

GIURISPRUDENZA

Le pronunce riportate di seguito sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi

L'opera aggiuntiva modifica l'identità strutturale e/o funzionale dell'opera
[TAR Molise, 14 ottobre 2019, n. 340](#)

ART. 95, C. 14-BIS, D. LGS. N. 50/2016 – OPERE AGGIUNTIVE RISPETTO AI LAVORI
OGGETTO DELL'APPALTO – MIGLIORIE E VARIANTI IN CORSO D'OPERA –
DIFFORMITÀ RISPETTO AGLI ACCORGIMENTI PROGETTUALI



Il Collegio ricorda come l'[art.95, c. 14-bis, del d.lgs. 50/2016](#) non sanziona con l'esclusione dalla gara l'impresa che ha proposto opere aggiuntive rispetto a quelle oggetto di gara, ma si rivolge alla stazione appaltante, precludendo l'attribuzione di un apposito punteggio.

Nel caso in esame la società propone ricorso avverso la determinazione di aggiudicazione definitiva lamentando la violazione del divieto di cui al sopra citato comma nella parte in cui vengono positivamente valutate le offerte presentate dalle imprese collocate ai primi due posti della graduatoria di gara che prevedono nelle proprie offerte la **realizzazione di opere aggiuntive rispetto ai lavori oggetto dell'appalto**, consistenti nel risanamento strutturale ai fini del miglioramento sismico di un ponte di importanza strategica, con le proposte di realizzazione *“di un parcheggio pubblico sottostante l'impalcato con bacheche informative di metallo, fioriere, illuminazione”*, nonché *“di un parco e di un parco giochi con pavimentazione e allestimenti di varia natura”*.

Il TAR Molise rigetta il ricorso sull'assunto che le soluzioni progettuali presentate non possono essere qualificate alla stregua di un'opera aggiuntiva rispetto a quella descritta dal progetto esecutivo, ma costituiscono una **miglioria coerente con gli obiettivi perseguiti**. Infatti, ai sensi dell'art. 95, c. 14-bis, del d.lgs. 50/2016, le stazioni appaltanti **non possono attribuire alcun punteggio** per l'offerta di **opere aggiuntive** rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta, qualora gli appalti siano aggiudicati secondo il **criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa** individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

La *ratio* di tale disposizione, infatti, è quella di evitare che l'aggiudicazione possa essere disposta premiando **elementi di carattere avulso** rispetto al *proprium* della procedura indetta sulla base del progetto esecutivo e quella di **escludere dalla valutazione** della commissione giudicatrice, ai fini dell'attribuzione del punteggio, quelle opere che rappresentano prestazioni **diverse, estranee ed ulteriori** rispetto a quelle richieste e indicate nel capitolato speciale, **pur ammettendo** la possibilità di premiare le **varianti migliorative** delle modalità esecutive delle prestazioni richieste.

Pertanto, per **opera aggiuntiva** si deve intendere un intervento che **modifichi in senso quantitativo e/o qualitativo l'identità strutturale e/o funzionale dell'opera** oggetto dell'appalto, con il risultato di falsare il confronto concorrenziale; invece, gli **accorgimenti progettuali** volti alla valorizzazione e all'implementazione dell'opera in senso esteti-

co e/o prestazionale, che non ne modifichino sostanzialmente identità e dimensioni, devono essere sussunti nel *genus* delle migliori e/o delle varianti, e come tali sono compatibili con il divieto di cui all'art. 95, c. 14-bis, del d.lgs. 50/2016, purché contenuti nei limiti stabiliti dalla *lex specialis*.

Il dovere di fedele redazione e presentazione del DGUE e la mancata indicazione di condotte idonee ad incidere sulla moralità professionale

[Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2019, n. 7749](#)

DGUE – REDAZIONE E PRESENTAZIONE – MANCATA INDICAZIONE DI CONDOTTE – GIUDIZIO DI MERITEVOLEZZA ED AFFIDABILITÀ – ESCLUSIONE



Nella sentenza in commento il Consiglio di Stato ribadisce il **dovere di fedele redazione e presentazione del DGUE** (*Documento di gara unico europeo*) di cui all'art. 85 del d.lgs. n. 50 del 2016, spettando **all'Amministrazione** e non all'operatore economico il **vaglio** circa la **meritevolezza e l'affidabilità** di ogni concorrente in base ai precedenti penali e professionali.

