. 7826 - Pres. Savoia; Est. Di Mauro – *Omissis* s.a.s. di *Omissis* & C. (*Avv. ti* Bisceglia e Pedace) c. Ministero della difesa e Comando generale dell'Arma dei carabinieri (*Avv. Gen. Stato*) e *Omissis* s.r.l. (*Avv. Salierno*)

Contratti pubblici – Subappalto e subaffidamento – Discrimine – Rilevanza del carattere accessorio o meno delle prestazioni affidate al sub-contraente

La linea di demarcazione tra subappalto in senso proprio e mero subaffidamento va tracciata considerando il carattere accessorio o meno delle prestazioni affidate al subcontraente, in quanto la disciplina di cui all'art. 105 del Codice non si applica unicamente alle prestazioni meramente strumentali e solo funzionalmente collegate con quelle oggetto del contratto (ma ad esso estranee), come tali qualificabili ai sensi del comma 2 dello stesso art. 105. Più in dettaglio, il subappalto è il contratto con cui l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di una parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, mentre diversi dal subappalto sono i contratti che hanno ad oggetto quei beni e servizi dei quali l'impresa aggiudicataria necessita per poter, essa sola, eseguire la prestazione oggetto del contratto d'appalto.

FATTO e DIRITTO

Omissis

12. Venendo all'esame del primo mezzo di gravame, il Collegio ritiene che le doglianze di parte ricorrente siano fondate, come rilevato già sulla base del sommario esame compiuto in sede cautelare.

13. Con il motivo in esame, *Omissis* ha allegato che l'aggiudicataria *Omissis* avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura, in quanto non è in possesso del requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali e, inoltre, non ha dichiarato di voler ricorrere al subappalto per lo svolgimento delle attività che richiedono la predetta iscrizione.

14. Al fine dello scrutinio della censura, occorre preliminarmente ricostruire le disposizioni rilevanti della *lex specialis* di gara.

14.1. In questa prospettiva, deve rilevarsi anzitutto che l'oggetto dell'appalto comprende le attività di "bonifica", "manutenzione programmata" e "certificazione periodica" delle strutture e degli impianti dei poligoni di tiro in galleria (cfr. § 1.1 del capitolato tecnico).

Le predette attività sono definite nel capitolato tecnico, ove si stabilisce, tra l'altro, che "Per interventi di bonifica si intendono tutte quelle attività tese ad inertizzare, ripulire, lavare e rimuovere in genere le polveri (incombuste e non) generate dall'attività di esercitazione a fuoco (che si depositano su tutte le superfici delle strutture e degli impianti all'interno del poligono di tiro), oltre che alla rimozione, raccolta e smaltimento - secondo quanto previsto dalle normative vigenti - dei residui solidi di piombo e metallici in genere (proiettili e bossoli). Le attività di pulizia e bonifica dovranno essere eseguite con l'utilizzo di attrezzature, prodotti e/o detersivi di tipo non aggressivo, non infiammabili e non tossici. Si intendono a totale carico della ditta appaltatrice la messa a disposizione della manodopera qualificata, delle attrezzature e dei materiali di consumo" (v. § 1.7 del capitolato).

Alle "attività di bonifica" è poi dedicato il § 2 del capitolato tecnico, ove si riprende la precedente definizione, precisando ulteriormente che "Le attività di bonifica includono altresì il relativo smaltimento, secondo quanto prescritto dalle vigenti normative in materia, dei liquidi di risulta provenienti dalle acque di lavaggio" e che "Nell'esecuzione degli interventi di pulizia e bonifica dovrà essere impiegato personale altamente specializzato dipendente della ditta appaltatrice. Le attività di pulizia e bonifica dovranno essere svolte con procedure, metodi e protocolli conformi alla normativa vigente in materia di Sicurezza e Salute dei Lavoratori, utilizzando i prescritti dispositivi di protezione individuale (DPI - mascherine filtranti monouso, guanti, calzature e tute protettive)".

Vengono, poi, dettagliatamente indicate le superfici interne al poligono che dovranno essere oggetto di raccolta e bonifica periodica delle polveri incombuste, con la specificazione della frequenza della relativa pulizia.

Ulteriori disposizioni sulle modalità della bonifica sono dettate ai §§ 2.1-2.8 e relativi sottoparagrafi. In particolare, al § 2.1 si legge che "Resta inteso che è a totale carico della ditta appaltatrice l'acquisizione, da parte di laboratorio autorizzato, dell'analisi preventiva delle acque di lavaggio e di tutti i materiali speciali (in polvere e/o solidi) da smaltire e bonificare, al fine di individuarne il grado di tossicità prima del conferimento in discarica. Le polveri provenienti dalla raccolta "a secco" all'interno della galleria di tiro, preliminarmente al loro conferimento in discarica, dovranno essere inertizzate deponendole all'interno di contenitori stagni (a perfetta tenuta) in maniera che le stesse risultino costantemente "a bagno d'acqua". I liquidi di risulta dovranno poi essere smaltiti esclusivamente in discariche autorizzate, secondo quanto prescritto dalle vigenti normative in materia. Di tutte le operazioni di conferimento a discarica dovrà essere fornita all'Amministrazione copia dei verbali rilasciati dalla discarica stessa".

Riferimenti allo smaltimento sono contenuti anche nei paragrafi recanti la descrizione delle singole attività.

14.2. La *lex specialis* di gara prevede poi, al § 6 della lettera d'invito, che "Il subappalto è consentito per la sola attività di ritiro, trasporto e smaltimento del materiale oggetto di bonifica da parte di società in possesso dei requisiti previsti dalla normativa vigente in materia di raccolta e trasporto dei rifiuti speciali pericolosi e non".

Analoga previsione è contenuta al § 1.6 del capitolato tecnico.

14.3. Da ultimo, deve rilevarsi che la tabella di attribuzione dei punteggi prevede che, nell'ambito dei 70 punti relativi alla valutazione dell'offerta tecnica, un massimo di 5 punti sia riferito all'attività di "gestione e controllo del ciclo dei rifiuti".

15. Dall'esame della documentazione di gara si evince che l'attività di bonifica dei poligoni di tiro abbia rilevanza centrale nell'economia dell'appalto e che l'amministrazione, nella costruzione della disciplina di gara, abbia dedicato particolare attenzione alla necessità che i rifiuti derivanti da tale attività vengano correttamente allontanati e smaltiti, mediante il ricorso a imprese in possesso dei prescritti requisiti.

15.1. Andando ancora più in profondità nell'esame della *lex specialis* di gara, deve convenirsi con la controinteressata nel rilevare che l'attività di pulizia e bonifica dei poligoni oggetto della commessa, pur dovendo essere svolta mediante l'impiego di personale specializzato, non richiedeva, in base alla *lex specialis* di gara, l'iscrizione all'ANGA. E ciò sul presupposto implicito che non si tratta di bonifica di siti contaminati, ai sensi del d.lgs. n. 152 del 2006, bensì di attività diretta piuttosto a impedire la contaminazione del suolo e delle acque per effetto dell'esercizio del poligono di tiro.

15.2. La *lex specialis* di gara ha invece richiesto espressamente che l'attività di "ritiro, trasporto e smaltimento del materiale oggetto di bonifica" debba essere svolta da parte di un'impresa "in possesso dei requisiti previsti dalla normativa vigente in materia di raccolta e trasporto dei rifiuti speciali pericolosi e non" (v. § 6 della lettera d'invito, nonché § 1.6 del capitolato); previsione, questa, che rinvia implicitamente agli articoli 208 e 212 del d.lgs. n. 152 del 2006.

In particolare, l'articolo 208 disciplina l'autorizzazione unica per gli impianti di smaltimento dei rifiuti, mentre l'articolo 212 ha ad oggetto l'Albo Nazionale Gestori Ambientali e, al riguardo, stabilisce espressamente che "L'iscrizione all'Albo è requisito per lo svolgimento delle attività di raccolta e trasporto di rifiuti (...)" (così il comma 5, primo periodo, del predetto articolo 212).

15.3. Deve, perciò, concludersi che la *lex specialis* di gara abbia inteso richiedere il possesso di una speciale abilitazione (l'iscrizione all'ANGA) per l'attività, rientrante nel perimetro della commessa, di raccolta dei rifiuti e di trasporto degli stessi fino all'impianto deputato allo smaltimento, quest'ultimo, a sua volta, debitamente autorizzato ai sensi dell'articolo 208 del d.lgs. n. 152 del 2006.

15.4. Consapevole, tuttavia, dell'eventualità che l'aggiudicataria - chiamata a svolgere con proprio personale le attività di bonifica - potesse non essere in possesso dell'iscrizione all'ANGA, necessaria per la raccolta e il trasporto dei rifiuti, l'Amministrazione, al fine di non restringere indebitamente il perimetro dei concorrenti, ha previsto che questo segmento delle attività oggetto della commessa potesse essere affidato in subappalto a un'impresa abilitata.

15.5. Come detto, inoltre, l'Amministrazione ha attribuito particolare importanza al controllo e alla gestione del ciclo dei rifiuti, tanto da prevedere l'attribuzione fino a cinque punti per tale segmento di attività.

16. Così ricostruito il quadro della disciplina di gara rilevante nella controversia, occorre stabilire se l'aggiudicataria *Omissis* dovesse essere esclusa dalla procedura, in considerazione della circostanza che l'operatore non è iscritto all'ANGA (dato non controverso) e, d'altro canto, non ha dichiarato di volersi avvalere della facoltà, contemplata dalla lettera di invito e dal capitolato tecnico, di ricorrere a un subappaltatore, in possesso di tale iscrizione, ai fini dello svolgimento delle attività di raccolta e trasporto dei rifiuti.

17. Al riguardo, deve anzitutto rilevarsi che non può trovare accoglimento l'eccezione di *Omissis*, la quale ha allegato - come sopra detto - che la ricorrente *Omissis* sarebbe in possesso a propria volta di un'iscrizione all'ANGA non adeguata (perché concernente soltanto lo smaltimento dei rifiuti prodotti nell'esercizio della propria attività di manutenzione, e non anche di quelli derivanti direttamente dall'attività del poligono di tiro) e, inoltre, riferita a categorie di rifiuti non corrispondenti a quelle oggetto di trattamento.

Tale eccezione avrebbe infatti dovuto essere proposta mediante ricorso incidentale.

Peraltro, *Omissis* ha documentato agli atti del giudizio che, pur essendo in possesso di una iscrizione all'ANGA, ha dichiarato, in occasione della presentazione della propria offerta, a seguito dell'invito dell'Amministrazione, di voler fare ricorso al subappalto proprio per le attività di raccolta e trasporto dei rifiuti.

18. Ciò posto, deve rilevarsi che, secondo la tesi sostenuta dall'Amministrazione e dalla controinteressata, nei termini sopra illustrati, il ricorso al subappalto non sarebbe stato necessario, in quanto il valore complessivo delle attività in esame sarebbe inferiore al due per cento della commessa e, inoltre, non comporterebbe un'incidenza della manodopera in misura superiore al cinquanta per cento, per cui si rientrerebbe nel perimetro dell'istituto del subappalto, ai sensi dell'articolo 105 del d.lgs. n. 50 del 2016.

