

Le principali indicazioni interpretative del 2019

PREMESSA

Il presente documento intende ricapitolare e commentare, in ordine cronologico e a ritroso, le principali interpretazioni rese, nel corso del 2019, dalla Giurisprudenza, dall'ANAC e dal Ministero sui temi più salienti che interessano il settore della contrattualistica pubblica, con specifico riferimento ai lavori.

Quelle che seguono non esauriscono le indicazioni interpretative intervenute nel corso dell'anno, ma sono di sicuro rilievo e interesse per gli operatori del settore.

SUBAPPALTO: LA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA CONFERMA ANCORA UNA VOLTA LE TESI DELL'ASSOCIAZIONE

La Corte di Giustizia Europea, con la sentenza del 27 novembre 2019 (sent. Tedeschi), si è nuovamente pronunciata sulla conformità al diritto europeo di due limiti presenti nella normativa nazionale in materia di subappalto:

- 1) Il limite del 30%, quale quota massima subappaltabile dall'affidatario a terzi
- 2) Il limite del 20%, quale ribasso massimo praticabile al subappaltatore sui medesimi prezzi risultanti dall'aggiudicazione

In entrambi i casi, è stata riconosciuta l'incompatibilità della disciplina interna rispetto ai principi europei e alla normativa contenuta nelle direttive appalti.

La pronuncia della Corte di Giustizia, seppure relativa al precedente Codice Appalti (art. 118, d.lgs. 163/2006) ed alla precedente Direttiva 2004/18, afferma principi pienamente compatibili anche con la normativa vigente (nuovo Codice 50 e nuova Direttiva 2014/24).

Per quanto riguarda la questione concernente il limite del 30%, la Corte ha sostanzialmente confermato quanto già sancito nella recente sentenza "Vitali" del 26 settembre scorso (C-63/18).

In particolare, è stato ribadito che la previsione di un limite generale ed astratto del 30%, a prescindere dalla possibilità di verificare la capacità dei subappaltatori e il carattere essenziale degli incarichi subaffidati, non risulta compatibile con il diritto europeo per tre principali ragioni:

- l'esigenza di prevenire le infiltrazioni mafiose nel settore degli appalti, non può comunque condurre all'introduzione di regole contrarie ai principi generali del Trattato sull'Unione Europea (libertà di stabilimento, libera prestazione di servizi, proporzionalità);
- anche supponendo che tale limite sia funzionale all'obiettivo di tutelare la legalità nel settore, la norma nazionale sembra eccedere tale finalità, in quanto il divieto è generalizzato, e quindi si applica indipendentemente dalla possibilità per le amministrazioni di valutare il settore economico interessato, la natura dei lavori e l'identità dei subappaltatori;
- il diritto italiano già prevede numerose misure finalizzate ad impedire l'accesso alle gare di imprese sospette di condizionamento mafioso e non risulta in alcun modo dimostrato dal governo italiano che tali norme non possano essere attuate in modo efficace.

Anche con riferimento alla questione riguardante l'impossibilità di ribassare i prezzi applicabili al subappaltatore oltre il limite del 20%, la Corte ha riconosciuto l'incompatibilità della norma nazionale con il diritto europeo.

NOTE

► Le notizie generali la normativa sono pubblicate nel NOTIZIARIO settimanale dell'ACEN.

► I numeri arretrati del FOCUS OPERE PUBBLICHE sono consultabili su: www.acen.it.

► I dati riportati in questa pubblicazione potrebbero presentare difformità rispetto agli atti di gara; sono quindi da considerarsi indicativi.

► Le Imprese interessate ad avere chiarimenti sui contenuti del Focus e a ricevere assistenza giuridica sugli atti di gara, sulle caratteristiche delle singole procedure nonché sui contratti in corso, possono rivolgersi all'Area Opere Pubbliche dell'ACEN:

avv. Ester Chica, tel. 081 7172130
ester.chica@acen.it

Le argomentazioni addotte a sostegno di tale conclusione sono così sintetizzabili:

- il limite del 20% di ribasso non può essere giustificato con l'esigenza di assicurare ai lavoratori utilizzati nel subappalto una tutela salariale minima, in quanto la sua applicazione risulta generalizzata e, quindi, prescinde da qualsiasi valutazione sulla tutela sociale (peraltro già garantita agli stessi da leggi, regolamenti e contratti collettivi, sul cui rispetto l'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore);
 - tale limite non può essere giustificato nemmeno con l'esigenza di garantire la redditività dell'offerta e la corretta esecuzione dell'appalto, dal momento che nel diritto italiano esistono altre misure deputate a tale fine, quali la verifica sulla capacità e affidabilità del subappaltatore, prima che esegua la prestazione, nonché la possibilità per l'amministrazione di rifiutare eventuali offerte anormalmente basse;
- infine, il limite non può trovare giustificazione nell'esigenza di rispettare il principio della parità di trattamento, in quanto la mera circostanza che un offerente sia in grado di limitare i propri costi in ragione dei prezzi che negozia con i subappaltatori, non viola di per sé tale principio, contribuendo piuttosto ad una concorrenza rafforzata e, dunque, all'obiettivo perseguito dalle direttive adottate in materia di appalti.

PRINCIPIO DI ROTAZIONE: SECONDO IL CONSIGLIO DI STATO PUÒ ESSERE DISAPPLICATO SOLTANTO IN CASO DI PROCEDURA APERTA

Il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti consente la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, e può essere disapplicato soltanto nel caso in cui la stazione appaltante adotti una procedura aperta ovvero, nelle altre procedure, quando motivi adeguatamente la decisione di estendere l'invito anche all'affidatario uscente. Lo ha stabilito il Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 5 novembre 2019, n. 7539, con riferimento all'art. 36, co. 1, del Codice dei contratti. Il "principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti", osserva il Consiglio di Stato, è previsto espressamente dal Codice dei contratti nell'affidamento dei contratti d'appalto "sotto soglia" comunitaria e costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere i soggetti da invitare in caso di procedura negoziata. Infatti, in tali appalti, "contrasta con il *favor participationis* la regola che il numero degli operatori economici sia limitato e fa temere per il principio di parità di trattamento che la loro scelta sia rimessa all'amministrazione". Tuttavia, ciò è giustificato "dall'esigenza di celerità", che trova il giusto "contrappeso" nel principio di rotazione (Cons. St., sent. n. 6160/2019). Il Collegio evidenzia, quindi, i due principali vantaggi della turnazione delle imprese che, da un lato, evita "la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza", e, dall'altro, consente all'amministrazione di cambiare al fine di ottenere una migliore prestazione possibile (Cons. St., sent. n. 3755/2019).

L'ANAC PUBBLICA IL REGOLAMENTO UNICO SUI POTERI SANZIONATORI

Sulla Gazzetta Ufficiale n. 262 dell'8 novembre 2019, l'ANAC ha pubblicato il Comunicato relativo al nuovo Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio, come previsto nel Codice dei contratti, che sostituisce il precedente Regolamento AVCP in materia di esercizio del potere sanzionatorio di cui all'art. 8, comma 4, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Il Regolamento, pertanto, disciplina il procedimento per l'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità, volto all'irrogazione di sanzioni amministrative, interdittive e pecuniarie, nei casi di:

- violazione degli obblighi informativi e di comunicazione, previsti dal Codice, verso l'Autorità ex artt. 211, comma 1 (obblighi informativi propedeutici al rilascio di pareri di precontenzioso); 213, commi 9 e 13 (obbligo di fornire le informazioni e i documenti, richiesti dall'Autorità, connessi con la tenuta dell'Osservatorio dei contratti pubblici); 106, commi 8 e 14 (obbligo, per le S.A. di comunicare all'Autorità le modificazioni al contratto di cui al comma 1, lettera b) e al comma 2); 107, comma 4 (obblighi di informazione dell'eventuale sospensione dell'esecuzione di un contratto per un periodo che superi il quarto del tempo contrattuale complessivo); nonché ai sensi delle disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III – "Sistemi di qualificazione e requisiti per gli esecutori dei lavori" (artt. da 60 a 96), d.P.R. n. 207/10 e delle Linee guida emanate in materia;
- falsa dichiarazione o esibizione di documenti non veritieri all'Autorità, alle S.A. o alle S.O.A. ex artt. 213, comma 13 (documentazione richiesta dall'Autorità circa il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento); 80, comma 12 (false dichiarazioni o false documentazioni, fornite con dolo o colpa grave, tali da comportare l'iscrizione nel Casellario informatico) e 84, comma 4-bis (false dichiarazioni o false documentazioni fornite agli organismi di attestazione, con dolo o colpa grave, idonei a comportare l'iscrizione nel Casellario), del Codice;
- violazione dell'obbligo di comunicazione o falsa comunicazione all'Autorità delle determinazioni adottate al fine di adeguarsi al parere di precontenzioso vincolante, ovvero l'avvenuta acquiescenza o le determinazioni adottate al fine di adeguarsi al parere di precontenzioso non vincolante ex art. 211, comma 1, e art. 213, comma 13;

ACEN -

Associazione Costruttori

Edili Napoli

Piazza dei Martiri 58 – 80121

Tel. 081 71 72 111

www.acen.it

info@acen.it

www.nagora.it

ilblogdeicostruttori

www.edil-lab.it

lavoro e formazione edile

- violazione degli obblighi informativi verso le SOA da parte delle imprese qualificate ex artt. 80, commi 12 e 14 (false dichiarazioni o false documentazioni, fornite con dolo o colpa grave, tali da comportare l'iscrizione nel Casellario informatico, anche volte – comma 14 – all'elusione del divieto di stipulazione dei contratti per i subappaltatori per i quali ricorra uno dei motivi di esclusione ex art. 80); 84, comma 4- bis, Codice; art. 74, comma 4 (obbligo di fornire le informazioni richieste dalle SOA, volte a verificare la veridicità delle informazioni e del possesso dei requisiti, presentati dagli operatori per l'ottenimento delle attestazioni), d.P.R. n. 207/10;
- violazione delle previsioni dell'art. 73, commi da 1 a 4, d.P.R. n. 207/10, da parte delle SOA.