La vicenda trae origine dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione dell'affidamento di lavori di adeguamento e messa in sicurezza di un Museo, ai sensi dell'art. 80, c. 5, lett. c) ed f-bis), d.lgs. n. 50 del 2016, in ragione dell'omessa dichiarazione, da parte dell'impresa incaricata all'esecuzione dei lavori, di una condanna definitiva per omicidio colposo ex art. 589 c.p., pronunciata nei confronti dell'ex legale rappresentante e presidente del Consiglio di sorveglianza (i fatti oggetto di condanna penale riguardavano la mancata adozione dei necessari requisiti di sicurezza nella gestione di un evento culturale). Tale annullamento veniva impugnato davanti al TAR Calabria e, in seguito, appellato.

Il Consiglio di Stato respingeva tuttavia il gravame, ribadendo i seguenti principi:

- l'art. 80, c. 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 rimette all'Amministrazione/stazione appaltante, e non al singolo operatore economico, il **vaglio** dei **precedenti professionali** dei concorrenti, ai fini del giudizio di **meritevolezza e attendibilità**, senza operare alcuna limitazione a fatti che abbiano causato risoluzioni contrattuali, e senza escludere particolari tipologie di condanne penali;

- domina il **dovere di fedele redazione e presentazione del DGUE**, in virtù dell'immanente principio di buona fede nelle trattative contrattuali. È ormai orientamento consolidato che **l'omessa dichiarazione del concorrente di tutte le condanne penali** riportate (salvo riabilitazione), pur se attinenti a **reati diversi** da quelli contemplati dall'art. 80, **c. 1 e 2**, del Codice, è ragione di possibile **esclusione** dalla gara, rappresentando per la stazione appaltante un serio impedimento per vagliarne la rilevanza e la gravità;

- il principio generale della **onnicomprendività** della dichiarazione ex art. 80, c. 5, lett. c), del Codice, trova applicazione anche quando la **lex specialis** non prevede espressamente l'obbligo di dichiarare tutte le condanne penali;

- non è corretta la pretesa di distinguere concettualmente **l'impresa (entità giuridica)** dai **soggetti di cui all'art. 80, c. 3**, d.lgs. 50/2016 per il cui tramite, in ragione delle

loro funzioni di amministrazione e controllo, essa concretamente opera. Ciò per evitare l'effetto aberrante di escludere la rilevanza di qualsiasi condanna ai fini della valutazione di affidabilità, posto che la responsabilità penale riguarda solo le persone fisiche;

- l'omissione di una condanna penale **non è sanabile con soccorso istruttorio**, non essendo possibile sopperire, con tale strumento, a dichiarazioni riguardanti elementi essenziali radicalmente mancanti. Il soccorso istruttorio serve, invece, a chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara;

- **l'esclusione** da una gara, disposta in esito al riscontro negativo circa il possesso di un requisito di partecipazione, non postula la **previa comunicazione di avvio del procedimento** della cui pendenza l'interessato è già necessariamente a conoscenza;

- una volta che la stazione appaltante ha dato atto (anche *per relationem* alle argomentazioni espresse in altro provvedimento amministrativo) delle **ragioni** per cui l'omessa comunicazione dei precedenti penali integra un "grave illecito professionale", tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, **nessuna ulteriore motivazione** è necessaria a supporto dell'annullamento dell'aggiudicazione.

NORMATIVA

Le fonti normative sottolineate sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi

Nuove soglie comunitarie

Dal 1° gennaio 2020 saranno in vigore le nuove soglie comunitarie per gli appalti pubblici che, per la prima volta in dieci anni, sono state rimodulate verso il basso.