19. Al riguardo, il Collegio osserva che l'articolo 105, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, stabilisce, nei primi due periodi, che "Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. Costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare".

Il comma 6 del medesimo articolo 105, nel testo vigente applicabile *ratione temporis*, stabiliva inoltre che "È obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta, qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190".

La portata delle suddette previsioni è stata chiarita dalla giurisprudenza, la quale ha avuto modo di affermare che "il *discrimen* tra subappalto in senso proprio e mero subaffidamento va tracciato considerando il carattere accessorio o meno delle prestazioni affidate al sub-contraente, in quanto la disciplina di cui all'art. 105 del Codice non si applica unicamente alle prestazioni meramente strumentali e solo funzionalmente collegate con quelle oggetto del contratto (ma ad esso estranee), come tali qualificabili ai sensi del comma 2 del menzionato art. 105 (cfr. T.A.R. Pescara, sez. I, nn. 43/2018 e 199/2018)" (Cons. Stato, sez. III, 4 marzo 2020, n. 1603).

Più in dettaglio, il subappalto è il contratto con cui l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di una parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, mentre diversi dal subappalto sono i contratti che hanno ad oggetto quei beni e servizi dei quali l'impresa aggiudicataria necessita per poter, essa sola, eseguire la prestazione oggetto del contratto d'appalto (Cons. Stato, sez. III, 22 luglio 2021, n. 5516).

20. In applicazione del quadro normativo e dei principi sopra richiamati, il Collegio è dell'avviso che le prestazioni aventi ad oggetto la raccolta e il trasporto dei rifiuti derivanti dalle attività di bonifica e di manutenzione dei poligoni di tiro non costituiscono attività di carattere meramente accessorio nell'economia dell'appalto oggetto di controversia, in quanto si tratta di attività espressamente contemplate nella disciplina di gara quali prestazioni richieste all'affidatario, secondo quanto sopra illustrato.

Tali attività, quindi, pur potendo essere svolte sulla base di un rapporto contrattuale tra l'affidatario e un operatore terzo, sono tuttavia rivolte direttamente nei confronti dell'Amministrazione, e non invece nei confronti dell'organizzazione dell'aggiudicatario (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2018, n. 7256).

L'importanza di tali prestazioni nell'economia dell'appalto è, inoltre, testimoniata dalla circostanza che le stesse attengono alla gestione del ciclo dei rifiuti, per la quale è stata espressamente prevista l'attribuzione di un punteggio nella valutazione dell'offerta tecnica.

21. A fronte di tali elementi, non risultano persuasive le argomentazioni della controinteressata, la quale sostiene che il carattere puramente accessorio delle attività di raccolta e trasporto dei rifiuti discenderebbe dalla loro incidenza sul valore della commessa in misura inferiore al due per cento.

21.1. Al riguardo - in disparte la circostanza che tale ridotta incidenza è contestata dalla ricorrente, nei termini sopra detti - assume carattere dirimente la circostanza che il secondo periodo dell'articolo 105, comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce che costituisce "comunque" subappalto qualsiasi contratto che superi le soglie indicate.

Il legislatore ha infatti voluto stabilire una soglia quantitativa al di sopra della quale il contratto viene qualificato in ogni caso come subappalto, ai fini della disciplina dei contratti pubblici, a prescindere da ogni approfondimento circa la relativa natura; ciò non toglie, tuttavia, che i caratteri propri del subappalto possano emergere anche in relazione a contratti che si pongano al di sotto della suddetta soglia, ove le relative prestazioni non presentino carattere puramente strumentale e accessorio e siano dirette nei confronti dell'Amministrazione, e non della struttura organizzativa dell'affidatario.

21.2. D'altro canto, anche la soglia del due per cento del valore della commessa, che la controinteressata afferma non essere superata, è riferita dal legislatore ai contratti di "forniture con posa in opera" e di "nolo a caldo", i quali non sono assimilabili rispetto all'attività di raccolta e trasporto dei rifiuti.

In entrambe le fattispecie indicate esemplificativamente dal legislatore, infatti, si fa riferimento a prestazioni eseguite bensì da manodopera di un operatore terzo, ma sotto le direttive e la responsabilità dell'aggiudicatario.

In particolare, nel c.d. "nolo a caldo" il noleggiatore non è obbligato al raggiungimento di uno scopo specifico, ma si limita esclusivamente a mettere a disposizione dell'affidatario l'attrezzatura di lavoro e il personale addetto al suo utilizzo. L'organizzazione del lavoro è quindi rimessa esclusivamente all'impresa affidataria. Non può, invece, parlarsi di nolo a caldo, ma è riscontrabile un vero e proprio subappalto, nel caso in cui l'operatore dell'attrezzatura non entri a far parte dell'organizzazione dell'impresa esecutrice e non agisca sotto le direttive di quest'ultima, quale semplice conduttore del mezzo di lavoro, ma gli venga affidata una lavorazione prevista dall'appalto, da eseguire direttamente e in piena autonomia.

Proprio tale ultima situazione è riscontrabile nel caso oggetto di controversia, atteso che l'operatore incaricato della raccolta e del trasporto dei rifiuti non potrebbe limitarsi a mettere a disposizione il mezzo di lavoro e l'addetto abilitato a utilizzarlo, affinché svolga materialmente l'attività sotto la responsabilità dell'impresa esecutrice (come avviene nel nolo a caldo), ma dovrebbe necessariamente operare autonomamente, assumendo in proprio la responsabilità dell'attività, che è abilitato ad eseguire esclusivamente in forza dell'iscrizione all'ANGA.

In altri termini, se l'attività di raccolta e trasporto dei rifiuti può essere svolta soltanto da un operatore iscritto all'ANGA, allora il personale incaricato deve svolgere tale attività sulla base delle direttive e sotto la responsabilità dell'impresa da cui dipende, e non invece dell'aggiudicatario, non in possesso di tale iscrizione.

Da ciò la radicale differenza rispetto al nolo a caldo e, più in generale, alle prestazioni accessorie non qualificabili come subappalto.

21.3. Deve, infine, rilevarsi che, in base all'articolo 105, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, è obbligatoria l'indicazione dei subappaltatori in sede di offerta, "indipendentemente dall'importo a base di gara", qualora i servizi oggetto di gara "riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190"; disposizione, quest'ultima, che fa riferimento, tra l'altro, ai "servizi ambientali, comprese le attività di raccolta, di trasporto nazionale e transfrontaliero, anche per conto di terzi, di trattamento e di smaltimento dei rifiuti, nonché le attività di risanamento e di bonifica e gli altri servizi connessi alla gestione dei rifiuti" (v. articolo 1, comma 53, lett. *i-quater*), legge n. 190 del 2012).

E, con riferimento a tali previsioni, la giurisprudenza, in una fattispecie che presenta tratti di analogia con quella oggetto della presente controversia, ha chiarito che "Non persuade (...) la tesi per cui, anche in caso di attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, in tanto è richiedibile la dichiarazione, in quanto l'attività sia qualificabile in termini di subappalto. Innanzitutto, la tesi finirebbe per svuotare la portata applicativa della norma, consentendo cioè l'"assegnazione" di attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, purché non qualificabili come subappalto. In secondo luogo, a scongiurare una simile lettura è l'ampiezza del riferimento testuale agli appalti che "riguardano" attività a maggiore esposizione di infiltrazione mafiosa e, dunque, non che abbiano ad oggetto esclusivo o principale tali attività, ma che le comprendano al loro interno" (Cons. Stato, n. 1603 del 2020, cit.).

Sulla scorta di tali elementi, si è quindi concluso che "Poiché l'attività di trasporto, ai fini del conferimento in discarica, è espressamente prevista e compensata nel capitolato della gara qui controversa (...) essa costituisce prestazione e oggetto consustanziale del contratto e, come tale, appare infondata la tesi che vorrebbe escludere la natura del conferimento del servizio dall'ambito del subappalto" (così ancora la sentenza da ultimo citata).

Tale situazione è riscontrabile anche nel caso oggetto del presente giudizio. La necessità del ricorso al subappalto per le attività di raccolta e di trasporto dei rifiuti è, quindi, ulteriormente avvalorata anche dalla disposizione da ultimo richiamata.

21.4. Si tratta, del resto, di una disciplina indirettamente richiamata anche dalla legge di gara, laddove la stessa ha espressamente previsto che le (sole) attività in questione potessero formare oggetto di subappalto. Con tale previsione è stato infatti riconosciuto il carattere non accessorio di tali prestazioni e, inoltre, si è fatto rinvio implicitamente alla prescrizione normativa che impone l'indicazione in sede di gara dell'operatore cui sono affidate tali attività, in quanto a rischio di infiltrazione mafiosa.

22. Ritiene, conclusivamente, il Collegio che *Omissis*, non essendo in possesso dell'iscrizione all'ANGA, necessaria per le attività di raccolta e trasporto dei rifiuti, dovesse necessariamente fare ricorso al subappalto per l'esecuzione di tali prestazioni, rendendo la relativa dichiarazione al momento della presentazione dell'offerta.

23. Il ricorso deve essere, conseguentemente, accolto, in considerazione della fondatezza del primo motivo.

Stante il carattere assorbente delle doglianze scrutinate, il Collegio ritiene di potersi esimere dall'esame delle rimanenti censure, incluse quelle - aventi carattere accessorio rispetto al secondo e al terzo motivo - concernenti la mancata integrale ostensione della documentazione richiesta dalla parte (profilo rispetto al quale la ricorrente formula, nell'epigrafe del ricorso, una domanda di accesso in corso di causa, e propone invece, nelle conclusioni, una istanza istruttoria).

24. Per l'effetto, deve essere disposto l'annullamento dell'aggiudicazione, dal quale discende la soddisfazione in forma specifica dell'interesse della ricorrente, fermo restando lo svolgimento delle verifiche dovute da parte della Stazione appaltante.

Vanno, invece, dichiarate improcedibili, per difetto di interesse, la domanda di risarcimento del danno in forma specifica, mediante dichiarazione di inefficacia del contratto e di subentro nell'esecuzione, nonché quella subordinata di risarcimento per equivalente. Stante, infatti, l'accoglimento della domanda cautelare, che ha determinato l'impossibilità della stipulazione del contratto, non emerge, allo stato, un interesse risarcitorio della ricorrente.

Commento

La sentenza che si segnala risulta di interesse in quanto fornisce l'occasione di ritornare sulla distinzione tra subappalto e subaffidamenti diversi dal subappalto ricordando ancora una volta il principio secondo cui il corretto inquadramento della fattispecie negoziale discende esclusivamente dalla natura della prestazione e non dal suo importo economico.

L'articolata pronuncia del T.A.R. Lazio in commento muove dalla vicenda che di seguito si descrive.

L'operatore economico ricorrente ha partecipato ad una procedura ristretta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la conclusione di 7 accordi quadro, della durata di 48 mesi, ciascuno con un solo operatore economico, per assicurare il servizio di manutenzione ordinaria e bonifica degli impianti e delle attrezzature interne di 53 poligoni in galleria a cielo chiuso dell'Arma dei carabinieri.