CASO ASMEL: IL TAR LECCE PUBBLICA LE MOTIVAZIONI DELLA SENTENZA CHE HA ACCOLTO IL RICORSO ANCE

Il TAR Lecce, il 31 ottobre u.s., ha pubblicato la sentenza integrale (n. 1664/2019) relativa all'impugnazione, promossa da ANCE ed ANCE Lecce (insieme a due imprese associate), degli atti di una procedura di gara – indetta dal Comune di Lizzanello (LE) – gestita dalla centrale di committenza ASMEL S.c.a.r.l. e svolta sulla piattaforma di e-procurement appartenente a quest'ultima, Asmecom. La pronuncia segue la pubblicazione del dispositivo, avvenuta lo scorso 4 ottobre.

Con il provvedimento in commento, il TAR ha esposto le motivazioni alla base dell'integrale accoglimento del ricorso proposto da ANCE ed ANCE Lecce, ed ha dichiarato l'illegittimità:

- 1) delle clausole del bando che, nell'ambito dell'OEPV, hanno previsto l'attribuzione di punteggio in ragione dell'offerta di lavori aggiuntivi rispetto al progetto posto a base d'asta;
- 2) della clausola che ha posto, a carico dell'aggiudicatario, il pagamento di una somma pari all'1% dell'importo complessivo posto a base di gara. a titolo di corrispettivo per i servizi di committenza dalla Centrale di Committenza "Asmel Consortile S.c.a.r.l."

Dunque, il TAR ha annullato gli atti di gara impugnati, nel solco di quanto già disposto l'ordinanza cautelare n. 328/2019 e dall'ordinanza di appello cautelare n. 3810/2019 del Consiglio di Stato. Ora, è possibile delineare anche l'iter motivazionale seguito dal Giudice amministrativo territoriale.

In primo luogo, il TAR ha riconosciuto la piena legittimazione ad agire in capo ad ANCE a tutela delle imprese appartenenti alla categoria, ritenendo l'impugnativa proposta coerente con l'interesse istituzionale (collettivo) tutelato dall'Associazione, ed ha rilevato che ASMEL non è iscritta all'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti, e non è, quindi, in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti per poter svolgere i compiti di Centrale di Committenza Ausiliaria (ex art. 39 del Codice dei contratti pubblici) a favore del Comune di Lizzanello.

Quanto al merito del ricorso, poi, il Collegio ha ritenuto illegittimi i criteri di valutazione dell'offerta tecnica previsti dal Bando e dal Disciplinare di gara, dal momento che prevedono prestazioni riguardanti l'intero edificio oggetto dell'intervento ed, inoltre, in quanto tali criteri non risultano finalizzati a valorizzare le migliorie al progetto posto a base d'asta.

L'effetto, ad opinione del TAR leccese, è quello di porre indebitamente a carico dei concorrenti il relativo onere economico.

Successivamente, i Giudici amministrativi hanno dichiarato l'illegittimità della clausola del Bando di gara relativa all'obbligo di rimborso per i servizi di committenza, nonché dell'Atto unilaterale d'obbligo ad esso allegato, sottoscrivendo il quale ciascun concorrente è tenuto ad obbligarsi – in caso di aggiudicazione e a pena di esclusione dalla gara – a versare ad ASMEL una somma pari all'1% dell'importo posto a base di gara (più IVA), a titolo di corrispettivo dei servizi di committenza.

Nello specifico, il TAR pugliese ha motivato tale sanzione in virtù della duplice violazione:

I. dell'art. 23 della Costituzione ("Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge"), che legittimerebbe la rifusione delle spese di gestione a carico degli operatori economici soltanto quando ammessa in casi tassativi, espressamente previsti da leggi. Una simile norma di copertura, tuttavia, nel caso di specie manca completamente;

II. dell'art. 41, comma 2 bis, del Codice dei contratti pubblici, ai sensi del quale "È fatto divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme di cui all'articolo 58" (cioè alle "piattaforme telematiche di negoziazione").

Inoltre, il TAR adito ha altresì rilevato che, nel caso in esame, la documentazione di gara è stata predisposta dalla sola Stazione appaltante, senza il supporto di ASMEL, la quale si sarebbe limitata alla pubblicazione della procedura di gara, oltre alla messa a disposizione e gestione della piattaforma telematica, Asmecom. Pertanto, a parere del Collegio, "l'apporto partecipativo di ASMEL alla procedura di gara (ulteriore rispetto alla messa a disposizione della piattaforma telematica) è minimo, e il corrispettivo imposto all'aggiudicatario in favore di ASMEL è, in effetti, destinato a coprire le spese di gestione della piattaforma, in violazione del menzionato art. 41, comma 2-bis del Decreto Legislativo n. 50/2016".

Le motivazioni avanzate dal TAR pugliese rispecchiano pienamente quanto da sempre sostenuto da ANCE in merito sia alla rilevanza delle opere/prestazioni aggiuntive rispetto a quelle previste nel progetto a base di gara, sia all'addebito dei costi di gestione delle gare telematiche posto in capo agli aggiudicatari. In particolare, con riferimento a quest'ultima tematica l'Associazione, in questi ultimi anni, non ha mai smesso di sottoporre al vaglio delle istituzioni e dell'ANAC i propri dubbi di legittimità, trovando spesso riscontri positivi.

ACEN -

Associazione Costruttori
Edili Napoli
Piazza dei Martiri 58 – 80121
Tel. 081 71 72 111

www.acen.it
info@acen.it

www.nagora.it

il blog dei costruttori

www.edil-lab.it

lavoro e formazione edile

In relazione alla vicenda cautelare, peraltro, l'ANCE ha provveduto a querelare ASMEL, per aver diffuso dichiarazioni lesive della reputazione dell'Associazione, tanto gravi quanto infondate.

Stante il dispositivo della sentenza, ne consegue ragionevolmente che analoghe clausole presenti in altri bandi di gara siano da ritenersi illegittime e debbano essere disapplicate, in virtù dei principi di buon andamento e di legalità dell'azione amministrativa.

TAR LAZIO: IL PROVVEDIMENTO DI ISCRIZIONE NEL CASELLARIO ANAC NON MOTIVATO IN ORDINE ALL'UTILITAS È ILLEGITTIMO

Con sentenza n. 11470 del 2 ottobre 2019, il TAR Lazio ha annullato l'iscrizione disposta dall'ANAC nel Casellario da essa tenuto ex art. 80, comma 12 del Codice, non essendo stato opportunamente motivata l'utilità della notizia.

Inoltre, richiamando la normativa di riferimento, di cui all'art. 213, comma 10, Linee Guida n. 6, nonché l'art. 8, comma 1, lett. a), del Regolamento dell'Autorità del 6 giugno 2018, il Collegio ha precisato che l'iscrizione deve avvenire solamente in relazione alle notizie effettivamente "utili" e conferenti con le finalità sottese all'istituzione del Casellario.

Nel caso di specie, la stazione appaltante, dopo aver rilevato la non ottemperanza dell'impresa aggiudicataria rispetto agli obblighi imposti dalla legge 68/99 (in materia di disabili e categorie protette), aveva revocato l'aggiudicazione, segnalando la vicenda all'ANAC, la quale aveva avviato il procedimento sanzionatorio per l'iscrizione al Casellario informatico di annotazione interdittiva, ai sensi dell'art. 80, comma 12 e per l'applicazione della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 213, comma 13 del Codice.

Essendo stata ritenuta non grave la condotta, l'Autorità, da un lato, aveva archiviato il procedimento di interdizione; dall'altro, aveva comunque proceduto all'iscrizione nel Casellario, confermando altresì la sanzione pecuniaria.

A seguito del ricorso proposto dall'impresa avverso il provvedimento di iscrizione, il TAR ha evidenziato che la normativa citata stabilisce che debbano essere iscritte nel Casellario, oltre alle interdittive, anche le informazioni relative ai provvedimenti di esclusione.

In particolare, è stato precisato che l'ambito delle informazioni che debbono confluire nel casellario informatico è effettivamente circoscritto, ed il perimetro di tale ambito è dato dalla idoneità delle informazioni non tipizzate a garantire:

1. la miglior tenuta del casellario nella parte in cui esso segnala le iscrizioni previste dall'art. 80;
2. la individuazione degli operatori economici che siano incorsi in illeciti professionali rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 5;
3. l'attribuzione del rating di impresa;
4. il conseguimento dell'attestazione di qualificazione.

Ciò posto, considerati gli effetti pregiudizievoli che ne derivano, anche qualora non vi sia l'interdizione dalla partecipazione a gare future, è necessaria una valutazione sulla utilità e sulla non manifesta inconferenza in concreto rispetto alle finalità per cui il casellario è stato previsto.

Pertanto, ad avviso del TAR Lazio, in ossequio ai principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa, la mera valenza di "pubblicità-notizia" delle circostanze annotate come "utili" ed il fatto che le stesse non impediscano, in via automatica, la partecipazione alle gare, non esonera l'Autorità da una valutazione in ordine all'interesse alla conoscenza di dette vicende, la cui emersione deve avvenire in forza di un processo motivazionale che, per quanto sintetico, non può ridursi ad una assertiva affermazione di conferenza della notizia.

È invece necessaria un'esauriente motivazione non solo in ordine all'intrinseca utilità della notizia, ma anche, e prima ancora, in ordine alle ragioni per cui la notizia può/deve ritenersi funzionale alle finalità del Casellario, poiché la sussistenza di questo nesso funzionale già dice molto sull'utilità della annotazione.

Segnatamente, devono essere esplicitate le ragioni per cui i fatti iscritti, ed in particolare il comportamento di un operatore economico, possano influire su future gare cui partecipi l'operatore segnalato.

Applicando i suesposti principi al caso de quo, il Collegio ha annullato l'iscrizione nel Casellario, non essendo stato adeguatamente assolto l'onere motivazionale da parte dell'ANAC.