Così, infatti, hanno disposto i Regolamenti della Commissione 1827/2019 (concessioni) 2019/1828 (settori ordinari), 2019/1829 (settori speciali) 2019/1830 (difesa e sicurezza) del 30 ottobre 2019, pubblicati il 31 ottobre nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, che modificano la direttiva 2014/24/UE. Si riepilogano di seguito le nuove soglie che entreranno in vigore:

- **5.350.000 Euro** per gli appalti pubblici di **lavori** e per le **concessioni** (in precedenza Euro 5.548.000);
- **214.000 Euro** per gli appalti di **servizi** e le **forniture** (in precedenza Euro 221.000);
- **139.000 Euro** se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative **centrali** (quelle indicate dall'allegato III del Codice degli appalti) (in precedenza Euro 144.000);
- **428.000 Euro** per il caso particolare di **servizi e forniture** nei settori **speciali** e nel settore della **difesa** (in precedenza Euro 443.000).

La bozza del Regolamento attuativo del Codice degli appalti

Sembra essere in dirittura d'arrivo il nuovo **Regolamento attuativo del Codice degli appalti**. A partire dalla sua entrata in vigore, si dovrebbe superare il sistema della *soft law* composto dalle Linee guida dell'ANAC e dai decreti ministeriali attuativi del Codice dei

contratti. Il [testo attualmente licenziato](#) rappresenta una **prima bozza**; il testo definitivo dovrebbe essere pubblicato **entro la prima metà di dicembre**.

DIALOGO TRA CORTI

Le pronunce sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi

Adunanza plenaria: quando viene meno l'interesse ad una decisione della Corte di giustizia su una questione pregiudiziale, il giudice deve ritirare la relativa domanda
[Cons. Stato, Ad. plen., ord. 28 ottobre 2019, n. 13](#)

CONSIGLIO DI STATO – RINVIO PREGIUDIZIALE – RITIRO DELLA DOMANDA – COSTI MANODOPERA – ART. 100, C. 1, REGOLAMENTO PROCEDURA CGE

Con l'ordinanza in commento, **l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato** ha chiarito che qualora, successivamente al rinvio pregiudiziale su una determinata questione, sopraggiunga una decisione della CGE che si pronunci sulla medesima questione, il giudice amministrativo, assodato il venir meno dell'interesse e la **sopravvenuta irrilevanza** della causa pregiudiziale, **ritira la domanda** dandone comunicazione alla Corte.

La questione che ha dato vita all'ordinanza ha ad oggetto la **vexata quaestio** sull'interpretazione dell'**art. 95, c. 10, del d.lgs. n. 50/2016**, in relazione alla mancata indicazione separata, nell'offerta, dei costi di manodopera e degli oneri della sicurezza.

Il Collegio aveva rimesso la questione alla CGE con le **ordinanze del 24 gennaio 2019 nn. 1, 2 e 3** (su cui si veda il n. 9 – febbraio 2019 di questa **Rassegna**, disponibile [qui](#)) propendendo per la cd. tesi formalistica che sostiene **l'esclusione** del concorrente nell'ipotesi di violazione della disposizione di cui all'**art. 95, c. 10**, senza possibilità di invocare il beneficio della regolarizzazione postuma mediante il soccorso istruttorio.

La Corte aveva disposto la sospensione del giudizio, stante la pendenza di una questione simile, sollevata dal **TAR Lazio, sez. II-bis, 24 aprile 2018, n. 4562** e risolta con la sentenza della **CGE, sez. IX, 2 maggio 2019, C-309/18**.

Tale pronuncia ha messo in chiaro come le norme del **Codice degli appalti**, che escludono il rimedio del soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione dei costi della manodopera, siano **compatibili** con la **direttiva 2014/24/UE** salvo tuttavia la situazione, che spetta al giudice nazionale verificare, in cui sussista una materiale impossibilità, per l'offerente, di indicare separatamente quei costi.

Il Cancelliere della Corte, unitamente alla notifica della richiamata sentenza, ha fatto pervenire al giudice remittente un'istanza tesa ad accertare la **permanenza dell'interesse** alla decisione delle questioni pregiudiziali sottoposte, alla luce di quanto deciso con la sentenza notificata. L'Adunanza plenaria, sentite le parti, ha accertato la piena soddisfazione dei dubbi interpretativi proposti e **“la piena sovrapponibilità tra quanto deciso in relazione al caso sottoposto dal TAR del Lazio e la richiesta interpretazione propugnata da questo Giudice”**.