La controversia oggetto della sentenza in commento è sorta, in particolare, con riferimento ad uno specifico lotto, del valore a base di gara di euro 1.320.000,00 IVA esclusa. Per il predetto lotto sono stati ammessi a presentare offerta, mediante lettera di invito, sei operatori economici, quattro dei quali hanno effettivamente inviato una domanda di partecipazione alla gara.

La graduatoria redatta sulla base dei punteggi riportati dalle offerte dei concorrenti ha visto collocarsi in prima posizione l'operatore economico *Omissis* Impianti s.r.l. seguito dall'operatore economico ricorrente, il quale ha presentato ricorso adducendo una serie di ragioni.

In questa sede, in particolare, rilevano le considerazioni che vogliono chiarire se l'esecuzione delle attività di "*ritiro, trasporto e smaltimento del materiale derivante dalla bonifica dei poligoni di tiro*", previste per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, richiedono l'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali (ANGA) e se possono essere configurate, laddove affidate a terzi, quale subappalto oppure subaffidamento.

Nel corso del giudizio viene accertato che la *Omissis* Impianti non è in possesso del requisito dell'iscrizione all'ANGA e non ha neppure dichiarato di voler subappaltate le prestazioni in questione ad operatore qualificato.

L'intenzione dell'aggiudicataria sarebbe stata infatti quella di affidare le prestazioni attraverso un subcontratto di nolo a caldo.

Secondo la ricorrente l'esecuzione di dette attività richiederebbe l'iscrizione all'ANGA, in quanto requisito speciale di idoneità professionale necessario per la partecipazione alla procedura selettiva e come tale destinato a operare anche in via di eterointegrazione della disciplina di gara.

Inoltre, sempre secondo la ricorrente, la mancata dichiarazione di voler far ricorso al subappalto avrebbe dovuto portare all'esclusione dell'impresa dalla procedura concorsuale.

L'amministrazione appaltante, depositando una dettagliata relazione sui fatti di causa, afferma quanto segue.

Anzitutto, oggetto dell'appalto sono una serie di attività eterogenee, rispetto alle quali le sole operazioni di trasporto e smaltimento dei rifiuti avrebbero un'incidenza trascurabile.

Inoltre, l'aggiudicataria avrebbe fatto ricorso al nolo a caldo (mezzo di trasporto dei materiali di risulta con autista) visto che la prestazione risultava inferiore del 2 per cento dell'importo del totale dell'appalto e che il costo del personale non superava il 50 per cento dell'importo del subcontratto per il trasporto e lo smaltimento dei rifiuti.

Per tale ragione, secondo la difesa, l'aggiudicataria non sarebbe stata tenuta a presentare in sede di gara alcuna dichiarazione di subappalto, poiché tali attività avrebbero dato luogo piuttosto ad una subfornitura.

E ancora, la difesa sottolinea che in questo tipo di attività il fornitore del servizio di trasporto e smaltimento non ha alcuna autonomia per l'esecuzione del lavoro la cui organizzazione rimarrebbe sempre nelle mani dell'impresa affidataria dell'appalto.

Infatti, *“spetterebbe, in particolare, all'aggiudicataria il compito di raccogliere il materiale da smaltire e di immetterlo nei mezzi del fornitore del servizio di trasporto e smaltimento. Quest'ultimo operatore, abilitato mediante iscrizione all'ANGA, provvederebbe poi a tali attività. Si tratterebbe, in altri termini, di prestazioni meramente strumentali e solo funzionalmente collegate con quelle oggetto del contratto, ma ad esso estranee”*.

Infine, viene affermato che *“il bando non potrebbe ritenersi oggetto di eterointegrazione mediante la previsione del possesso necessario del requisito dell'iscrizione all'ANGA, atteso che il meccanismo*

dell'eterointegrazione, per sua natura di carattere eccezionale, non avrebbe ragion d'essere nel caso in esame, in quanto nessuna normativa di settore prevede l'obbligatorietà di tale iscrizione per il servizio di manutenzione poligoni di tiro".

Prima di arrivare alla risoluzione della vicenda, la pronuncia in epigrafe rilegge le disposizioni della *lex specialis* di gara, evidenziando in particolare il fatto che nell'oggetto dell'appalto sono ricomprese le attività di "bonifica", "manutenzione programmata" e "certificazione periodica" delle strutture e degli impianti dei poligoni di tiro in galleria (come definite dal capitolato tecnico⁽¹⁾) e che alle "attività di bonifica" è poi dedicato uno specifico paragrafo del capitolato tecnico⁽²⁾ così come sono presenti dettagli legati alle modalità di effettuazione della bonifica.

Inoltre, con più specifico riferimento al tema del subappalto, la sentenza ricorda come la lettera d'invito e il capitolato tecnico, precisino che "Il subappalto è consentito per la sola attività di ritiro, trasporto e smaltimento del materiale oggetto di bonifica da parte di società in possesso dei requisiti previsti dalla normativa vigente in materia di raccolta e trasporto dei rifiuti speciali pericolosi e non".

E proprio dall'esame della documentazione di gara i giudici del T.A.R. evincono che l'attività di bonifica dei poligoni di tiro abbia rilevanza centrale nell'economia dell'appalto e che l'amministrazione, nella costruzione della disciplina di gara, abbia dedicato particolare attenzione alla necessità che i rifiuti derivanti da tale attività vengano correttamente allontanati e smaltiti, mediante il ricorso a imprese in possesso dei prescritti requisiti.

In particolare, la *lex specialis* di gara prevedeva che l'attività di pulizia e bonifica dei poligoni oggetto della commessa, pur dovendo essere

.....

(1) In esso si stabilisce che: "Per interventi di bonifica si intendono tutte quelle attività tese a inertizzare, ripulire, lavare e rimuovere in genere le polveri (incombuste e non) generate dall'attività di esercitazione a fuoco (che si depositano su tutte le superfici delle strutture e degli impianti all'interno del poligono di tiro), oltre che alla rimozione, raccolta e smaltimento - secondo quanto previsto dalle normative vigenti - dei residui solidi di piombo e metallici in genere (proiettili e bossoli). Le attività di pulizia e bonifica dovranno essere eseguite con l'utilizzo di attrezzature, prodotti e/o detergenti di tipo non aggressivo, non infiammabili e non tossici. Si intendono a totale carico della ditta appaltatrice la messa a disposizione della manodopera qualificata, delle attrezzature e dei materiali di consumo".

(2) In esso: "Le attività di bonifica includono altresì il relativo smaltimento, secondo quanto prescritto dalle vigenti normative in materia, dei liquidi di risulta provenienti dalle acque di lavaggio" e che "Nell'esecuzione degli interventi di pulizia e bonifica dovrà essere impiegato personale altamente specializzato dipendente della ditta appaltatrice. Le attività di pulizia e bonifica dovranno essere svolte con procedure, metodi e protocolli conformi alla normativa vigente in materia di Sicurezza e Salute dei Lavoratori, utilizzando i prescritti dispositivi di protezione individuale (DPI - mascherine filtranti monouso, guanti, calzature e tute protettive)".

svolta mediante l'impiego di personale specializzato, non richiedeva l'iscrizione all'ANGA.

E ciò sul presupposto implicito che non si tratta di bonifica di siti contaminati⁽³⁾, bensì di attività diretta piuttosto a impedire la contaminazione del suolo e delle acque per effetto dell'esercizio del poligono di tiro.

La *lex specialis* di gara ha invece richiesto espressamente che l'attività di "ritiro, trasporto e smaltimento del materiale oggetto di bonifica" debba essere svolta da parte di un'impresa "in possesso dei requisiti previsti dalla normativa vigente in materia di raccolta e trasporto dei rifiuti speciali pericolosi e non" previsione, questa, che rinvia implicitamente agli articoli 208 e 212 del d.lgs. n. 152/2006⁽⁴⁾.

Secondo i giudici deve quindi concludersi che la *lex specialis* di gara abbia inteso richiedere il possesso di una speciale abilitazione (l'iscrizione all'ANGA) per l'attività, rientrante nel perimetro della commessa, di raccolta dei rifiuti e di trasporto degli stessi fino all'impianto deputato allo smaltimento, quest'ultimo, a sua volta, debitamente autorizzato ai sensi dell'articolo 208 del d.lgs. n. 152.

E, laddove l'aggiudicataria risulti sprovvista di tale iscrizione, l'amministrazione, al fine di non restringere indebitamente il perimetro dei concorrenti, ha previsto che questo segmento delle attività oggetto della commessa potesse essere affidato in subappalto a un'impresa abilitata⁽⁵⁾.

Ciò detto, occorre stabilire se l'aggiudicataria dovesse essere esclusa dalla procedura, per non essere iscritta all'ANGA e non aver dichiarato di ricorrere per le attività di raccolta e trasporto dei rifiuti a subappaltatore in possesso di tale iscrizione.

Inoltre, in relazione alla tesi – sostenuta dall'amministrazione e dalla controinteressata – secondo cui la prestazione in questione non si configurerebbe quale subappalto poiché il valore complessivo della stessa sarebbe inferiore al due per cento della commessa e l'incidenza della manodopera sarebbe inferiore al cinquanta per cento, la sentenza formula le seguenti osservazioni.

L'art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, stabilisce, nei primi due periodi, che "Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore

.....
(3) Ai sensi del d.lgs. n. 152 del 2006.

(4) In particolare, l'art. 208 disciplina l'autorizzazione unica per gli impianti di smaltimento dei rifiuti, mentre l'art. 212 ha ad oggetto l'Albo Nazionale Gestori Ambientali e, al riguardo, stabilisce espressamente che "L'iscrizione all'Albo è requisito per lo svolgimento delle attività di raccolta e trasporto di rifiuti (...)" (così il comma 5, primo periodo, del predetto art. 212).

(5) Va sottolineare, inoltre, che l'amministrazione ha attribuito particolare importanza al controllo e alla gestione del ciclo dei rifiuti, tanto da prevedere l'attribuzione fino a cinque punti per tale segmento di attività.

affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. Costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare”.

Il comma 6 del medesimo art. 105, nel testo vigente applicabile *ratione temporis*, stabiliva inoltre che “È obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta, qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190”⁽⁶⁾.

La sentenza afferma che la portata delle suddette previsioni è stata chiarita dalla giurisprudenza, la quale ha avuto modo di affermare che “il discrimen tra subappalto in senso proprio e mero subaffidamento va tracciato considerando il carattere accessorio o meno delle prestazioni affidate al sub-contrattante, in quanto la disciplina di cui all'art. 105 del Codice non si applica unicamente alle prestazioni meramente strumentali e solo funzionalmente collegate con quelle oggetto del contratto (ma ad esso estranee), come tali qualificabili ai sensi del comma 2 del menzionato art. 105 (cfr. T.A.R. Pescara, sez. I, n. 43/2018 e 199/2018)” (Cons. Stato, sez. III, 4 marzo 2020, n. 1603).

E ancora “il subappalto è il contratto con cui l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di una parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, mentre diversi dal subappalto sono i contratti che hanno ad oggetto quei beni e servizi dei quali l'impresa aggiudicataria necessita per poter, essa sola, eseguire la prestazione oggetto del contratto d'appalto (Cons. Stato, sez. III, 22 luglio 2021, n. 5516)”.