CALCOLO DELLA SOGLIA DI ANOMALIA: LA CIRCOLARE MIT CHIARISCE L'APPLICAZIONE DELLE NUOVE MODALITÀ OPERATIVE

Con la circolare n. 8 del 24 ottobre 2019, il MIT ha fornito alle stazioni appaltanti alcune indicazioni sulle modalità operative di calcolo per l'individuazione della soglia di anomalia nei casi di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso.

In particolare, per quanto riguarda il metodo applicabile laddove vi siano almeno 15 offerte ammesse, viene chiarito un passaggio rimasto fin ad ora poco chiaro, oggetto di attenzione anche da parte del giudice amministrativo, e si prevede che la detrazione da applicare sulla somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico dei ribassi di cui all'art. 97, co. 2, lett. c), deve essere calcolata in valore assoluto.

ACEN -

Associazione Costruttori
Edili Napoli
Piazza dei Martiri 58 – 80121
Tel. 081 71 72 111

www.acen.it
info@acen.it

www.nagora.it

il blog dei costruttori

www.edil-lab.it

lavoro e formazione edile

Pertanto, seguendo l'esempio del MIT, alla soglia da decrementare (che si ipotizza pari a 15,761), si applica il decremento (che si ipotizza pari a 0,876) in valore assoluto e non percentuale, utilizzando la seguente formula: $15,761 - 0,876 = 14,885$, e ottenendo così la soglia di anomalia (pari a 14,885).

La soluzione è coerente con quanto auspicato dall'ANCE, che aveva già adottato tale interpretazione nel Vademecum "Calcolo della soglia di anomalia", sollecitando peraltro il Ministero a fornire un definitivo chiarimento in tal senso.

Nel testo sono altresì presenti due novità.

Infatti, il MIT stabilisce la necessità "che nel bando di gara ... siano fissate le modalità per la formulazione dei ribassi percentuali delle offerte da parte degli operatori economici e il numero di cifre decimali dopo la virgola che saranno prese in considerazione ai fini delle operazioni di calcolo della soglia di anomalia".

Inoltre, nel caso in cui le offerte ammesse siano in numero inferiore a 15, viene esplicitata la variazione della metodologia di calcolo connessa al valore risultante dal rapporto tra lo scarto medio aritmetico e la media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse, al netto del taglio delle ali, ossia il valore denominato "R".

In particolare, il MIT "ritiene che tale valore (R) debba essere considerato senza arrotondamenti o troncamenti e, come tale, verificato se risulti inferiore, pari o superiore a 0,15".

CONSIGLIO DI STATO: ILLEGITTIMITÀ DELL'ATTRIBUZIONE DI PUNTI PER RATING DI LEGALITÀ IN ASSENZA DI MECCANISMI COMPENSATIVI PER LE PICCOLE IMPRESE

Con sentenza del 10 ottobre u.s., la sezione V del Consiglio di Stato ha annullato una procedura ristretta per l'affidamento di una concessione di multiservizi, in quanto era stata prevista l'attribuzione di punti in virtù del rating di legalità, senza la contestuale previsione di meccanismi compensativi per le piccole imprese, in violazione dell'interpretazione fornita dall'ANAC sull'art. 95 comma 13, codice degli appalti.

Per effetto, è stata riformata la sentenza di primo grado con cui il TAR Puglia aveva ritenuto in parte infondato ed in parte improcedibile, per carenza d'interesse, il ricorso della società appellante.

In particolare, la procedura oggetto della controversia prevedeva, tra l'altro, l'attribuzione fino ad un massimo di sei punti per il concorrente in possesso del rating di legalità.

Nella differenza tra il punteggio finale della prima classificata e quello della seconda (a seguito del riconoscimento a quest'ultima di ulteriori punti, nel giudizio di primo grado, per delle certificazioni non opportunamente valutate dalla stazione appaltante), assumevano un ruolo determinante proprio i punti assegnati alla prima in base al rating di legalità.

Pertanto, l'impresa qualificatasi seconda impugnava la *lex specialis*, poiché, a fronte dell'attribuzione di punteggio per il possesso del rating, non erano stati previsti adeguati strumenti di compensazione per quelle imprese partecipanti sprovviste dei requisiti ex art. 5-ter del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 per l'accesso al suddetto rating.

Ciò in quanto, per acquisire quest'ultimo, le imprese devono essere iscritte nel registro delle imprese da almeno due anni ed avere un fatturato minimo pari ad almeno due milioni di euro.

Tanto premesso, il Collegio ha sottolineato anzitutto che l'art. 95, comma 13 del codice appalti prevede la necessità di contemplare contestualmente criteri per agevolare la partecipazione alle procedure delle microimprese, delle piccole e medie imprese, nonché dei giovani professionisti e delle imprese di nuova costituzione, anche laddove sprovvisti dei titoli normativi per accedere al rating.

A tal proposito, peraltro, le Linee Guida ANAC n. 2 hanno specificato che "a meno che la stazione appaltante non sappia già, nella predisposizione del bando di gara o della lettera di invito, che alla procedura potranno partecipare solo imprese potenzialmente idonee ad avere il rating, è opportuno che, per il suo utilizzo, vengano introdotte compensazioni per evitare di penalizzare imprese estere e/o di nuova costituzione e/o carenti del previsto fatturato, consentendo a tali imprese di comprovare altrimenti la sussistenza delle condizioni o l'impiego delle misure previste per l'attribuzione del rating". Pertanto, i giudici di Palazzo Spada hanno dichiarato l'illegittimità della procedura in oggetto, a causa della mancata previsione di strumenti premiali, a favore delle piccole imprese, compensativi rispetto al punteggio assegnato per il possesso del rating, posto che la gara era stata aperta anche ad imprese prive dei requisiti previsti dall'art. 5-ter del d.l. n. 1/2012.

La statuizione appare in linea con quanto sinora affermato da ANCE, che ha più volte evidenziato la criticità connessa all'attribuzione di punteggio all'impresa in possesso di rating di legalità. E ciò sia perché, come già accennato, il rating di legalità non può essere assegnato ad imprese con meno di € 2.000.000 di fatturato; sia perché, anche a fronte di meccanismi di compensazione per le piccole imprese, non elimina il vizio derivante dalla considerazione nell'offerta di profili che nulla hanno a che vedere con la qualità esecutiva dei lavori.

Del resto, anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha, in più occasioni, operato una netta separazione tra la fase di selezione dell'offerente, da effettuarsi tramite criteri di idoneità o requisiti di partecipazione, e la fase di selezione della migliore offerta, da individuare tramite i criteri di aggiudicazione (cfr. Corte di Giustizia, 24 gennaio 2008, C.532/06; 19 giugno 2003, C-315/01).

ACEN -

Associazione Costruttori
Edili Napoli
Piazza dei Martiri 58 – 80121
Tel. 081 71 72 111

www.acen.it
info@acen.it

www.nagora.it

il blog dei costruttori

www.edil-lab.it

lavoro e formazione edile

CONSIGLIO DI STATO: LE PRECEDENTI ESCLUSIONI DEVONO ESSERE DICHIARATE IN GARA SOLO SE ISCRITTE NEL CASELLARIO ANAC

Con sentenza del 27 settembre u.s., n. 6490 il Consiglio di Stato ha ritenuto che, ai sensi del combinato disposto delle lettere c) ed f-ter), comma 5 dell'art. 80 del Codice dei contratti, l'onere dichiarativo ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento sia da ravvisare, per quanto riguarda le vicissitudini relative a gare pregresse, solamente rispetto alle notizie iscritte nel Casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC.

Iscrizione, questa, che, com'è noto, presuppone l'accertamento, da parte dell'Autorità, del dolo o della colpa grave dell'impresa interessata (art. 80, comma 12).

Nel merito della vicenda, è stata impugnata l'ammissione alla procedura di gara di un operatore economico sotto due profili: anzitutto, perché aveva ommesso di dichiarare di aver avuto precedenti esclusioni per falsa attestazione della regolarità fiscale; in secondo luogo, in ragione della pendenza di tre risoluzioni contrattuali per grave inadempimento, che l'operatore stesso aveva opportunamente segnalato alla stazione appaltante.

Tali esclusioni, ove correttamente dichiarate, avrebbero dimostrato, secondo la tesi sostenuta da parte ricorrente, la palese inaffidabilità della concorrente ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del D.Lgs. n. 50 del 2016, nel testo vigente secondo la disciplina del tempo (ossia quello anteriore alla novella di cui al D.Lgs. 14 dicembre 2018, n. 135).

Tale testo, come noto, faceva rientrare tra le condotte idonee a rendere dubbia l'affidabilità e l'integrità del concorrente (cd illecito professionale), quella di aver fornito "...anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione".

Le precedenti esclusioni, sempre secondo la ricostruzione di parte, andavano in ogni caso segnalate alla stazione appaltante, per consentirle di operare un'autonoma e discrezionale valutazione circa l'effettiva integrità e affidabilità dell'impresa, desumibile da tutte le condotte pregresse tenute dall'impresa e sanzionate in precedenti gare.

La violazione degli obblighi dichiarativi costituirebbe, quindi, un'autonoma causa di esclusione dalla selezione per essere l'operatore economico tenuto a dichiarare tutte le circostanze e informazioni suscettibili di incidere anche sulla gara in corso.

Il giudice di appello, confermando la decisione del TAR Campania, ha tuttavia disatteso le censure formulate, ritenendo corretta, al contrario, la valutazione della stazione appaltante e, quindi, legittima l'ammissione dell'operatore economico alla procedura de qua.

Ciò, anzitutto, poiché, al termine della scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione, l'impresa non versava in alcuna situazione di irregolarità fiscale rilevante ai sensi dell'art. 80, comma 4, d.lgs.n. 50/2016, dal momento che aveva già provveduto a regolarizzare la propria posizione.