Non sussistendo più un interesse ad ottenere una decisione della Corte, l'Adunanza plenaria poteva procedere in astratto lungo tre direttrici: 1) **decidere direttamente** sulle rimissioni applicando il principio elaborato dalla Corte di giustizia; 2) **restituire gli atti al giudice nazionale remittente**, affinché facesse eventuale applicazione del principio, ove

ritenuto possibile; 3) **rimettere gli atti alla CGE** perché questa formalmente procedesse alla cancellazione della causa dal ruolo.

Quest'ultima è stata la soluzione prescelta in concreto: una volta che la Corte UE avrà preso atto del venir meno dell'interesse alla sua pronuncia pregiudiziale, gli atti saranno nuovamente **restituiti alla plenaria** che dovrà procedere seguendo una delle due alternative *sub 1)* o *sub 2)* sopra rappresentate.

Alla CGE la legittimità del divieto di affidamenti di concessioni autostradali scadute o in scadenza con finanza di progetto

[Cons. Stato, sez. V, ord. 6 novembre 2019, n. 7587](#)

APPALTI PUBBLICI – CONCESSIONI – CONCESSIONE AUTOSTRADALE – DIRETTIVA 23/2014/UE – FINANZA DI PROGETTO – PRINCIPI EUROUNITARI – RIMESSIONE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA UE

Con l'**ordinanza** in commento, il Consiglio di Stato, sul ricorso in appello proposto da ATIVA spa contro il Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, rimette alla **CGE** la **questione pregiudiziale** relativa alla conformità dell'art. **178, c. 8-bis**, del d.lgs. n. 50/2016 che vieta alla PA di procedere agli affidamenti **delle concessioni autostradali scadute o in scadenza** facendo ricorso alla finanza di progetto sia di iniziativa pubblica che privata, con il **diritto eurounitario** e in particolare con la libertà di scelta delle procedure di affidamento, nel rispetto dei principi di **trasparenza e libertà di trattamento** nell'ambito degli affidamenti delle concessioni fissati nella **direttiva 23/2014/UE**.

L'art. 178 del Codice degli appalti, premesso il **divieto di proroga** delle concessioni autostradali, distingue, per l'avvio di nuove gare, tra un **regime ordinario** ed un **regime transitorio**, differenziando per quest'ultimo le concessioni già **scadute** da quelle **in scadenza**.

Per ciò che in questa sede rileva, quello che distingue la disciplina transitoria da quella di regime sono i **termini di avvio della procedura** per individuare il concessionario subentrante mediante gara ad evidenza pubblica: **sei mesi** dalla data di entrata in vigore del Codice per la "predisposizione" del bando per le concessioni scadute; **"nel più breve tempo possibile in modo da evitare soluzioni di continuità tra i due regimi concessori"** per l'avvio della procedura se la scadenza fosse caduta in un termine inferiore ai ventiquattro mesi e comunque nell'avvio della procedura per le concessioni autostradali in scadenza nei ventiquattro mesi successivi all'entrata in vigore della parte terza del Codice.

In tale quadro normativo, con il **correttivo di cui al d.lgs. n. 56/2017** è stato introdotto il **divieto di cui al comma 8-bis**, riferito testualmente agli affidamenti delle concessioni autostradali "scadute o in scadenza".

La disposizione in oggetto non appare univocamente interpretabile nel senso che si tratti di disciplina strattamente transitoria, come presuppone la difesa delle Amministrazioni qui appellate. Piuttosto, va rilevato che il comma 8-bis reca un **divieto generalizzato** di affidare le concessioni autostradali con la procedura della finanza di progetto se l'infrastruttura è già affidata in concessione, sicché potrebbe intendersi come previsione normativa da applicare **non solo in via transitoria, ma anche a regime**.

Entrambe le opzioni interpretative sembrano corrispondere alla *ratio* del divieto, che la difesa erariale individua nella necessità di **contrastare l'aggiramento del divieto di proroga** delle concessioni autostradali se proponente sia il concessionario uscente, comportando una modifica significativa rispetto al regime previgente.