Secondo la sentenza “le prestazioni aventi ad oggetto la raccolta e il trasporto dei rifiuti derivanti dalle attività di bonifica e di manutenzione dei poligoni di tiro non costituiscono attività di carattere meramente accessorio nell'economia dell'appalto oggetto di controversia, in quanto si tratta di attività espressamente contemplate nella disciplina di gara quali prestazioni richieste all'affidatario, secondo quanto sopra

.....
(6) Si ricorda che la disposizione è stata abrogata dall'articolo 10, comma 1, dalla legge n. 238/2021 recante “Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2019-2020”.

illustrato. Tali attività, quindi, pur potendo essere svolte sulla base di un rapporto contrattuale tra l'affidatario e un operatore terzo, sono tuttavolta rivolte direttamente nei confronti dell'Amministrazione, e non invece nei confronti dell'organizzazione dell'aggiudicatario (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2018, n. 7256)".

Per le ragioni suddette quindi non può essere sostenuto che, nel caso di specie, le attività di raccolta e trasporto dei rifiuti rivestano carattere puramente accessorio.

E questo a prescindere dalla ridotta incidenza economica delle attività medesime, poiché il secondo periodo dell'art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che costituisce "comunque" subappalto qualsiasi contratto che superi le soglie indicate.

"Il legislatore ha infatti voluto stabilire una soglia quantitativa al di sopra della quale il contratto viene qualificato in ogni caso come subappalto, ai fini della disciplina dei contratti pubblici, a prescindere da ogni approfondimento circa la relativa natura; ciò non toglie, tuttavia, che i caratteri propri del subappalto possano emergere anche in relazione a contratti che si pongano al di sotto della suddetta soglia, ove le relative prestazioni non presentino carattere puramente strumentale e accessorio e siano dirette nei confronti dell'Amministrazione, e non della struttura organizzativa dell'affidatario".

D'altro canto, anche la soglia del 2 per cento del valore della commessa, che la controinteressata afferma non essere superata, è riferita dal legislatore ai contratti di "forniture con posa in opera" e di "nolo a caldo", i quali non sono assimilabili rispetto all'attività di raccolta e trasporto dei rifiuti.

La sentenza ricorda che in entrambe le fattispecie indicate (subappalto e subaffidamenti diversi dal subappalto) si fa riferimento a prestazioni eseguite con manodopera di un operatore terzo⁽⁷⁾.

Nel caso oggetto di controversia, "l'operatore incaricato della raccolta e del trasporto dei rifiuti non potrebbe limitarsi a mettere a disposizione il mezzo di lavoro e l'addetto abilitato a utilizzarlo, affinché svolga materialmente l'attività sotto la responsabilità dell'impresa esecutrice (come avviene nel nolo a caldo), ma dovrebbe necessariamente operare autonomamente, assumendo in proprio la responsabilità

.....

(7) "In particolare, nel c.d. nolo a caldo il noleggiatore non è obbligato al raggiungimento di uno scopo specifico, ma si limita esclusivamente a mettere a disposizione dell'affidatario l'attrezzatura di lavoro e il personale addetto al suo utilizzo. L'organizzazione del lavoro è quindi rimessa esclusivamente all'impresa affidataria. Non può, invece, parlarsi di nolo a caldo, ma è riscontrabile un vero e proprio subappalto, nel caso in cui l'operatore dell'attrezzatura non entri a far parte dell'organizzazione dell'impresa esecutrice e non agisca sotto le direttive di quest'ultima, quale semplice conduttore del mezzo di lavoro, ma gli venga affidata una lavorazione prevista dall'appalto, da eseguire direttamente e in piena autonomia".

dell'attività, che è abilitato ad eseguire esclusivamente in forza dell'iscrizione all'ANGA".

Da questo deriverebbe *"la radicale differenza rispetto al nolo a caldo e, più in generale, alle prestazioni accessorie non qualificabili come subappalto"*.

In conclusione, la sentenza afferma il principio secondo cui l'impresa priva dell'iscrizione all'ANGA, necessaria per le attività di raccolta e trasporto dei rifiuti, dovesse necessariamente fare ricorso al subappalto per l'esecuzione di tali prestazioni, rendendo la relativa dichiarazione al momento della presentazione dell'offerta.

L'assenza della dichiarazione di subappalto avrebbe dovuto necessariamente portare all'esclusione dell'impresa dalla procedura concorsuale.

Lavoro agile con schema di accordo

di *Maurizio Lucca*

Definizione di lavoro agile

Mutando una definizione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali il “*Lavoro agile*” (o *smart working*) consiste in una modalità della prestazione lavorativa (rapporto di lavoro subordinato) svolta in parte all’interno dei locali aziendali e in parte all’esterno senza una postazione fissa (sostituita da PC portatili, *tablet* e *smartphone*), definita in un “*accordo*” sottoscritto da datore di lavoro e lavoratore.

Si caratterizza dall’assenza di vincoli orari o spaziali e un’organizzazione per fasi, cicli e obiettivi, stabilita all’interno del cit. accordo: una modalità che aiuta il lavoratore a conciliare i tempi di vita e lavoro e, al contempo, favorire la crescita della sua produttività e, parte integrante di quelle misure di segregazione (c.d. *lockdown*), adottate in epoca di pandemia da Covid-19, con la creazione del Piano organizzativo del lavoro agile, c.d. “POLA”, quale sezione del Piano della performance, poi sostituito e inglobato, con il PNRR (ex art. 6, d.l. n. 80/2021), nel Piano integrato attività e organizzazione, c.d. “PIAO”.

La fonte di riferimento

Invero, la definizione del lavoro agile, contenuta negli artt. 18 ss. della legge n. 81/2017, enfatizza l’unione tra la prestazione lavorativa e le esigenze del lavoratore, ritenendo che la prestazione possa essere più produttiva quando essa sia integrata nel sistema di vita (una effettiva conciliazione), scandita da tempi predefiniti di lavoro massimo giornaliero e settimanale, derivante dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

In questo senso, il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell’attività lavorativa, rilevando che per l’esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile sono tenuti – in ogni caso – a riconoscere priorità alle richieste di esecuzione del rapporto di lavoro in modalità agile formulate dalle lavoratrici e dai

lavoratori con figli fino a dodici anni di età o senza alcun limite di età nel caso di figli in condizioni di disabilità, ai sensi dell'articolo 3, comma 3, legge 5 febbraio 1992, n. 104, da ricomprendere le richieste dei lavoratori con disabilità in situazione di gravità accertata.

La lavoratrice o il lavoratore che richiede di fruire del lavoro agile non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro: qualunque misura adottata in violazione è da considerarsi ritorsiva o discriminatoria e, pertanto, nulla.

Le tutele

Il rifiuto, l'opposizione o l'ostacolo alla fruizione del lavoro agile, secondo i criteri di priorità, ove rilevati nei due anni antecedenti alla richiesta della certificazione della parità di genere o di analoghe certificazioni previste dalle regioni e dalle province autonome nei rispettivi ordinamenti, impediscono al datore di lavoro il conseguimento delle stesse certificazioni.

Viene inoltre, stabilito che gli incentivi di carattere fiscale e contributivo, eventualmente riconosciuti in relazione agli incrementi di produttività ed efficienza del lavoro subordinato, sono applicabili anche quando l'attività lavorativa sia prestata in modalità di lavoro agile.

Lo strumento negoziale: l'accordo

Dunque, l'accordo è lo strumento negoziale per assicurare la possibilità di accedere al lavoro agile, definire le modalità di esecuzione, stabilire forme di verifica dei risultati e della prestazione, in piena sicurezza (anche dei dati e della loro tracciabilità) e tutela del lavoratore, dovendo evidenziare che solo attraverso una reale transizione digitale sarà possibile cogliere gli aspetti positivi sottesi a questa forma flessibile di prestazione lavorativa.

Il lavoro agile nella sua flessibilità (da non confondere con il telelavoro) supera i sistemi di misurazione della prestazione, visto che se un tempo la presenza in servizio, accertata con la timbratura (che alcuni avrebbero voluto mediante lo *scanner* oculare o l'impronta biometrica)⁽¹⁾, costituiva un punto invalicabile, oggetto di tanti proce-



(1) Cfr. l'art. 1, comma 957, l. n. 178/2020, *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023*, prevedeva: "per le finalità di cui ai commi 955 e 956 del presente articolo, le risorse disponibili in conto residui di cui all'articolo 2, comma 5, della legge 19 giugno 2019, n. 56, previa ricognizione dei fabbisogni, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono attribuite, per l'anno 2021, alla Presidenza del Consiglio dei ministri". Le risorse previste dal comma 5, dell'art. 2, della legge n. 56/2019 erano destinate a finanziare le spese per estendere la rilevazione biometrica delle presenze: il com-

dimenti disciplinari, a volte penali (per truffa)⁽²⁾, ora si è giunti al suo ribaltamento: la prestazione non si misura in orario di presenza in ufficio ma in progetti realizzati e documentati, tracciati con sistemi informatici dal proprio domicilio (nel rispetto delle tutele dei lavoratori), che diventa la sede di lavoro pubblico.

Attraverso l'Accordo si aumenterà l'efficienza e la razionalizzazione delle risorse, imponendo rapporti più immediati, una prestazione misurata sui risultati (la c.d. "responsabilizzazione"), la dematerializzazione dei documenti, la connessione costante (salvo un diritto di essere lasciati isolati), dove i procedimenti e i servizi erogati, anche in forma seriale, potrà riflettersi sul recupero di risorse, sul contenimento del tempo/lavoro (aumento della produttività), sul miglioramento del rapporto tra Amministrazione, impresa e cittadini: una revisione dei processi e procedimenti amministrativi, in linea con gli investimenti del *Next Generation EU* - PNRR (la c.d. "digitalizzazione e reingegnerizzazione").

La digitalizzazione e il lavoro agile

L'andamento di questo progressivo dislocamento delle risorse dovrà essere accompagnato da *report* di valutazione, in grado di comparare le unità in presenza da quelle in *smart working* (un *data manager* ICT), il recupero di risparmi e i costi di approntamento delle postazioni in remoto, in un progressivo sfumare dell'ambiente di lavoro tradizionale per la creazione di spazi (virtuali) nella rete (*on line*) capaci di sostituire la forma in presenza, senza più un'effettiva distinzione delle prestazioni: una neutralità dalla postazione lavorativa tradizionale.

Il lavoro agile richiederà sempre più personale formato (nativo digitale), dove l'utilizzo della tecnologia informatica non potrà prescindere dalla modalità di esecuzione del rapporto di lavoro, mentre i vincoli di subordinazione verranno rivisti su parametri non più legati all'orario di lavoro o alla presenza in sede, ma a vincoli di risultato (e reperibilità) significativi per l'organizzazione, graduando le responsabilità in funzione degli obiettivi stipulati in sede aziendale: l'accordo e il PIAO.