In secondo luogo, in quanto un partecipante ad una gara di appalto non è tenuto a dichiarare le esclusioni comminate nei suoi confronti in precedenti gare per aver dichiarato circostanze non veritiere, poiché la causa di esclusione ex art. 80, comma 5, lett c), del Codice si riferisce alla sola procedura gara in cui è maturata.

Contrariamente a quanto sostenuto nell'atto di appello, tale causa di esclusione non è riferita alle false dichiarazioni rese in procedure non in corso e, quindi, già svoltesi, ma, al contrario, alle "informazioni false o fuorvianti" ovvero all'omissione di "informazioni dovute" nei confronti della stazione appaltante nella procedura di gara in corso" (Cons. di Stato, V, 21 novembre 2018, n. 6576).

Ciò, fatto salvo che tali informazioni siano state iscritte nel Casellario dell'Autorità anticorruzione, nel qual caso tale evenienza integra un'autonoma causa di esclusione, ossia quella della lettera f-ter del comma 5 (introdotta dal D.Lgs. n. 56 del 2017), per la quale l'aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione in precedenti gare è motivo di esclusione soltanto se abbia comportato l'iscrizione nel casellario informatico (ai sensi del comma 12 dello stesso art. 80) e "perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico".

Tantomeno, afferma il Supremo Consesso, una precedente esclusione da una gara pubblica per irregolarità fiscale può rilevare in termini di grave illecito professionale.

Diversamente opinando, infatti, si realizzerebbe un' indefinita nonché illegittima protrazione di efficacia "a strascico" delle violazioni relative al pagamento di debiti per imposte e tasse.

Conseguentemente, anche qualora l'appellata avesse dichiarato la precedente esclusione, la stazione appaltante non avrebbe potuto tenerne conto ai fini escludenti, sia perché tale circostanza non era qualificabile ex se quale grave illecito professionale, sia perché risultava priva del carattere dell'attualità.

Pertanto, la preclusione alla partecipazione alle gare, per effetto della produzione di false dichiarazioni o falsa documentazione, deve restare confinata alle due ipotesi tipiche:020

- a) dell'esclusione dalla medesima gara nel cui ambito tale produzione è avvenuta;
- b) dell'esclusione da ulteriori e successive gare, ma solamente qualora sia intervenuta l'iscrizione nel Casellario ANAC.

ACEN -

Associazione Costruttori

Edili Napoli

Piazza dei Martiri 58 – 80121

Tel. 081 71 72 111

www.acen.itinfo@acen.itwww.nagora.it*il blog dei costruttori*www.edil-lab.it*lavoro e formazione edile*

Di talché, resta preclusa per le stazioni appaltanti la possibilità di valutare autonomamente, a fini escludenti, l'omissione della comunicazione di precedenti esclusioni per false dichiarazioni, che non risultino anche iscritte nel summenzionato Casellario.

Quanto detto, peraltro, spiega effetti anche in relazione alle esclusioni derivanti dalla mancata comunicazione, in altre gare pregresse, di risoluzioni contrattuali per inadempimento, in cui era incorsa in passato l'impresa appellata e che aveva prontamente dichiarato in gara.

Infatti, secondo i Giudici di Palazzo Spada, anche per esse non sussisterebbe un generale obbligo di dichiarazione nell'ambito della partecipazione a nuove procedure, valendo il medesimo principio per cui tale dovere sorge esclusivamente in conseguenza dell'iscrizione nell'apposito Casellario.

Quindi, nell'ambito di una nuova procedura di affidamento, in capo all'impresa grava solamente l'obbligo di comunicare le pregresse risoluzioni per inadempimento, e non anche dichiarare di essere stati esclusi da gare passate per non aver osservato tale obbligo.

Ciò in quanto la stazione appaltante deve poter operare la propria valutazione discrezionale circa l'affidabilità dell'impresa partecipante, senza che possa assumere rilievo, ai fini della configurazione di gravi illeciti professionali, una pregressa esclusione disposta da altra committente.

In motivazione, il Giudice ha altresì ribadito, in linea con la precedente giurisprudenza, che il sindacato di legittimità che lo stesso può operare, nello scrutinio della valutazione sulla rilevanza delle pregresse risoluzioni, è limitato ai casi di manifesta illogicità, irragionevolezza, abnormità ed erronea rappresentazione dei fatti sottoposti a giudizio (cd sindacato estrinseco).

In conclusione, va rilevato che la pronuncia in esame consente di chiarire quale sia l'onere dichiarativo che incombe in capo alle imprese partecipanti a gare pubbliche, circoscrivendolo, quanto alle esclusioni passate, alle soli ipotesi in cui i precedenti comportamenti siano stati iscritti nel Casellario Informativo dell'ANAC; chiarisce, altresì, che le precedenti esclusioni per irregolarità fiscali non possono assumere rilievo, quale autonomo motivo di esclusione, in termini di grave illecito professionale.

GARE ASMEL: IL TAR LECCE ACCOGLIE NEL MERITO IL RICORSO PRESENTATO DALL'ANCE

Il TAR Lecce, il 4 ottobre u.s., ha pubblicato il dispositivo di sentenza n. 1529/2019 relativa all'impugnazione, promossa da ANCE ed ANCE Lecce (insieme a due imprese associate), degli atti di una procedura di gara – indetta dal Comune di Lizzanello (LE) – gestita dalla centrale di committenza ASMEL S.c.a.r.l. e svolta sulla piattaforma di e-procurement appartenente a quest'ultima, Asmecom. Nel ricorso, al Giudice amministrativo territoriale era stato chiesto di valutare l'illegittimità:

1. delle clausole del bando che prevedevano, nell'ambito dell'OEPV, l'attribuzione di punteggio in ragione dell'offerta di lavori aggiuntivi rispetto al progetto posto a base d'asta;
2. della clausola che prevedeva, a carico dell'aggiudicatario, il pagamento di una somma pari all'1% dell'importo complessivo posto a base di gara a titolo di corrispettivo per i servizi di committenza dalla Centrale di Committenza "Asmel Consortile S.c.a.r.l.".

La pronuncia in esame, pertanto, ha annullato gli atti di gara impugnati, in continuità con l'ordinanza cautelare n. 328/2019 dello stesso TAR, a sua volta confermata in sede di appello cautelare dall'ordinanza n. 3810/2019 del Consiglio di Stato.

Le conclusioni del TAR salentino sembrano, quindi, aderire a quanto ANCE ha sempre sostenuto in merito sia alla rilevanza delle opere/prestazioni aggiuntive rispetto a quelle previste nel progetto a base di gara, sia all'addebito dei costi di gestione delle gare telematiche posto in capo agli aggiudicatari.

Su quest'ultimo punto, in particolare, l'Associazione, in questi ultimi anni, non ha mai smesso di sottoporre all'ANAC la valutazione in merito alla possibile illegittimità dell'obbligo di rifusione di tali costi, anche tramite un'attività di segnalazione di bandi caratterizzati da simile criticità, trovando sempre riscontri positivi.

Naturalmente, occorrerà attendere il deposito della sentenza integrale (che, a norma dell'art. 89 c.p.a., dev'essere redatta non oltre il quarantacinquesimo giorno da quello della decisione della causa), per esaminare l'iter motivazionale percorso dai giudici di prime cure.

GARE ASMEL: L'INDAGINE ANAC RIBADISCE L'ILLEGITTIMITÀ DELL'ADDEBITO DEI COSTI DI GESTIONE DELLA PIATTAFORMA ON LINE

Con la delibera n. 780 del 4/9/2019, l'ANAC ha reso noti gli esiti degli accertamenti ispettivi eseguiti dal Nucleo Speciale Anticorruzione della Guardia di Finanza e dai propri Uffici di Vigilanza nell'ambito di un'apposita indagine promossa dall'Autorità sull'attività contrattuale svolta da ASMEL Consortile S.c.a.r.l., a seguito dei quali sono emerse diverse anomalie.

In particolare, significativi elementi sono stati acquisiti in relazione alla problematica degli illegittimi oneri economici (inizialmente corrisposti nella misura dell'1,5% dell'importo a base di gara, secondo quanto riferito dall'ANAC) posti a carico degli aggiudicatari delle gare espletate per mezzo della piattaforma di e-procurement gestita da ASMEL, Asmecom.

L'ANAC, pur rimarcando il pregresso impegno di ASMEL a ridurre la misura percentuale del contributo (dall'originario 1,5% dell'importo a base di gara, all'1%), ha, tuttavia, immediatamente evidenziato che la parziale riduzione dell'ammontare "dell'illegittimo contributo posto in capo all'aggiudicatario" non possa essere di per sé idonea a sanarne l'illegittimità.

Pertanto, nota l'ANAC, ASMEL si era ulteriormente impegnata a rendere gratuitamente disponibile l'utilizzo della piattaforma telematica per le Stazioni Appaltanti (anche diverse dai propri soci), senza nulla disporre in ordine ai costi del servizio imputabili agli aggiudicatari.

A tal riguardo, l'Autorità ha effettuato un'analisi di diversi e recenti bandi di gara riferibili ad alcuni Comuni aderenti alla predetta piattaforma online, dalla quale "si è potuto rilevare che la clausola contemplante l'obbligo in capo all'aggiudicatario di pagamento del 1% forfettario dei costi della gara continua a persistere".

ACEN -

Associazione Costruttori

Edili Napoli

Piazza dei Martiri 58 – 80121

Tel. 081 71 72 111

www.acen.it

info@acen.it

www.nagora.it

il blog dei costruttori

www.edil-lab.it

lavoro e formazione edile

I risultati di tali accertamenti costituirebbero, ad avviso dell'ANAC, segnali di una tendenza ben più generale da parte di ASMEL, volta ad addebitare in via ordinaria agli aggiudicatari gli oneri economici in esame.

A tal proposito, l'Autorità rileva che tale pretesa "in assenza di espressa previsione di legge, nazionale o regionale, non può in alcun caso giustificarsi, sia pure se finalizzata a fornire alla stazione appaltante un rimborso, anche in via forfettaria, delle spese di gestione".