Tuttavia, occorre osservare che la finanza di progetto, seppure alternativa all'affidamento mediante concessione di cui alla parte III del Codice, deve comunque rispettare i **principi dell'evidenza pubblica**, a tutela della concorrenza e della *par condicio* dei potenziali interessati.

Alla stregua di tale ultima considerazione e del dato normativo, sembra dunque da escludere che la proposta di finanza di progetto per l'affidamento di una concessione, anche se ad iniziativa privata del concessionario uscente, sia configurabile come una **"proroga"** della precedente concessione.

Appare, pertanto, fondata la questione sollevata dalla società appellante di contrasto della nuova previsione normativa, oltre che con i principi eurounitari di **trasparenza e parità di trattamento**, anche con quello di libertà da parte delle amministrazioni aggiudicatrici di definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario e di **sceglierne altresì la tipologia**.

DOTTRINA, PRASSI E NOTIZIE

I contributi sottolineati, liberamente accessibili, sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi

L'angolo della dottrina

Segnaliamo i seguenti contributi in materia di contratti pubblici, con le relative indicazioni per il loro reperimento:

GIORNALE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

(i dipendenti APAC accedono ai contenuti su www.edicolaprofessionale.com/gda con le credenziali note)

- E. FREDIANI, **SCIA, tutela del terzo ed esigenze di coerenza**, 2019, 5, 579;
- B. MARCHETTI, **Il dialogo interrotto tra il Consiglio di Stato francese e la Corte di giustizia UE**, 2019, 5, 564;
- G. SGUEO, **Amministrazioni più trasparenti ed efficienti con la fatturazione elettronica**, 2019, 5, 556.

URBANISTICA E APPALTI

(i dipendenti APAC accedono ai contenuti su www.edicolaprofessionale.com/urbapp con le credenziali note)

- F. BEVILACQUA, **Nessuna esclusione dalla gara per "grave illecito professionale" se il precedente inadempimento è incolpevole**, 2019, 4, 563;
- D. MINELLI, **"White list" e interdittive antimafia**, 2019, 5, 680;
- G. MANGIALARDI, **Soccorso istruttorio per la mancata indicazione del prezzo finale proposto**, 2019, 5, 658.

- R. DE NICTOLIS, 100 anni di Adunanze plenarie sui pubblici appalti (1919-2019) e verifica di perdurante attualità alla luce del codice dei contratti pubblici n. 50/2016, in www.giustizia-amministrativa.it;

- R. GIANI, *Il principio di rotazione nell'aggiudicazione degli appalti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it.

A PROPOSITO DI... PROCEDURE TELEMATICHE – Agenzia delle Entrate: Non è richiesta l'imposta di bollo nell'offerta economica

L'Agenzia delle Entrate di Trento ha risposto in data 4 luglio 2019 ad un quesito posto tramite **interpello** da parte della Provincia Autonoma di Trento e relativo alla riconducibilità dell'**offerta economica**, presentata nelle procedure telematiche per l'affidamento di lavori, nell'ambito dell'articolo 2 della Tariffa, Parte prima, allegato A, del d.P.R. n. 642/1972. La disposizione citata stabilisce l'applicazione dell'imposta di bollo, fin dall'origine, per le *"scritture private contenenti convenzioni o dichiarazioni anche unilaterali con le quali si creano, si modificano, si estinguono, si accertano o si documentano **rapporti giuridici** di ogni specie, descrizioni, constatazioni e inventari destinati a far prova tra le parti che li hanno sottoscritti"*.

Il parere espresso dall'Agenzia richiama la precedente Risoluzione n. 96/2013, relativa all'applicazione dell'imposta di bollo ai documenti prodotti nelle procedure svolte nell'ambito del **Mercato elettronico**, nella quale era stato chiarito che *"le offerte economiche presentate dagli operatori che non sono seguite dall'accettazione da parte della Pubblica amministrazione non sono, invece, rilevanti ai fini dell'applicazione dell'imposta di bollo. Si tratta, infatti, di **mere proposte contrattuali**, la cui validità permane fino al termine indicato dalla procedura, che **non producono effetti giuridici** qualora non seguite dall'accettazione"*.