Invero, se guardiamo all'esistente, a tutte le discipline in materia di misurazione della *performance*, e a tutti i limiti di una ponderata e

.....

ma 958 della cit. legge n. 178/2020 dispone: "I commi da 1 a 4 dell'articolo 2 della legge 19 giugno 2019, n. 56, sono abrogati".

(2) Cfr. Cass. pen., sez. II, n. 7005/2019, ove si configurava il concorso materiale tra il reato di truffa aggravata e quello di false attestazioni o certificazioni, previsto dall'art. 55-*quinquies*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, in tema di indebito utilizzo dei *badges* attestanti la presenza in ufficio: si riferisce all'ipotesi del c.d. "assenteismo" dal posto di lavoro quando il pubblico impiegato induce in errore, mediante artifici o raggiri, l'ente presso il quale risulta impiegato circa la sua presenza sul posto di lavoro, Cass. pen., sez. II, 23 gennaio 2019, n. 3262.

valida metodologia di riferimento, possiamo affermare che la prestazione in ufficio può essere valutata anche da remoto, senza un'effettiva distinzione, se si vuole dare un valido significato alla batteria di indicatori improntati dai diversi sistemi di valutazione: il risultato utile si misura su fattori qualitativi, quantitativi, d'impatto⁽³⁾.

La flessibilità organizzativa, la fornitura delle dotazioni base, i collegamenti dalla sede potranno prescindere dalla dimora del lavoratore, dove la presenza viene rimessa all'impronta digitale (*loggare*) o alla tracciatura dello strumento informatico utilizzato (ovviamente, nel rispetto dello Statuto dei lavoratori, che vieta il controllo a distanza).

Tutta questa progressiva semplificazione lavorativa dovrà partire da una immediata verifica dell'esperienza Covid-19, dalla mappatura di tutte le prestazioni effettuate, dalla quantificazione del monte ore utilizzato (rispetto al periodo ferie o congedi esauriti), dai costi delle dotazioni, dall'arretrato, stendendo una programmazione che coinvolga tutto il personale, comprese le c.d. "eccedenze", quelle figure che in tale nuovo bilanciamento non troveranno (forse) collocazione (non diversamente impiegabile), in relazione al profilo prestazionale "incerto" (nel senso che, in mancanza di una cultura pur minima della digitalizzazione, sarà alquanto complesso negoziare con la p.a., ossia prestare il proprio lavoro).

Lo *smart working*, le terapie *stop and go* del "*frenare e stimolare*" (detta anche politica del semaforo), prima imposta come modalità ordinaria rispetto a quella in presenza, poi, con un evidente ripensamento, quale modalità residuale, ridimensionerà il lavoro pubblico, metabolizzando un progressivo riconoscimento della digitalizzazione sulla prestazione lavorativa, sull'implementazione di piattaforma in rete (*in cloud*), dovendo - in questo processo di ripresa e resilienza - non tralasciare l'aspetto umano delle relazioni, quel rapporto di servizio che si dovrebbe instaurare tra amministrazione pubblica e cittadino, peraltro parametro di legalità e integrità (*ex artt. 97 e 98 Cost.*).

.....

(3) Cfr. Funzione Pubblica, *Linee guida per il Sistema di Misurazione e Valutazione della performance*. Ministeri, n. 2 dicembre 2017.

Schema di accordo individuale per la prestazione in lavoro agile

In data ..., presso la sede dell'Amministrazione ..., il/la sottoscritto/a ..., dipendente dell'Amministrazione, C.F. ... e il/la sottoscritto/a ..., in qualità di Dirigente dei servizi "... dell'Amministrazione, C.F. ...

Si precisa che la tipologia di contratto lavoro applicata al presente Accordo viene individuata ... (*lavoro a tempo indeterminato, lavoro a tempo determinato, apprendistato*).

PREMESSO CHE:

Il/La ... ha manifestato il proprio interesse a svolgere la prestazione lavorativa in modalità agile e a tal fine dichiara di ben conoscere ed accettare la disciplina per il "*lavoro agile*"; contenuta nella disciplina:

- d.m. n. 149 del Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali, 22 agosto 2022, sulle comunicazioni e sul modello concernente le informazioni relative all'accordo di lavoro agile da trasmettere con le modalità telematiche;
- decreto del Ministero per la Pubblica Amministrazione 8 ottobre 2021, *Modalità organizzative per il rientro in presenza dei lavoratori delle pubbliche amministrazioni*⁽⁴⁾;
- art. 263, *Disposizioni in materia di flessibilità del lavoro pubblico e di lavoro agile*, del d.l. n. 34/2020, *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, come modificato in sede di conversione in legge n. 77/2020;
- legge 22 maggio 2017, n. 81, *Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*⁽⁵⁾;
- art. 14, *Promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro nelle amministrazioni pubbliche*, della legge n. 124/2015;
- art. ... del Regolamento di organizzazione degli uffici, approvato con ... n. ... del ..., efficace;

.....

(4) Il Decreto disciplina il rientro al lavoro in presenza di tutti i dipendenti pubblici, prescrivendo una serie di condizioni per consentire l'accesso a tale modalità lavorativa tra cui, prioritariamente: 1. l'invarianza della fruizione dei servizi all'utenza; 2. un'adeguata rotazione del personale che può prestare lavoro in modalità agile, assicurando una prevalenza del lavoro in presenza; 3. garantire la riservatezza dei dati e delle informazioni trattate; 4. lo smaltimento del lavoro eventualmente accumulato; 5. la fornitura di apparati digitali adeguati alla prestazione richiesta; 6. l'indicazione, nel contratto individuale, di obiettivi della prestazione, delle modalità e dei tempi di esecuzione, della disconnessione, della eventuale reperibilità, dei criteri di misurazione della prestazione stessa.

(5) Cfr. Direttiva della Funzione Pubblica n. 3 del 2017, *Recante indirizzi per l'attuazione dei commi 1 e 2 dell'articolo 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124 e linee guida contenenti regole inerenti all'organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti*.

- sez. *Organizzazione e Capitale Umano* del PIAO, approvato con ... n. ... del ..., efficace, ex art. 4 del d.m. del Ministro per la Pubblica Amministrazione, 30 giugno 2022⁽⁶⁾.

CONVENGONO QUANTO SEGUE

Art. 1 – Oggetto

Il/La dipendente è ammesso/a a svolgere la prestazione lavorativa ... (*indicare*), con la previsione dei seguenti risultati ... (*indicare*), vagliati secondo i criteri definiti ... (*indicare, ovvero riportare come la prestazione verrà valutata*) in modalità agile nei termini e alle condizioni di seguito indicate ed in conformità alle prescrizioni stabilite nella disciplina sopra richiamata, stabilendo, altresì, che:

- la data di avvio della prestazione di lavoro in modalità agile è il ...
- la data di fine della prestazione di lavoro in modalità agile è il ...
- il/i giorno/i alla settimana per la prestazione dell'attività lavorativa in modalità agile e/sono fissati: ...
- ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa in modalità agile da remoto, si prevede l'utilizzo della seguente dotazione messa a disposizione dall'Amministrazione ... (*indicare, PC, linea telefonica e cellulare*);
- la piattaforma ... (*indicare*) costituirà elemento di valutazione della prestazione in funzione dei compiti assegnati dal proprio Responsabile ...;
- la dotazione tecnologica di proprietà/nella disponibilità del dipendente è conforme alle specifiche tecniche richieste, come risulta da verifica da parte del Responsabile ..., prot. n. ... (*oppure, verificata*

.....

(6) In applicazione del comma 6, dell'art. 6, *Piano integrato di attività e organizzazione*, del d.l. n. 80/2021, convertito con modificazioni in legge n. 113/2021. Cfr. il dPR 24 giugno 2022, n. 81, *Regolamento recante individuazione degli adempimenti relativi ai Piani assorbiti dal Piano integrato di attività e organizzazione*. Si rinvia, LUCCA, *Schema (praticabile) di deliberazione in attesa del PIAO, lentepubblica.it*, 23 giugno 2022, ove si chiarisce che con il PIAO si vorrebbe introdurre, in adesione alle politiche del PNRR, l'abrogazione di una serie di norme e coniugare - in un unico documento di organizzazione - una molteplicità di "PIANI" e "Adempimenti", «per assicurare la qualità e la trasparenza dell'attività amministrativa e migliorare la qualità dei servizi ai cittadini e alle imprese e procedere alla costante e progressiva semplificazione e reingegnerizzazione dei processi anche in materia di diritto di accesso». Cfr., altresì, le *Linee guida in materia di lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, adottate il 30 novembre 2021 dal Ministro per la Pubblica Amministrazione, d'intesa con i sindacati ed in ossequio al disposto dell'art. 1, comma 6, d.m. 8 ottobre 2021, ove si precisa la loro efficacia «nelle more della regolamentazione dei contratti collettivi nazionali di lavoro relativi al triennio 2019-21 che disciplineranno a regime l'istituto per gli aspetti non riservati alla fonte unilaterale, sono rivolte alle pubbliche amministrazioni e agli altri enti ad esse assimilati tenuti a prevedere misure in materia di lavoro agile. Esse hanno l'obiettivo di fornire indicazioni per la definizione di una disciplina che garantisca condizioni di lavoro trasparenti, che favorisca la produttività e l'orientamento ai risultati, concili le esigenze delle lavoratrici e dei lavoratori con le esigenze organizzative delle pubbliche amministrazioni, consentendo, ad un tempo, il miglioramento dei servizi pubblici e dell'equilibrio fra vita professionale e vita».

dall'Ufficio in data ..., in coerenza con le misure di sicurezza adottate dall'Amministrazione).

Il Responsabile ... (indicare ufficio o servizio), in ogni caso, potrà in ogni momento disporre le soluzioni tecnologiche necessarie a consentire al/la dipendente l'accesso da remoto alla postazione di lavoro e ai sistemi applicativi necessari allo svolgimento della prestazione dal proprio dispositivo esterno, salvaguardando, al contempo, la sicurezza della rete e dei dati dell'Amministrazione (si può richiamare la designazione o nomina a responsabile del trattamento dei dati personali).

È stato assicurato il principio di rotazione in funzione dei soggetti ammessi e autorizzati al lavoro agile.

(Opzionale: Tra gli obiettivi rientra lo smaltimento dell'arretrato riferito ai seguenti ... (indicare procedimenti, processi, pratiche; oppure, di cui alla nota prot. n. ... del ...) da terminare entro il periodo dell'Accordo)

Art. 2 - Luogo di lavoro

Il luogo di lavoro è il seguente ... (indicare luogo, via ..., n. ...).

Art. 3 - Contattabilità obbligatoria del dipendente

Il/La dipendente potrà essere contattato/a nelle seguenti fasce orarie ... dalle ore ... alle ore ..., nei giorni ... (indicare reperibilità).

Art. 4 - Fascia di disconnessione

La fascia di disconnessione è individuata dalle ore ... alle ore ..., oltre al ... (sabato, domenica e festivi, la fascia di disconnessione deve comprendere 11 ore di riposo consecutivo)⁽⁷⁾.

.....