E, comunque – sancisce l'ANAC –, anche ammettendo che la responsabilità di tali addebiti sia da attribuire ai Comuni consorziati, "dovrebbe essere la stessa Associazione a vigilare affinché i bandi di gara dei propri associati siano conformi al dettato normativo che non prevede, in maniera assoluta, tale modalità di attribuzione delle spese di gara a carico dell'aggiudicatario".

Peraltro, prosegue l'Autorità, lo stesso parametro di calcolo del contributo (misura percentuale fissa sull'importo a base d'asta) appare "oggettivamente irrazionale e incongruo", in quanto non coerente con l'obiettivo di recuperare i costi sostenuti per l'utilizzo della piattaforma telematica. Pertanto, venendo meno il rapporto di correttezza, viene snaturato il fine di mero "rimborso dei costi sostenuti". Da ciò consegue, quindi, che tale onere appare privo di giustificazione causale e, in assenza di un'espressa previsione normativa, potrebbe configurarsi sul piano civilistico come "indebito arricchimento".

Inoltre – sostiene sul punto l'ANAC –, l'obbligo di corresponsione di un contributo percepito come illegittimo dagli stessi operatori economici rischierebbe di ingenerare anche un effetto anticoncorrenziale (in pieno contrasto con il principio del favor alla più ampia partecipazione alle procedure di gara), dato dal possibile rifiuto dell'aggiudicatario a corrisponderne l'importo, così comportando quello che la stessa ANAC definisce "rifiuto all'aggiudicazione".

Infine, l'Autorità conclude sul punto citando espressamente l'ordinanza cautelare n. 328/2019 emessa dal TAR Lecce (e confermata, pure in sede cautelare, dall'ordinanza n. 3810/2019 della V Sezione del Consiglio di Stato), pronunciata a seguito di istanza presentata – congiuntamente a due imprese associate – da ANCE ed ANCE Lecce.

Con tale arresto, il Giudice amministrativo di prime cure ha rilevato l'illegittimità della clausola in esame in quanto contrastante sia con il citato art. 41, comma 2-bis, del Codice di settore, sia dell'art. 23 della Costituzione (ai sensi del quale ogni prestazione patrimoniale imposta deve trovare il proprio fondamento in un'espressa norma legislativa).

Le conclusioni raggiunte dall'Autorità di vigilanza nel provvedimento in commento rappresentano un'ulteriore conferma di quanto da sempre sostenuto da ANCE.

Del resto, l'Associazione, in questi ultimi anni, non ha mai smesso di sottoporre all'ANAC la valutazione in merito all'eventuale illegittimità del rimborso dei costi gestionali, svolgendo – tra l'altro – un'attività di segnalazione di bandi caratterizzati dalla presenza della clausola in commento.

Da ultimo, l'Autorità si è pronunciata, in senso positivo, con il parere n. 44206 del 3 Giugno u.s..

Ora, alla luce delle risultanze istruttorie e delle considerazioni sopra riportate, l'ANAC denuncia chiaramente il "persistere dell'aggravamento del divieto di cui all'art. 41, comma 2-bis, del d.lgs. n. 50/2016 da parte di alcune stazioni appaltanti che si avvalgono di ASMEL, secondo cui non è consentito porre a carico dei concorrenti, nonché degli aggiudicatari, i costi connessi alla gestione di piattaforme telematiche".

Circa gli ulteriori aspetti critici toccati dalla delibera in commento, a seguito degli accertamenti operati dalla Guardia di Finanza e dai propri Uffici di Vigilanza, l'Autorità ha rilevato:

1. anomalie in relazione ai contratti di locazione passiva a beneficio delle diverse strutture dell'Associazione, i quali appaiono essere stati stipulati senza alcun previo confronto concorrenziale – al quale, invece, dovrebbe attenersi qualunque soggetto che svolga funzioni pubbliche –. Peraltro, sembrerebbe che tali contratti siano stati sottoscritti con controparti locatrici aventi legami di dipendenza o familiari con la stessa struttura associativa facente capo alle diverse strutture componenti l'Associazione consortile;
2. anomalie relative all'affidamento dei contratti di servizi informatici destinati al funzionamento della piattaforma di e-procurement, in quanto, anche in tal caso, ASMEL avrebbe omesso ogni procedura competitiva, procedendo, piuttosto, ad affidamenti diretti;
3. mancato rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità ed imparzialità per il reclutamento del personale alle dipendenze dell'Associazione;
4. l'affidamento ad ASMEL – da parte dei Comuni di Spadafora (ME) e di Quarto (NA) - di compiti e funzioni propri delle stazioni appaltanti, quali l'espletamento delle operazioni di gara, ivi comprese le valutazioni di offerte presentate e la nomina del RUP, oltre alla verifica dei requisiti di ordine generale dei partecipanti.

Infine, l'Autorità di vigilanza ha disposto, per possibili iniziative sul piano giudiziario, la trasmissione delle risultanze istruttorie anche alla Procura Generale della Corte dei Conti e a quella regionale della Lombardia, oltre alla Procura della Repubblica di Varese – la sede sociale di ASMEL, infatti, si trova a Gallarate (VA) –.

SUBAPPALTO: LA CORTE DI GIUSTIZIA UE DICHIARA ILLEGITTIMO IL LIMITE DEL 30% PREVISTO DAL CODICE DEI CONTRATTI

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, a seguito della domanda di pronuncia pregiudiziale depositata dal TAR Lombardia il 1° febbraio 2018, con la sentenza del 26 settembre 2019 (Causa C-63), ha dichiarato non compatibile con la direttiva 2014/24 l'art. 105, comma 2, del D.lgs. 50/2016, che limita la possibilità di subappaltare nella misura del 30% dell'importo complessivo del contratto.

Quesito, questo, che, peraltro, la Corte aveva già affrontato e risolto nei medesimi termini, con riferimento però all'interpretazione della direttiva 2004/18, con la sentenza del 14 luglio 2016, "Wrocław - Miasto na prawach powiatu" (C 406/14, EU:C:2016:562).

ACEN -

Associazione Costruttori

Edili Napoli

Piazza dei Martiri 58 – 80121

Tel. 081 71 72 111

www.acen.it

info@acen.it

www.nagora.it

il blog dei costruttori

www.edil-lab.it

lavoro e formazione edile

Il Giudice comunitario ha anzitutto evidenziato che il subappalto, in quanto strumento che favorisce l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di un interesse fondamentale dell'Unione, ossia il fatto che la concorrenza ad una gara di appalto sia la più ampia possibile.

Ad avviso della Corte, neanche l'obiettivo del contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici – di per sé legittimo – può giustificare una restrizione alle regole ai principi generali del TFUE, come quella rappresentata da un limite quantitativo fisso al subappalto.

Infatti, a parere dei giudici, il divieto di subappalto non è necessario né proporzionale al raggiungimento di tale obiettivo, che, invero, può e deve essere perseguito attraverso misure idonee, peraltro già previste dalla legislazione italiana (come, ad esempio, le interdittive antimafia).

Ciò premesso, la Corte conclude affermando che, una normativa, come quella italiana, che vieti in modo generale e astratto il ricorso al subappalto oltre una certa percentuale, indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori, non è compatibile con la direttiva 2014/24.

INFORMATIVA ANTIMAFIA: IL CONSIGLIO DI STATO CHIARISCE L'AMBITO DEL SINDACATO GIURISDIZIONALE

Il Consiglio di Stato (sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105), si è pronunciato sul corretto esercizio del potere prefettizio di adozione dell'informativa antimafia, laddove basato su un quadro meramente indiziario.

Più in particolare, l'appello si incentrava sul rilevato rischio di condizionamento mafioso, che, secondo l'appellante, non poteva essere valutato sulla base del criterio del "più probabile che non", mutuato dal diritto civile, poiché quest'ultimo non permette di riscontrare alcuna certezza rispetto alle circostanze dedotte.

Al riguardo, il Consiglio di Stato, osserva preliminarmente che il campo valutativo del potere prefettizio deve arrestarsi di fronte ad un fatto inesistente od obiettivamente non sintomatico di infiltrazione mafiosa, su cui il giudice amministrativo è chiamato a sindacare.

Infatti, il giudice, nel valutare il corretto esercizio del potere prefettizio diretto a prevenire l'infiltrazione mafiosa, deve assumere il ruolo di attento custode delle irrinunciabili condizioni di tassatività sostanziale e di tassatività processuale per una tutela giurisdizionale piena ed effettiva di diritti aventi rango costituzionale.

Il provvedimento del prefetto non può quindi prescindere dal rispetto di principi come quello della libera iniziativa imprenditoriale (art. 41 Cost.), da bilanciare con l'altrettanto irrinunciabile interesse dello Stato a contrastare l'insidia delle mafie.

Da un lato, ciò comporta che il sindacato del giudice non deve inficiare la funzione di "frontiera avanzata" svolta dall'informazione antimafia nel continuo confronto tra Stato e anti-Stato, che impone, a servizio delle Prefetture, un uso di strumenti, accertamenti, collegamenti, risultanze, necessariamente anche atipici come atipica, del resto, è la capacità, da parte delle mafie, di perseguire i propri fini.

D'altro lato, il sindacato del giudice amministrativo per eccesso di potere sui vizi della motivazione del provvedimento è costruito in modo da evitare che la portata della valutazione discrezionale del Prefetto sconfini nel puro arbitrio.

Rispetto alla presunta indeterminatezza dei presupposti normativi che legittimano l'emissione dell'informazione antimafia, il Consiglio di Stato ricorda che secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo «la legge deve essere in grado di tenere il passo con il mutare delle circostanze», conseguendone che «molte leggi sono inevitabilmente formulate in termini che, in misura maggiore o minore, sono vaghi», tuttavia in tal caso «una legge che conferisce una discrezionalità deve indicare la portata di tale discrezionalità» (rispettivamente §107 e §108, Corte eur. dir. uomo, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia).

Dunque, è da tempo sorta per il giudice amministrativo l'esigenza di una predeterminazione delle condizioni, in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto, e che ha portato il Consiglio di Stato ad enucleare le situazioni indiziarie, tratte dalle indicazioni legislative o dalla casistica giurisprudenziale, che possono costituire altrettanti "indici" o "spie" dell'infiltrazione mafiosa, non senza precisare che esse costituiscono un catalogo aperto e non già un numerus clausus in modo da poter contrastare efficacemente l'infiltrazione mafiosa che assume forme sempre nuove e mutevoli.

Nel ricordare due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione, adottate a seguito della sentenza de Tommaso della Corte EDU (sentenze n. 24 e n. 25 del 2019, depositate contestualmente il 27 febbraio 2019), nella sentenza in esame il Consiglio di Stato rileva che la giurisprudenza ha individuato:

- sul piano della tassatività sostanziale, due forme di contiguità, compiacente o soggiacente, dell'impresa ad influenze mafiose, riscontrabili quando un operatore economico si lasci condizionare dalla minaccia mafiosa e si lasci imporre le condizioni da questa volute oppure quando questi decida di scendere consapevolmente a patti con la mafia per trarne vantaggio (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. III, sent. 3 maggio 2016, n. 1743);

- sul piano della tassatività processuale, lo standard probatorio sotteso alla regola del "più probabile che non", soggetta alla verifica della c.d. "probabilità cruciale", la quale, nell'apprezzamento degli elementi indiziari posti a base del provvedimento prefettizio, impone di ritenere più probabile l'ipotesi dell'infiltrazione mafiosa rispetto a "tutte le altre messe insieme", non richiedendosi infatti, in questa materia, l'accertamento di una responsabilità che superi qualsivoglia ragionevole dubbio, tipico delle istanze penali, né potendo quindi traslarsi ad essa, impropriamente, le categorie tipiche del diritto e del processo penale, che ne frustrerebbero irrimediabilmente la funzione preventiva.

ACEN -

Associazione Costruttori
Edili Napoli
Piazza dei Martiri 58 – 80121
Tel. 081 71 72 111

www.acen.it

info@acen.it

www.nagora.it

il blog dei costruttori

www.edil-lab.it

lavoro e formazione edile

Ciò che connota la regola probatoria del “più probabile che non” (contestata dall’appellante) è il vincolo per l’interprete di sviluppare un’argomentazione rigorosa sul piano metodologico, “ancorché sia sufficiente accertare che l’ipotesi intorno a quel fatto sia più probabile di tutte le altre messe insieme, ossia rappresenti il 50% + 1 di possibilità, ovvero, con formulazione più appropriata, la c.d. probabilità cruciale” (Cons. Stato, sez. III, 26 settembre 2017, n. 4483).

Le condizioni di tassatività sostanziale e di tassatività processuale, così enucleate, consentono una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata della normativa in materia.

Ciò premesso, e venendo, nel concreto, il Consiglio di Stato ha ritenuto pienamente legittima, e immune da censura, proprio in virtù dei principi di diritto sopra ribaditi, la valutazione del primo giudice, confermando la legittimità della informazione antimafia.

CONSIGLIO DI STATO: DOPO IL SOCCORSO ISTRUTTORIO SI CRISTALLIZZA LA SOGLIA DI ANOMALIA

Lo sbarramento previsto dall’art. 95, comma 15, d.lgs. 50/2016, in cui si traduce il principio della c.d. “invarianza della soglia di anomalia”, non è applicabile alla fase di ammissione delle offerte.

E’ pertanto corretto l’operato della stazione appaltante che, fino alla completa definizione del soccorso istruttorio, ha ritenuto “non conclusa” la fase di ammissione con ciò sottraendo la vicenda alla applicazione della regola in questione.

Il c.d. principio di “invarianza della soglia”, di cui al citato art. 95, co. 15, del Codice dei contratti pubblici, traduce il principio di conservazione degli atti giuridici, sterilizzando tale soglia da ogni eventuale illegittimità di una ammissione o esclusione tempestivamente contestata (cfr. Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579).

Pertanto, eventuali variazioni sulle ammissioni/esclusioni dalle gare, ancorché accertate giurisdizionalmente, non comportano il ricalcolo delle medie e delle soglie di anomalia, da ritenersi ormai cristallizzate al momento dell’aggiudicazione.

Tale regola consolidatasi in giurisprudenza, favorisce la trasparenza e la correttezza del confronto concorrenziale, scoraggiando “la promozione di controversie meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocatisi in graduatoria mossi dall’unica finalità ... di incidere direttamente su quest’ultima traendone vantaggio” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2018, n. 4664 nonché id., sez. III, 22 febbraio 2017, n. 841).

Su tale premessa il Consiglio di Stato ha individuato il momento temporale idoneo a cristallizzare le offerte nella definizione, in via amministrativa, della fase di ammissione (che, naturalmente, riguarda anche la non ammissione, cioè la esclusione), includendovi anche la fase di regolarizzazione, che si riferisce alle situazioni in cui sia stato attivato il soccorso istruttorio (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013).

Infatti, la eventuale fase di regolarizzazione rientra ancora nella fase di ammissione (tanto che l’offerta ammessa al soccorso istruttorio deve ritenersi ammessa “con riserva”), di tal che solo modifiche soggettive successive all’esperienza del soccorso istruttorio sono soggette al canone di invarianza.

Del resto, secondo il Consiglio di Stato, la suddetta fase non può ritenersi conclusa “almeno finché non sia spirato il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni” e comunque “finché la stessa stazione appaltante non possa esercitare il proprio potere di intervento di autotutela ed escludere ‘un operatore economico in qualunque momento della procedura’ (art. 80, comma 6, del d. lgs. n. 50 del 2016) e, quindi, sino all’aggiudicazione (esclusa, quindi, l’ipotesi di risoluzione “pubblicistica” di cui all’art. 108, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016, successiva alla stipula del contratto)” (cfr. Cons. Stato sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579).

ASMEL, DIVIETO DI PRESTAZIONI AGGIUNTIVE E COSTI DI GESTIONE DELLE PIATTAFORME INFORMATICHE: IL CONSIGLIO DI STATO CONFERMA IN APPELLO L’ORDINANZA DEL TAR LECCE

Con ordinanza n. 3810 del 26/07/2019, la Sezione V del Consiglio di Stato ha respinto l’appello cautelare proposto dal Comune di Lizzanello ed ha, pertanto, confermato l’ordinanza n. 328/2019, con cui il TAR Lecce aveva accolto l’istanza cautelare presentata da ANCE, ANCE Lecce e due imprese del settore, sospendendo una procedura di gara per un appalto di lavori indetta dallo stesso Comune. Anche il Giudice dell’appello cautelare, quindi, ha confermato le censure articolate da ANCE di fronte al TAR Lecce (le quali dovranno ora essere approfondite nel prossimo giudizio di merito), il quale aveva:

- ritenuto illegittime le clausole del bando che prevedevano, nell’ambito dell’OEPV, l’attribuzione di punteggio in ragione dell’offerta di lavori aggiuntivi rispetto al progetto posto a base d’asta;

- censurato la clausola che prevedeva, a carico dell’aggiudicatario, il pagamento di una somma pari all’1% dell’importo complessivo posto a base di gara, a titolo di corrispettivo per i servizi di committenza della Centrale di Committenza “Asmel Consortile S.c.a.r.l.”

Inoltre, il Consiglio di Stato ha escluso la sussistenza del pericolo di pregiudizio grave ed irreparabile per il Comune di Lizzanello.

La pronuncia dei Giudici territoriali, peraltro, s’inserisce nel solco dell’orientamento espresso nel tempo dall’ANAC, la quale (accogliendo le censure sollevate a più riprese da ANCE) ha più volte censurato la prassi di porre a carico dei soggetti privati qualsivoglia costo connesso alla gestione delle procedure informatizzate, quantificato in misura percentuale predeterminata e concernente l’organizzazione di una funzione amministrativa, normalmente gravante sulla stazione appaltante (vedi, tra le tante, delibera del 28/11/2018, n. 1123 e atto di segnalazione al Governo n. 3 del 25/02/2015).

Tale orientamento ha trovato un’ultima ed ulteriore conferma nel recente parere n. 44206 del 3 giugno 2019 (in risposta ad un quesito interpretativo sollevato da ANCE il 17 aprile u.s.) nel quale l’Autorità ha ribadito l’assenza di disposizioni di rango legislativo che consentano di introdurre meccanismi di

ACEN -

Associazione Costruttori

Edili Napoli

Piazza dei Martiri 58 – 80121

Tel. 081 71 72 111

www.acen.it

info@acen.it

www.nagora.it

il blog dei costruttori

www.edil-lab.it

lavoro e formazione edile

remunerazione, a qualsiasi titolo, in favore dell'ente appaltante ed a carico dell'aggiudicatario, nonché l'espresso ed onnicomprensivo divieto in tal senso posto dal Codice dei contratti.

Infatti, ad avviso dell'ANAC, l'addebito in esame contrasta sia con il principio espresso dall'art. 23 della Costituzione – in base al quale “Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge” – sia con l'esplicito divieto di cui all'art. 41, comma 2 bis, d.lgs. n. 50/2016 – il quale cristallinamente stabilisce che “È fatto divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme”.

Inoltre, l'ANAC ha altresì rilevato che, in presenza di un aggravio dei costi per gli operatori, questi ultimi, per compensare il probabile onere posto a loro carico, tenderebbero ad offrire minor ribassi in gara, traslando così tali costi aggiuntivi sull'ente appaltante – e, per esso, sulla collettività – e, di qui, confliggendo con la ratio sottostante all'operatività delle Centrali di Committenza, ossia quella di garantire un risparmio di spesa alle Amministrazioni beneficiarie.