(7) Vedi, il comma 1-ter, art. 2, Lavoro agile, congedi per genitori e bonus baby-sitting, d.l. n. 30/2021, Misure urgenti per fronteggiare la diffusione del Covid-19 e interventi di sostegno per lavoratori con figli minori in didattica a distanza o in quarantena, inserito in sede di conversione in legge n. 61/2021, dove viene «riconosciuto al lavoratore che svolge l'attività in modalità agile il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche, nel rispetto degli eventuali accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati. L'esercizio del diritto alla disconnessione, necessario per tutelare i tempi di riposo e la salute del lavoratore, non può avere ripercussioni sul rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi». Cfr. Audizione del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali sull'affare assegnato atto n. 453 relativo al tema di Ricadute occupazionali dell'epidemia da Covid-19, azioni idonee a fronteggiare le situazioni di crisi e necessità di garantire la sicurezza sanitaria nei luoghi di lavoro, 13 maggio 2020, gdpd.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9341993, ove, dopo aver chiarito che «ogni limitazione (dalla giustificazione degli spostamenti al tracciamento dei contatti) incide in maniera significativa sul rapporto libertà-autorità da cui si misura la tenuta della democrazia», si afferma sulla posizione debole del lavoratore «tale da poterne ostacolare la reale autodeterminazione rispetto al potere datoriale, altrimenti suscettibile di esercizio, in assenza di regole adeguate, anche mediante controlli pervasivi sul dipendente... Ma per impedire abusi nell'esercizio di tali poteri, è necessario delimitarne l'ambito, che non può essere interamente rimesso alla contrattazione individuale, proprio per i limiti che caratterizzano la capacità dispositiva del lavoratore nell'ambito di un rapporto asimmetrico quale quello in esame», esigendo che il ricorso al lavoro agile «non può, allora, rappresentare l'occasione per il monitoraggio si-

Durante la fascia oraria di disconnessione (c.d. non contattabilità), il/la dipendente ha diritto ad interrompere il collegamento con gli strumenti tecnologici utilizzati per l'esecuzione della prestazione e non è tenuto ad erogare alcuna prestazione lavorativa.

Art. 5 – Potere direttivo, di controllo e disciplinare

La modalità di lavoro agile non modifica il potere direttivo e di controllo del datore di lavoro, che sarà esercitato con modalità analoghe a quelle applicate con riferimento alla prestazione resa presso i locali dell'Amministrazione.

Il potere di controllo sulla prestazione resa al di fuori dei locali dell'Amministrazione si esplicherà, di massima, attraverso la verifica dei risultati ottenuti, sia in relazione alla piattaforma ..., che ai compiti affidati dal Responsabile ...

Durante l'attività svolta in modalità agile il/la dipendente è impegnato/a al conseguimento degli obiettivi assegnati nella sez. *Valore Pubblico, Performance e Anticorruzione* del PIAO, mediante scheda individuale, nonché degli ulteriori obiettivi, anche settimanali, che potranno essere assegnati in corso di esecuzione del presente accordo, ad integrazione di quelli iniziali, allo scopo di monitorare i risultati dalla prestazione lavorativa in modalità agile⁽⁸⁾.

In questo ultimo caso, il/la lavoratore/trice agile redige un *report* delle attività svolte da remoto con cadenza ... (*settimanale/mensile*)

.....
stematico e ubiquitario del lavoratore, ma deve avvenire nel pieno rispetto delle garanzie sancite dallo Statuto a tutela dell'autodeterminazione, che presuppone anzitutto un'adeguata formazione e informazione del lavoratore in ordine al trattamento cui i suoi dati saranno soggetti ... Non sarebbe, ad esempio, legittimo fornire per lo smart working un computer dotato di funzionalità che consentano al datore di lavoro di esercitare un monitoraggio sistematico e pervasivo dell'attività compiuta dal dipendente tramite, appunto, questo dispositivo»: disponendo che venga assicurato «anche quel diritto alla disconnessione, senza cui si rischia di vanificare la necessaria distinzione tra spazi di vita privata e attività lavorativa, annullando così alcune tra le più antiche conquiste raggiunte per il lavoro tradizionale».

(8) Sul buono pasto, vedi, Tribunale di Venezia, decreto 8 luglio 2020, ove si perviene che anche nel campo del pubblico impiego (caso di specie, dipendente di un Ente Locale), il lavoro agile è incompatibile con la fruizione dei buoni pasto, atteso che «il buono pasto è un beneficio che non viene attribuito senza scopo, in quanto la sua corresponsione è finalizzata a far sì che, nell'ambito dell'organizzazione di lavoro, si possano conciliare le esigenze di servizio con le esigenze quotidiane del lavoratore, al quale viene così consentita - laddove non sia previsto un servizio mensa - la fruizione del pasto, i cui costi vengono assunti dall'Amministrazione, al fine di garantire allo stesso il benessere fisico necessario per la prosecuzione dell'attività lavorativa, nelle ipotesi in cui l'orario giornaliero corrisponda a quello contrattualmente stabilito per la fruizione del beneficio Non si tratta quindi di un elemento della retribuzione, né di un trattamento comunque necessariamente conseguente alla prestazione di lavoro in quanto tale, ma piuttosto di un beneficio conseguente alle modalità concrete di organizzazione dell'orario di lavoro. Se così è, i buoni pasto non rientrano sic et simpliciter nella nozione di trattamento economico e normativo, che deve essere garantito in ogni caso al lavoratore in smart working ex art. 20, legge n. 81 del 2017».

o diversa periodicità indicata dal Responsabile ..., anche avvalendosi della Piattaforma ..., indicando la prestazione e gli obiettivi raggiunti.

Restano ferme le ordinarie modalità di valutazione delle prestazioni, secondo il sistema vigente per tutti i dipendenti.

Nello svolgimento della prestazione lavorativa in modalità di lavoro agile il comportamento del/della dipendente dovrà:

- essere sempre improntato a principi di correttezza e buona fede;
- la prestazione dovrà essere svolta sulla base di quanto previsto dai CCNL vigenti;
- rispettato il Codice di comportamento dell'Amministrazione, da comprendere le "Misure di prevenzione della corruzione e della trasparenza", riportate nel PTPCT ...

Le parti si danno atto che, secondo la loro gravità e nel rispetto della disciplina legale e contrattuale vigente, le condotte connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali dell'Amministrazione danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, così come individuate nel Regolamento disciplinare, noto al/la dipendente, avendone acquisita copia, ovvero, avendone consultato il contenuto e compreso il significato, pubblicato *on line* nella sez. "Amministrazione Trasparente", sott. sez. "Disposizioni/Atti Generali".

Il mancato rispetto delle disposizioni previste nel presente Accordo può comportare l'esclusione da un eventuale rinnovo dell'Accordo individuale.

È escluso il rinnovo in caso di revoca disposta ai sensi del successivo art. 6.

Il/La dipendente si impegna nel rispetto di quanto previsto nell'informativa sulla salute e sicurezza nel lavoro agile di cui, con la sottoscrizione del presente Accordo, conferma di aver preso visione e trattenuta una copia.

Art. 6 – Recesso e revoca dall'accordo

Il presente Accordo è a tempo determinato.

Ai sensi del comma 2, dell'art. 19, *Forma e recesso*, della legge 22 maggio 2017, n. 81, il/la lavoratore/trice agile e l'Amministrazione possono recedere dall'Accordo in qualsiasi momento con preavviso di almeno 30 giorni⁽⁹⁾.

.....

(9) La seconda parte finale del cit. comma prevede che «nel caso di lavoratori disabili ai sensi dell'articolo 1 della legge 12 marzo 1999, n. 68, il termine di preavviso del recesso da parte del datore di lavoro non può essere inferiore a novanta giorni, al fine di consentire un'adeguata riorganizzazione dei percorsi di lavoro rispetto alle esigenze di vita e di cura del lavoratore».

In presenza di un giustificato motivo, ciascuno dei contraenti può recedere prima della scadenza del termine nel caso di Accordo a tempo determinato.

L'Accordo individuale di lavoro agile può, in ogni caso, essere revocato dal Dirigente ..., sentito il Responsabile di ... di appartenenza nel caso:

- a) in cui il dipendente non rispetti i tempi o le modalità di effettuazione della prestazione lavorativa, o, in caso, di ripetuto mancato rispetto delle fasce di contattabilità (*per almeno ...*), in questa ultima ipotesi opera di diritto con la comunicazione del recesso;
- b) di mancato raggiungimento degli obiettivi assegnati e definiti nell'Accordo individuale.

In caso di revoca/recesso il dipendente è tenuto a riprendere la propria prestazione lavorativa secondo l'orario ordinario presso la sede di lavoro dal giorno successivo alla comunicazione della revoca.

La comunicazione della revoca potrà avvenire per *e-mail* ordinaria personale al seguente indirizzo ... e/o per PEC al seguente indirizzo ..., o altro sistema di comunicazione (forma libera).

L'avvenuto recesso o revoca dell'Accordo individuale è comunicato dal Dirigente (*o dal Responsabile dell'ufficio ...*).

In caso di trasferimento del dipendente ad altro ... (*settore/sede/dipartimento*), l'Accordo individuale cessa di avere efficacia dalla data di effettivo trasferimento del lavoratore.

Art. 7 – Presenza in sede

L'Amministrazione si riserva di richiedere la presenza in sede del/la dipendente in qualsiasi momento per esigenze di servizio rappresentate dal Dirigente o dal Responsabile di ... di riferimento.

Qualora impossibilitato al momento della richiesta, il/la dipendente è - in ogni caso - tenuto/a a presentarsi in sede entro le ... (*indicare*) ore successive.

Art. 8 – Informativa

Il/La dipendente si impegna al rispetto di quanto previsto nell'Informativa sulla salute e sicurezza nel lavoro agile di cui, con la sottoscrizione del presente Accordo, conferma di averne preso visione e qui allegata prot. n. ... (*che la parte ha ricevuto con nota prot. n. ... del ...; oppure, che viene consegnata e il dipendente dichiara di averla ricevuta con la sottoscrizione del presente Accordo*)⁽¹⁰⁾.

.....

(10) Cfr. circolare INAIL n. 48 del 2 novembre 2017, *Lavoro agile. Legge 22 maggio 2017, n. 81, articoli 18-23. Obbligo assicurativo e classificazione tariffaria, retribuzione imponibile, tutela assicurativa, tutela della salute e sicurezza dei lavoratori. Istruzioni operative.*

Art. 9 – Autorizzazione al trattamento dei dati personali

Il/La dipendente autorizza l'Amministrazione al trattamento dei propri dati personali, ai sensi del decreto legislativo n. 196/2003 e del Regolamento 2016/679/UE (Regolamento europeo sulla protezione dati personali), per le finalità connesse e strumentali alla gestione del presente Accordo⁽¹¹⁾.

Art. 10 – Disposizioni finali

Per quanto non espressamente disposto dal presente Accordo, si fa rinvio alle disposizioni contenute nella premessa, alla disciplina contrattuale e interna inerente al rapporto di lavoro alle dipendenze dell'Amministrazione.

Ogni modificazione o altre attività riferita al presente Accordo avviene in forma scritta.

Il presente Accordo viene conservato agli atti dell'Ufficio ... per la durata di almeno anni cinque dalla data di sottoscrizione e soggetto a comunicazione obbligatoria al Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, ai sensi dell'art. 23, comma 1, della legge 22 maggio 2017, n. 81, come modificato dall'art. 41 *bis* del d.l. 21 giugno 2022, n. 73, convertito in legge 4 agosto 2022, n. 122⁽¹²⁾.

Firmato digitalmente il Dirigente ...

Firmato digitalmente il lavoratore agile ...

.....

(11) Cfr. il *Protocollo nazionale sul lavoro in modalità agile*, sottoscritto in data 7 dicembre 2021, Ministro del lavoro e delle politiche sociali, dove all'art. 12, *Protezione dei dati personali e riservatezza*, vengono indicate una serie di misure per trattare i dati personali e la sicurezza informatica, in modo specifico «il datore di lavoro promuove l'adozione di policy aziendali basate sul concetto di security by design, che prevedono la gestione dei data breach e l'implementazione di misure di sicurezza adeguate che comprendono, a titolo meramente esemplificativo, se del caso la crittografia, l'adozione di sistemi di autenticazione e VPN, la definizione di piani di backup e protezione malware. Il datore di lavoro favorisce iniziative di formazione e sensibilizzazione dei lavoratori sia sull'utilizzo, custodia e protezione degli strumenti impiegati per rendere la prestazione, sia sulle cautele comportamentali da adottare nello svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agile, compresa la gestione dei data breach».

(12) Secondo le indicazioni del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, lavoro.gov.it/notizie/Pagine/Lavoro-agile-DM-149-2022-modalita-di-comunicazione-telematica-dal-1-settembre-2022.aspx, tale adempimento «è previsto, a decorrere dal 1° settembre 2022, solo nel caso di nuovi accordi di lavoro agile o qualora si intenda procedere a modifiche (ivi comprese proroghe) di precedenti accordi. Restano valide le comunicazioni già effettuate secondo le modalità della disciplina previgente, come disposto dal comma 3 dell'articolo 1 del citato Decreto ministeriale. Per quanto attiene al termine entro cui effettuare questo adempimento... la relativa comunicazione andrà effettuata entro il termine di cinque giorni, ai sensi dell'articolo 4-bis, comma 5, del Decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, con le conseguenze sanzionatorie di cui all'articolo 19, comma 3, del Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, espressamente richiamato nel nuovo comma 1, ultimo periodo, dell'articolo 23 della Legge 22 maggio 2017, n. 81... in fase di prima applicazione delle nuove modalità, l'obbligo della comunicazione potrà essere assolto entro il 1° novembre 2022».

Risposte ai lettori

a cura di *Antonio Vespignani, Stefano Sacchetto
e Arianna Fuser*

Parità di genere

In merito all'obbligo di assumere, in caso di aggiudicazione, una quota pari al 30% di occupazione giovanile, è sufficiente inserire nuovo personale anche con tipologie di contratti che non siano contratti di lavoro subordinato (per esempio contratti di collaborazione ecc.)?

Al quesito deve darsi risposta negativa e la medesima risposta va estesa alla speculare ipotesi di impegno all'incremento dell'occupazione femminile. Come noto, l'art. 47 del d.l. n. 77/2021 (convertito dalla l. n. 108/2021) contiene una serie di disposizioni volte a favorire le pari opportunità di genere e generazionale nell'ambito delle procedure riguardanti l'affidamento dei contratti pubblici finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR. Tra queste vi è proprio (comma 4, ult. per.) la prescrizione che è requisito necessario dell'offerta l'assunzione dell'obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30% delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile.

In ordine alla questione sollevata, occorre in particolare fare riferimento alle linee guida di cui al decreto interministeriale 7 dicembre 2021 ("Adozione delle linee guida volte a favorire la pari opportunità di genere e generazionali, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC"), che esplicitamente chiariscono che le assunzioni da destinare a occupazione giovanile e femminile si identificano con il perfezionamento di contratti di lavoro subordinato disciplinati dal d.lgs. n. 81/2015,

e dai contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale.

Regolarità contributiva

In occasione del pagamento di uno stato di avanzamento lavori, è legittimo il comportamento della stazione appaltante che, in presenza del durc irregolare di un subappaltatore, trattenga l'intero importo del S.a.l. stesso?

Al quesito va data senz'altro risposta negativa. È chiarissimo infatti il precetto di legge cristallizzato nell'art. 30, comma 5, del vigente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), che recita: "In caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore (...), impiegato nell'esecuzione del contratto, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile".

La finalità della norma è del resto quella di garantire che al personale impegnato nell'appalto sia assicurato l'integrale trattamento contributivo dovuto, di modo che, qualora dal DURC dovessero emergere inadempienze sotto questo profilo, le stesse possano essere sanate direttamente dalla stazione appaltante utilizzando le somme all'uopo trattenute, nella misura necessaria, per il relativo versamento agli enti competenti.

I lettori possono rivolgere quesiti alla Redazione della Rivista, indirizzando via e-mail a: constato@libero.it.

Il testo del quesito non potrà superare la mezza pagina a stampa corrispondente a 1.000 caratteri. La risposta sarà pubblicata compatibilmente con le esigenze redazionali.

LEGGI ED ALTRI ATTI NORMATIVI

- *Decreto legislativo 17 giugno 2022, n. 83*

Modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza). (G.U. Serie Generale n.152 dell'1.7.2022)

- *Decreto del Presidente della Repubblica 24 giugno 2022, n. 81*

Regolamento recante individuazione degli adempimenti relativi ai Piani assorbiti dal Piano integrato di attività e organizzazione. (G.U. Serie Generale n.151 del 30.6.2022)

- *Decreto legislativo 27 giugno 2022, n. 104*

Attuazione della direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea. (G.U. Serie Generale n.176 del 29.7.2022)

- *Legge 29 giugno 2022, n. 79*

Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36, recante ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR). (G.U. Serie Generale n.150 del 29.6.2022)

- *Decreto-legge 7 luglio 2022, n. 85*

Disposizioni urgenti in materia di concessioni e infrastrutture autostradali e per l'accelerazione dei giudizi amministrativi relativi a opere o interventi finanziati con il Piano nazionale di ripresa e resilienza. (G.U. Serie Generale n.157 del 7.7.2022)

- *Legge 15 luglio 2022, n. 91*

Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 maggio 2022, n. 50, recante misure urgenti in materia di politiche energetiche nazionali, produttività delle imprese e attrazione degli investimenti, nonché in materia di politiche sociali e di crisi ucraina. (G.U. Serie Generale n.164 del 15.7.2022)

- *Legge 5 agosto 2022, n. 108*

Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 giugno 2022, n. 68, recante disposizioni urgenti per la sicurezza e lo sviluppo delle infrastrutture, dei trasporti e della mobilità sostenibile, nonché in materia di grandi eventi e per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili. (G.U. Serie Generale n.182 del 5.8.2022 - Suppl. Ordinario n. 29)

DECRETI PRESIDENZIALI

- *Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 16 maggio 2022*
Predisposizione del Piano nazionale per la riqualificazione dei piccoli comuni. (G.U. Serie Generale n.167 del 19.7.2022)

DECRETI, DELIBERE E ORDINANZE MINISTERIALI

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

DIPARTIMENTO PER LE PARI OPPORTUNITÀ

- *Decreto 29 aprile 2022*
Parametri per il conseguimento della certificazione della parità di genere alle imprese e coinvolgimento delle rappresentanze sindacali aziendali e delle consigliere e consiglieri territoriali e regionali di parità. (G.U. Serie Generale n.152 del 1.7.2022)

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DELLA MOBILITÀ SOSTENIBILI

- *Decreto 26 aprile 2022*
Ripartizione delle risorse, per le annualità dal 2025 al 2029, per le strade delle province e delle città metropolitane. Integrazione al decreto 19 marzo 2020, relativo a programmi straordinari di manutenzione della rete viaria. (G.U. Serie Generale n.154 del 4.7.2022)
- *Decreto 27 giugno 2022*
Modalità di utilizzo del Fondo adeguamento prezzi di cui all'articolo 26, comma 4, lettera a), del decreto-legge 17 maggio 2022, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2022, n. 91. (G.U. Serie Generale n.179 del 2.8.2022)

MINISTERO DELLA TRANSIZIONE ECOLOGICA

- *Decreto 23 giugno 2022*
Criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, della pulizia e spazzamento e altri servizi di igiene urbana, della fornitura di contenitori e sacchetti per la raccolta dei rifiuti urbani, della fornitura di veicoli, macchine mobili non stradali e attrezzature per la raccolta e il trasporto di rifiuti e per lo spazzamento stradale. (G.U. Serie Generale n.182 del 5.8.2022)
- *Decreto 23 giugno 2022*
Criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di progettazione di interventi edilizi, per l'affidamento dei lavori per interventi edilizi e per l'affidamento congiunto di progettazione e lavori per interventi edilizi. (G.U. Serie Generale n.183 del 6.8.2022)

DECRETI E DELIBERE DI ALTRE AUTORITÀ

AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

- *Delibera 20 luglio 2022*

Aggiornamento del Bando tipo n. 1/2021. Schema di disciplinare di gara - Procedura aperta telematica per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. (Delibera n. 332). (G.U. Serie Generale n.181 del 4.8.2022)

TESTI COORDINATI E AGGIORNATI

- *Testo coordinato del decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36*

Testo del decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36 (in Gazzetta Ufficiale - Serie generale - n. 100 del 30 aprile 2022), coordinato con la legge di conversione 29 giugno 2022, n. 79, recante: «Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)». (G.U. Serie Generale n.150 del 29.6.2022)

- *Testo coordinato del decreto-legge 17 maggio 2022, n. 50*

Testo del decreto-legge 17 maggio 2022, n. 50 (in Gazzetta Ufficiale - Serie generale - n. 114 del 17 maggio 2022), coordinato con la legge di conversione 15 luglio 2022, n. 91, recante: «Misure urgenti in materia di politiche energetiche nazionali, produttività delle imprese e attrazione degli investimenti, nonché in materia di politiche sociali e di crisi ucraina». (G.U. Serie Generale n.164 del 15.7.2022)

- *Testo coordinato del decreto-legge 16 giugno 2022, n. 68*

Testo del decreto-legge 16 giugno 2022, n. 68 (in Gazzetta Ufficiale - Serie generale - n. 139 del 16 giugno 2022), coordinato con la legge di conversione 5 agosto 2022, n. 108 (in questo stesso Supplemento ordinario), recante: «Disposizioni urgenti per la sicurezza e lo sviluppo delle infrastrutture, dei trasporti e della mobilità sostenibile, nonché in materia di grandi eventi e per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili». (22A04562) (GU Serie Generale n.182 del 05-08-2022 - Suppl. Ordinario n. 29)

LEGGI REGIONALI⁽¹⁾

TRENTINO-ALTO ADIGE

PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO

- *Legge provinciale 2 agosto 2021, n. 17*

Rendiconto generale della Provincia autonoma di Trento per l'esercizio finanziario 2020. (G.U. n.28 del 16.7.2022)

.....

(1) N.B. - I dati relativi alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale si riferiscono alla 3^a Serie Speciale - Regioni.