Conseguentemente, ha concluso l'Autorità, “a nessuna centrale di committenza è consentito porre a carico dell'aggiudicatario una qualsivoglia forma di remunerazione”

ADOTTATE LE LINEE GUIDA ANAC SUL CONFLITTO DI INTERESSE

L'ANAC ha adottato le linee guida n. 15 volte a individuare e contrastare i conflitti di interesse all'interno degli appalti pubblici. Trattasi di atto non vincolante adottato nell'esercizio dell'attività di supporto alle stazioni appaltanti, di cui all'art. 213 c.c.p..

Come noto, il conflitto di interessi attiene alla lesione dell'interesse funzionalizzato di un dipendente pubblico dovuto al sussistere di interessi personali, economici o di altro genere, divergenti.

Al contrario di quanto previsto in relazione alle fattispecie corruttive, affinché, infatti, sussista un conflitto di interesse, non è richiesto il concretizzarsi dell'indebito vantaggio mediante la realizzazione di una condotta impropria del funzionario, bensì unicamente una situazione in cui un funzionario pubblico potrebbe avere l'opportunità di anteporre i propri interessi ai propri obblighi professionali.

Il preponderante ingresso della tematica del conflitto di interessi all'interno del settore dei lavori pubblici avviene con il nuovo codice dei contratti pubblici che, all'articolo 42, recepisce quanto affermato dalle direttive comunitarie del 2016, con alcune innovazioni.

L'ANCE ha analizzato i principali contenuti delle Linee guida di maggiore interesse per gli operatori economici.

CONSIGLIO DI STATO: L'ACCESSO CIVICO È APPLICABILE ANCHE AGLI ATTI DI GARA

Con la sentenza del 5 giugno 2019, n. 3780, la Sezione III del Consiglio di Stato ha dichiarato che anche gli atti delle procedure ad evidenza pubblica sono sottoposti alla disciplina sull'accesso civico ex artt. 5 e ss. del d.lgs. n. 33/2013 (c.d. “decreto trasparenza”).

In particolare, il Supremo Consesso ha ritenuto che l'art. 53, comma 1 del Codice dei contratti (il quale afferma testualmente che “il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli artt. 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241”) non costituisce un'ipotesi di esclusione dell'applicabilità dell'accesso civico, ai sensi dell'art. 5-bis del decreto trasparenza. Quest'ultimo, infatti, dispone che “il diritto di cui all'art. 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, comma 1, della l. 241/1990”.

La Sezione ha evidenziato che tale istituto deve essere interpretato in maniera trasversale, come strumento generale soggetto solamente a specifiche ed espresse esclusioni o limitazioni, connesse ad interessi pubblici e privati rilevanti, senza possibilità di estensione analogica e interpretativa.

La ratio dell'istituto è quella di favorire forme diffuse di controllo nel perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, prescindendo da un interesse differenziato, al fine di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico.

Deve ritenersi, pertanto, che il generico richiamo alla disciplina sull'accesso ex l. 241/1990 costituisca, nel caso di specie, una mera ipotesi di mancato coordinamento tra due norme, considerando anche che l'accesso civico è stato introdotto dal d.lgs. n. 95/2016 (che ha novellato l'art. 5 e ss. del decreto trasparenza), atto emanato posteriormente rispetto al d.lgs. n. 56/2016.

Quanto detto, ad avviso dei Giudici di Palazzo Spada, assume particolare rilevanza nella materia degli appalti, in cui la possibilità di accesso civico, una volta che la gara sia conclusa (venendo di conseguenza meno la tutela della “par condicio” dei concorrenti), costituisce uno strumento di prevenzione e contrasto della corruzione nelle procedure.

Tanto premesso, secondo il Collegio, “ove non si ricada in una “materia” esplicitamente sottratta, possono esservi solo “casi” in cui il legislatore pone specifiche limitazioni, modalità o limiti” all'applicabilità dell'istituto dell'accesso civico.

Ne deriva che occorre fare riferimento alle singole fattispecie, verificando di volta in volta la sussistenza di eventuali condizioni ostative specifiche e normativamente previste, senza attenersi ad un'interpretazione “statica e non costituzionalmente orientata” del dettato normativo.

Come evidenziato dal Collegio, sulla questione si erano registrati orientamenti confliggenti in recenti pronunce di alcuni TT.AA.RR., nonché all'interno di diverse sezioni degli stessi Tribunali.

In particolare, se da un lato vi erano state alcune pronunce di tenore simile a quella in oggetto, dall'altro lato un differente indirizzo riteneva che i documenti afferenti le procedure di affidamento ed esecuzione sarebbero stati esclusivamente sottoposti alla disciplina di cui all'art. 53 d.lgs. 50/2016, che, richiamando la norma della l. 241/1990, avrebbe escluso l'applicabilità dell'accesso civico generalizzato. Dall'analisi della giurisprudenza che ha ritenuto applicabile l'istituto dell'accesso civico ai contratti pubblici, è possibile enucleare una casistica degli atti delle procedure di gara verso i quali è stato ritenuto applicabile l'accesso civico.

ACEN -

Associazione Costruttori
Edili Napoli
Piazza dei Martiri 58 – 80121
Tel. 081 71 72 111

www.acen.it
info@acen.it

www.nagora.it
il blog dei costruttori

www.edil-lab.it
lavoro e formazione edile

In particolare, con la sentenza del Consiglio di Stato in oggetto, è stata accolta l'istanza di accesso civico presentata, successivamente alla conclusione della procedura, da un operatore che non aveva partecipato alla gara. La richiesta dell'istante era volta all'esame della documentazione amministrativa e contabile, incluse le fatture pagate all'aggiudicatario. In tal caso, infatti, è stata esclusa qualsiasi compromissione di segreti del processo industriale della società che esegue l'appalto.

Parimenti, sono stati ritenuti ostensibili i documenti contabili da cui si ricavano gli importi liquidati all'esecutore dell'appalto, trattandosi di dati che dovrebbero essere generalmente resi pubblici dalle stazioni appaltanti.

In particolare, è stato osservato dal Collegio che, qualora l'oggetto dell'appalto configuri prestazioni standardizzate e altamente ripetitive, non può prodursi alcun dimostrabile o ipotizzabile vulnus a segreti commerciali e industriali.

Questo orientamento favorevole all'applicazione della disciplina sull'accesso civico si colloca nel solco di quanto affermato dall'ANAC, la quale aveva precisato che l'articolo 53, comma 5, lettera a), del d.lgs. n. 50/2016 esclude dal diritto di accesso e da ogni forma di divulgazione le "informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali" e che il successivo comma 6 chiarisce che, "in relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto" (vedi Delibera n. 621 del 4 luglio 2018).

CONCORDATO IN CONTINUITÀ AZIENDALE ED ATI: IL CDS SOLLEVA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

Con l'ordinanza n. 3938, del 12 giugno 2019, la Sezione V del Consiglio di Stato ha sollevato questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 186 bis, 6° comma, della Legge fallimentare (RD n. 267/1942), sul presupposto che vietare espressamente alle imprese in concordato con continuità aziendale di partecipare a gare d'appalto rivestendo il ruolo di mandataria all'interno di un'ATI sia lesivo di una serie di principi di rango costituzionale e, in particolare, dei principi di ragionevolezza e parità di trattamento (art. 3), di libertà di iniziativa economica privata (art. 41) e di buon andamento dall'azione amministrativa (art. 97).

Oggetto delle osservazioni mosse dal Consiglio di Stato è stato il "concordato con continuità aziendale", istituito oggi disciplinato dall'art. 186 bis LF, e specificamente diretto al superamento dello stato di crisi finanziaria ed alla fruttuosa prosecuzione dell'attività d'impresa. Si tratta di una particolare forma di concordato preventivo, caratterizzata dalla presentazione di un piano che preveda "la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione" (art. 186 bis, comma 1), oltre ad essere circondata da serie di cautele, tese a garantire che la continuità sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, e che sia sostenibile sul piano economico-finanziario.

L'art. 186 bis LF dedica, poi, una specifica disposizione, il comma 6°, alla partecipazione degli operatori in concordato con continuità tramite adesione ad ATI.

In tal caso, la regola posta è che la partecipazione è consentita ma a due condizioni:

- che, nel caso in cui l'impresa in concordato con continuità rivesta il ruolo di mandante, le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad altra procedura concorsuale;
- che, nel raggruppamento temporaneo, tale impresa non rivesta il ruolo di mandataria.

Proprio quest'ultima limitazione, in particolare, ha costituito l'oggetto specifico dell'ordinanza in esame. L'ordinanza in commento è stata pronunciata nell'ambito del giudizio di impugnazione di una sentenza del TAR Toscana (Sezione II, n. 491/2019), la quale ravvisava l'esistenza di un contrasto tra l'art. 80, comma 5, lett. b), del Codice dei contratti pubblici e l'art. 186 bis, comma 6, della Legge fallimentare – che il Giudice di prime cure aveva risolto facendo applicazione del criterio cronologico: la disposizione fallimentare era stata implicitamente abrogata per opera del sopravvenuto art. 80, comma 5, lett. b), del Codice dei contratti pubblici. Quest'ultimo, infatti, nel disciplinare integralmente la materia delle cause di esclusione in senso innovativo, non avrebbe fatto più alcun riferimento alla posizione che assuma l'impresa in concordato preventivo con continuità che partecipi alla procedura nella forma del raggruppamento temporaneo di impresa.

Come anticipato, il Supremo Consesso – dopo aver sconfessato il TAR toscano, ritenendo non implicitamente abrogato l'art. 186 bis, comma 6, LF, valutandolo, al contrario, ancora perfettamente vigente – ha concentrato le proprie criticità proprio su quest'ultima norma, nella misura in cui vieta alle imprese in concordato con continuità di partecipare a gare d'appalto in qualità di mandatarie di ATI.

La disposizione, infatti, stabilisce che una simile impresa "può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale".

Nel valutare la fondatezza della questione di legittimità costituzionale come prospettata, i massimi Giudici amministrativi hanno analizzato diversi parametri costituzionali, fra cui l'art. 3 Cost, dovendosi dubitare, a parere del Collegio, "della ragionevolezza della scelta del legislatore", che un'impresa in concordato non possa partecipare alle gare in ATI come mandataria, mentre potrebbe (nel rispetto degli obblighi fissati dalla disposizione, più sopra descritti) liberamente partecipare come singola concorrente.