PROVINCIA AUTONOMA DI BOLZANO

- *Decreto del Presidente della Provincia 19 aprile 2021, n. 15*

Regolamento di esecuzione sulle modalità di funzionamento della conferenza di servizi. (G.U. n.28 del 16.7.2022)

FRIULI-VENEZIA GIULIA

- *Decreto del Presidente della Regione 3 dicembre 2021, n. 99*

Regolamento concernente criteri e modalità per la concessione di contributi diretti a sostenere l'adozione da parte delle imprese operanti in Friuli Venezia Giulia di misure dirette all'applicazione delle modalità produttive dell'economia circolare e all'efficientamento energetico ai sensi dell'articolo 77, commi 3 e 4, della legge regionale 22 febbraio 2021, n. 3 (Disposizioni per la modernizzazione, la crescita e lo sviluppo sostenibile verso una nuova economia del Friuli-Venezia Giulia «SviluppImpresa»). (G.U. n.30 del 30.7.2022)

TOSCANA

- *Legge regionale 28 dicembre 2021, n. 54*

Disposizioni di carattere finanziario. Collegato alla legge di stabilità per l'anno 2022. (G.U. n.30 del 30.7.2022)

- *Legge regionale 28 dicembre 2021, n. 55*

Legge di stabilità per l'anno 2022. (G.U. n.31 del 6.8.2022)

LAZIO

- *Legge regionale 30 dicembre 2021, n. 20*

Legge di stabilità regionale 2022. (G.U. n.28 del 16.7.2022)

ABRUZZO

- *Legge regionale 28 dicembre 2021, n. 33*

Assestamento al Bilancio di previsione 2021-2023 ex art. 50, d.lgs. 118/2011 e s.m.i., con modifiche di leggi regionali. (G.U. n.26 del 2.7.2022)

- *Legge regionale 11 gennaio 2022, n. 1*

Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e ulteriori disposizioni urgenti. (G.U. n.29 del 23.7.2022)

LA COMMISSIONE GIUDICATRICE

Nell'affidamento di contratti pubblici

Luglio 2022 - Codice 88.916.5917.0
F.to 17x24 - Pag. 222 - € 34.00

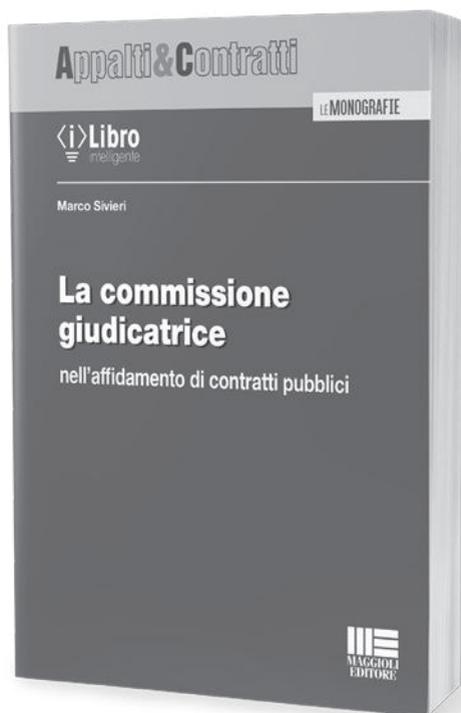
Con un linguaggio semplice e rigoroso l'autore ci guida nell'analisi dell'attività di una commissione giudicatrice, dal momento della sua costituzione sino al termine delle attività di valutazione.

Ricco di esempi ancorati alla realtà quotidiana, il libro affronta ogni fase dell'attività della commissione per valutarla nel confronto tra le norme di legge, la giurisprudenza e la prassi operativa.

Il libro è, in definitiva, un manuale per gli operatori del settore dei contratti pubblici, sia sul fronte della pubblica amministrazione (che è chiamata a svolgere l'attività valutativa attraverso la commissione giudicatrice), sia nella prospettiva dell'impresa che partecipa alla gara e che richiede di sapere quali sono le proprie possibilità di contestare l'attività della commissione tecnica.

Un confronto a carte scoperte, in cui gli interessi delle imprese e delle amministrazioni aggiudicatrici sono illustrati sul medesimo piano di legittimità.

Una lettura interessante per i giuristi che si avvicinano al diritto dei contratti pubblici e che, nei continui rimandi ai principi del diritto ed alle norme positive, troveranno strumenti di ragionamento che superano il limite del tema della "commissione giudicatrice" e che offrono l'occasione per un più ampio esercizio di riflessione sul diritto amministrativo.



iLibro

L'acquisto dell'opera include l'accesso alla versione digitale iLibro, che permette:

- la consultazione online;
- l'utilizzo del motore di ricerca per parola e concetti all'interno del volume;
- il collegamento diretto alla normativa (sempre aggiornata e in multivigenza), alla prassi e alla giurisprudenza citate nel testo.



MARCO SIVIERI

Avvocato del foro di Bolzano, si occupa principalmente di seguire imprese e pubbliche amministrazioni nel settore degli appalti.

Ha lavorato per oltre 15 anni all'interno delle aziende come giurista d'impresa.

È relatore e docente nella formazione sul diritto d'impresa e su quello dei contratti pubblici.

SERVIZIO CLIENTI Tel +39 0541 628200 - clienti.editore@maggioli.it

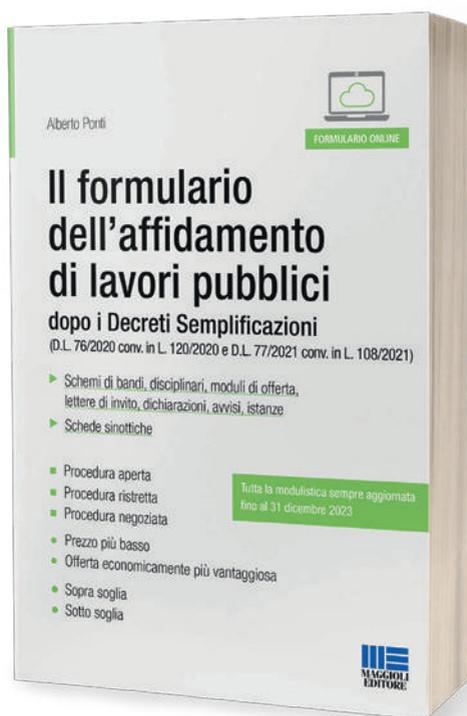
**MAGGIOLI
EDITORE**

IL FORMULARIO DELL'AFFIDAMENTO DI LAVORI PUBBLICI

dopo i Decreti Semplificazioni

- Schemi di bandi, disciplinari, moduli di offerta, lettere di invito, dichiarazioni, avvisi, istanze
- Schede sinottiche

Settembre 2022 - Codice 88.916.5954.5
F.to 21x29,47 - **Pag. 576** - € 98.00



Il presente lavoro, che non costituisce il solito manuale dottrinario, ha l'obiettivo di fornire agli operatori del settore un agile strumento per la definizione della documentazione amministrativa necessaria allo svolgimento delle principali procedure di gara per appalti di lavori pubblici, ovvero l'aperta, la ristretta e la negoziata. Per ciascuna delle citate procedure sono stati elaborati un breve excursus, ove si evidenziano gli aspetti caratterizzanti la procedura stessa, gli schemi degli atti principali, quali bandi, disciplinari e lettere di invito con relativi allegati necessari all'indizione delle diverse gare, gli schemi di dichiarazioni che devono rendere i componenti della commissione e gli schemi dei verbali di gara. Il tutto è stato suddiviso in base all'importo della procedura da avviare (come disciplinato dalla normativa vigente al momento della pubblicazione) e al criterio di aggiudicazione che si vuole utilizzare.

La modulistica riportata è già stata impiegata in svariate procedure con risultati soddisfacenti; chiaramente si tratta di modelli che possono comunque essere ulteriormente integrati, adeguati e personalizzati dalle singole stazioni appaltanti in base al loro modus operandi.

Considerato che il limite della procedura negoziata per il settore dei lavori pubblici è abbastanza elevato, si è ritenuto necessario inserire nel formulario la documentazione necessaria alla creazione dell'elenco degli operatori economici, per consentire di addivinare facilmente alla scelta delle aziende da invitare alle singole gare indette dalla stazione appaltante.

A completamento ed in chiusura, al fine di evitare all'operatore di dover svolgere continue ricerche, si è predisposta una breve raccolta di norme, decreti ministeriali e atti dell'ANAC richiamati nella documentazione contenuta nel formulario.



AGGIORNAMENTI NORMATIVI

- D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020
- D.L. 77/2021 conv. in L. 108/2021



CONTENUTI AGGIUNTIVI

- schemi di bandi
- disciplinari
- moduli di offerta
- lettere di invito
- dichiarazioni
- avvisi
- istanze

Tutta la modulistica sempre aggiornata fino al 31 dicembre 2023



ALBERTO PONTI

Avvocato amministrativista, esperto in Contrattualistica pubblica, già Vice Segretario Generale, autore di diverse pubblicazioni inerenti all'attività della Pubblica Amministrazione, Docente per il personale delle Pubbliche Amministrazioni.

SERVIZIO CLIENTI Tel +39 0541 628200 - clienti.editore@maggioli.it

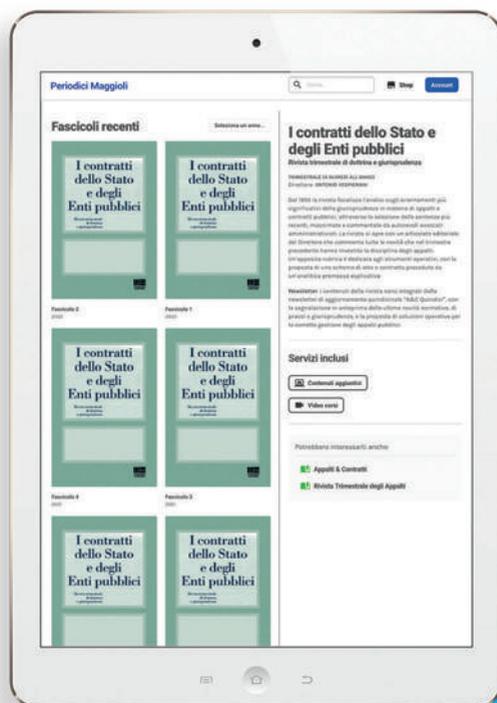
**MAGGIOLI
EDITORE**

L'abbonamento alla tua rivista include



Formazione Online

Appalti e Contratti Channel è uno dei servizi inclusi nel tuo abbonamento alla rivista "I contratti dello Stato e degli Enti pubblici"; è il canale di formazione online che mette a disposizione 11 video corsi a cura dell'Avv. Alessandro Massari sulle principali novità normative di prassi e di giurisprudenza del settore. Il servizio è disponibile in diretta o in differita.



Per accedere al servizio

Collegati alla pagina della rivista su periodicimaggioli.it, effettua il login e clicca su

 **Video corsi**

Utilizza tutti i servizi inclusi nel tuo abbonamento su:

www.periodicimaggioli.it


MAGGIOLI
EDITORE