ASMEL E DIVIETO DI PRESTAZIONI AGGIUNTIVE: IL TAR LECCE ACCOGLIE L'ISTANZA CAUTELARE PROPOSTA DA ANCE

Con ordinanza n. 328 del 29/05/2019 il TAR Lecce ha accolto l'istanza di sospensione cautelare presentata, tra gli altri, da ANCE ed ANCE Lecce avverso gli atti della procedura di gara indetta dal Comune di Lizzanello (LE) per l'affidamento dei lavori di "Ristrutturazione di parte di fabbricato esistente ubicato nella frazione di Merine da destinare a centro aperto polivalente anziani (art. 106 del Reg. n. 4 del 18-1-2007)".

ACEN -

Associazione Costruttori
Edili Napoli
Piazza dei Martiri 58 – 80121
Tel. 081 71 72 111
www.acen.it
info@acen.it

www.nagora.it

il blog dei costruttori

www.edil-lab.it

lavoro e formazione edile

Il Tribunale salentino ha anzitutto ritenuto illegittime le clausole del bando che prevedevano, nell'ambito dell'OEPV, l'attribuzione di punteggio in ragione dell'offerta di lavori aggiuntivi rispetto al progetto posto a base d'asta, in quanto non finalizzate a valorizzare le migliorie al progetto posto a base d'asta, bensì ad estendere gli interventi previsti nel progetto esecutivo anche alla restante porzione dell'edificio, ponendo indebitamente a carico dei concorrenti il relativo onere economico.

Si tratta di un principio molto rilevante, che conferma quanto affermato dall'ANAC, nell'ambito di alcuni precontenziosi presentati da ANCE Nazionale, nonché dalla giurisprudenza maggioritaria (vedi, ex multis, ANAC, delibere n. 1043 del 14 novembre 2018 e n. 1075 del 21 novembre 2018; vedi anche Cons. Stato, parere Commissione speciale n. 966 del 13 aprile 2018; TAR Veneto, I, sentenza 01/02/2018, n. 105; TAR Umbria, I, sentenza 08/11/2018, n. 581).

Altra questione ha riguardato la clausola che prevedeva, a carico dell'aggiudicatario, il pagamento di una somma pari all'1% dell'importo complessivo posto a base di gara a titolo di corrispettivo per i servizi di committenza dalla Centrale di Committenza "Asmel Consortile S.c.a.r.l."

A tal riguardo, il TAR Lecce ha rilevato l'illegittimità della clausola in esame in quanto in violazione sia dell'art. 41, comma 2-bis, del Codice dei contratti (per il quale "È fatto divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme" telematiche di negoziazione), sia dell'art. 23 della Costituzione, secondo il quale ogni prestazione patrimoniale imposta deve trovare il proprio fondamento nel dettato legislativo.

Ad avviso del Collegio, peraltro, "l'apporto partecipativo di Asmel alla procedura di gara (ulteriore rispetto alla messa a disposizione della piattaforma telematica) è minimo, e non risulta che quest'ultima sia una Centrale di Committenza, né che sia iscritta all'Anagrafe delle Stazioni Appaltanti" ..

Al riguardo, l'ANCE aveva già avuto modo di segnalare la problematica in questione all'ANAC, sia in sede di precontenzioso, che in sede consultiva.

L'Autorità, invero, ha sempre accolto le censure evidenziate, stigmatizzando la prassi, perpetuata da alcune amministrazioni aggiudicatrici, di porre a carico dei soggetti privati i costi di gestione della procedura, quantificati in misura percentuale predeterminata e concernenti l'organizzazione di una funzione amministrativa, normalmente gravante sulla stazione appaltante (vedi, tra le tante, delibera del 28/11/2018, n. 1123 e atto di segnalazione al Governo n. 3 del 25/02/2015).

Da ultimo, si evidenzia che è stata nuovamente riconosciuta la piena legittimazione ad agire in capo alle due associazioni ricorrenti. Per il Collegio, infatti, "l'impugnativa in esame appare coerente con l'interesse istituzionale di tale Associazione di categoria, essendo preordinata ad evitare che oneri (assunti come) indebiti siano posti a carico degli operatori economici del Settore", con l'aggiunta che "né sembra integrare un conflitto di interessi con una parte degli imprenditori (appartenenti alla categoria di riferimento) la semplice partecipazione alla selezione de qua di - sole - due imprese, considerato, peraltro, che la contraria opzione ermeneutica comporterebbe che la legittimazione attiva dell'A.N.C.E. risulterebbe, in concreto, paralizzata ogni volta che - anche - un singolo operatore associato decidesse, comunque, di partecipare alla gara, sicché appare da ripudiare in forza del c.d. metodo apagogico".

Tale pronuncia è di estremo rilievo, poiché riafferma la piena capacità processuale dell'ANCE, senza che la contestuale presenza, nel procedimento di gara impugnato, di altre imprese, rappresenti un motivo ostativo al ricorso.

ANAC: IL RIMBORSO DEI COSTI DI GESTIONE DELLE PIATTAFORME DI E-PROCUREMENT È SEMPRE ILLEGITTIMO

Con il parere n. 44206 del 3/6/2019, in risposta al quesito interpretativo sollevato da ANCE il 17 aprile u.s., l'ANAC ha confermato la completa illegittimità della prassi di inserire, nei bandi di gara, un'apposita clausola in forza della quale è previsto che l'aggiudicatario debba vincolarsi a rimborsare alle Centrali di committenza una somma determinata in misura percentuale (usualmente, pari all'1%) dell'importo posto a base di gara, quale remunerazione per la gestione delle procedure di gara svolte su piattaforme di e-procurement.

Il quesito giuridico inoltrato da ANCE lo scorso aprile riguardava un bando per l'appalto di lavori – caratterizzato proprio dalla citata clausola – indetto da un Comune. Quest'ultimo aveva demandato l'espletamento della relativa procedura ad ASMEL, da svolgere tramite la piattaforma telematica di negoziazione da quest'ultima gestita, Asmecommm.

In generale, la posizione di ANCE sulla non spettanza di tale onere economico è stata, fin dal principio, condivisa dall'ANAC. La stessa ha presentato un atto di segnalazione al Governo (n. 3/2015). Da qui, il legislatore ha voluto introdurre (con il decreto correttivo, d.lgs. n. 56/2017) l'apposito divieto nel Codice Appalti (art. 41, comma 2 bis del Codice).

Ciononostante, a causa del reiterarsi di episodi non in linea con la normativa ora richiamata, come evidenziato dalle segnalazioni del territorio, l'ANCE ha formulato ad ANAC la citata richiesta di parere, allo scopo di confermare l'illegittimità del divieto di remunerazione, comprensivo di qualsiasi tipologia di spesa relativa al funzionamento e all'utilizzo delle piattaforme di e-procurement.

Con il parere in commento, l'ANAC ha accolto "in toto" le istanze di ANCE, riscontrando l'assenza di disposizioni di rango legislativo che consentano di introdurre meccanismi di remunerazione a carico dell'aggiudicatario, e la sussistenza, nel Codice dei contratti, di un divieto espresso in tal senso.

Infatti, ad avviso dell'Autorità, l'addebito in esame contrasta sia con il principio espresso dall'art. 23 della Costituzione – in base al quale "Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge" – sia con l'espresso divieto di cui all'art. 41, comma 2 bis, d.lgs. n. 50/2016 – il quale cristallinamente stabilisce che "È fatto divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme" ..

ACEN -

Associazione Costruttori

Edili Napoli

Piazza dei Martiri 58 – 80121

Tel. 081 71 72 111

www.acen.it

info@acen.it

www.nagora.it

il blog dei costruttori

www.edil-lab.it

lavoro e formazione edile

Invero, ha rilevato l'ANAC, dal momento che la creazione di soggetti aggregatori della domanda di fabbisogno pubblico ha avuto lo scopo di garantire un risparmio di spesa alle Amministrazioni beneficiarie, "il relativo funzionamento non può determinare un aggravio di costi per gli operatori, i quali, peraltro, tenderebbero a traslarli sull'ente appaltante e, per esso, sulla collettività, offrendo minor ribassi in gara, al fine di compensare il probabile costo posto a loro carico", qualora risultassero aggiudicatari.

Inoltre, per l'Autorità, tale onere economico si rivela "contrario allo spirito riformatore del sistema della centralizzazione degli acquisti" (richiamando, a tal fine, la recente deliberazione n. 1123/2018, già espressiva di tale assunto).

Da ciò viene fatto conseguire che, in assenza di disposizioni di rango primario (e di previsioni attuative di secondo livello), "a nessuna centrale di committenza è consentito porre a carico dell'aggiudicatario una qualsivoglia forma di remunerazione".

Tutto ciò premesso, l'Autorità ha sottolineato anche che eventuali procedure di aggiudicazione ed esecuzione dei contratti che continuino a prevedere tale addebito possono essere segnalate anche agli Uffici di vigilanza dell'ANAC (secondo la procedura disciplinata dal Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, pubblicato nella G.U. del 16 ottobre 2018).

Consulta le altre News dell'ACEN

- ▶ Notiziario (*settimanale*)
- ▶ Notizie dal web (*settimanale*)
- ▶ Pillole economiche (*quindicinale*)
- ▶ Scadenziario (*mensile*)
- ▶ Flash Urbanistica - Edilizia (*quindicinale*)

Per maggiori informazioni, approfondimenti e per scaricare eventuali documenti

consulta: www.acen.it

www.nagora.it

www.edil-lab.it

ACEN -

Associazione Costruttori

Edili Napoli

Piazza dei Martiri 58 – 80121

Tel. 081 71 72 111

www.acen.it

info@acen.it

www.nagora.it

il blog dei costruttori

www.edil-lab.it

lavoro e formazione edile