Ne consegue, pertanto, che l'offerta economica presentata nelle procedure di gara telematiche **non debba essere assoggettata ad imposta di bollo** ai sensi dell'articolo 2 della Tariffa, Parte prima, allegato A, del d.P.R. 642/1972, come per le procedure di acquisto di beni e servizi tramite il mercato elettronico. L'imposta di bollo si applica, quindi, unicamente al **contratto di appalto**, stipulato ad avvenuta aggiudicazione, e ai documenti facenti parte integrale del contratto, ivi compresa l'offerta economica, sempre che non rientrino nell'articolo 28 della Tariffa, Parte seconda, allegata al DPR n. 642/1972.

Il principio di rotazione nel caso di partecipazione alla gara di un Raggruppamento temporaneo di imprese

Con apposita istanza di parere precontenzioso, si chiede all'**ANAC** se il **principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti** impedisca la partecipazione alla gara dell'impresa aggiudicataria uscente, in qualità di mandante di un **RTI**, o se la stazione appaltante sia tenuta ad escludere altresì l'intero raggruppamento, compresa l'impresa mandataria.

Nel caso in esame infatti, la stazione appaltante, nell'ambito di una procedura negoziata per la realizzazione di lavori, non aveva esteso l'invito all'impresa aggiudicataria del precedente affidamento, ma, ciò nonostante, quest'ultima risultava concorrente in gara in qualità di mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese la cui impresa mandataria era stata invece a sua volta invitata.

Al fine di rispondere al quesito, l'Autorità (cfr. [delibera 15 maggio 2019, n. 422](#)) preliminarmente delinea i **tratti peculiari dell'istituto del raggruppamento temporaneo di imprese** consistente in un **mandato collettivo**, conferito ad un'impresa, detta **mandataria**, da parte delle altre, dette **mandanti**, in forza del quale la prima concorre alla gara in nome e per conto di tutte le imprese raggruppate, assumendone la piena ed esclusiva rappresentanza nei confronti della stazione appaltante.

Sul punto, viene richiamato quanto già precisato dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, Ad. plen., 13 giugno 2012, n. 22) ad avviso del quale il RTI, quale *“aggregazione economica di potenzialità organizzative e produttive per la prestazione oggetto dell'appalto (...) non dà luogo alla creazione di un soggetto autonomo e distinto dalle imprese che lo compongono”*, con la conseguenza, pertanto, che **ciascuna impresa raggruppata, sia mandataria o mandante, assume la posizione di concorrente della gara.**

Si sottolinea, quindi, la differenza che intercorre con gli altri istituti giuridici che consentono le associazioni di imprese: da una parte sussiste il **contratto di avalimento**, uno specifico accordo mediante il quale l'operatore economico, che mette a disposizione i propri requisiti speciali, non assume le vesti di concorrente della gara (come si desume dall'art. 89, c. 8, d.lgs 50/2016); parimenti non si qualifica come concorrente di gara l'impresa subappaltatrice nell'ipotesi di **subappalto necessario**, che consente ad un'impresa partecipante ad una gara di supplire alla carenza di un requisito di qualificazione attraverso la dichiarazione della volontà di subappaltare l'oggetto del contratto ad un'impresa qualificata (come si ricava dall'art. 105, c. 4, d.lgs. 50/2016).

Ciò posto, considerata la **ratio del principio di rotazione**, che risiede nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, la possibilità di derogarvi riveste carattere eccezionale e tale scelta da parte della stazione appaltante è soggetta ad un onere motivazionale puntuale (cfr. sul punto le Linee guida n. 4, approvate da ANAC con delibera 26 ottobre 2016, n. 1097).

Alla luce delle precedenti argomentazioni, rilevato che nel caso in esame la stazione appaltante aveva correttamente escluso l'invito al gestore uscente, l'ANAC conclude affermando che la partecipazione alla gara da parte dell'operatore uscente in qualità di mandante di RTI, la cui mandataria, invece, era stata invitata dalla stazione appaltante, si pone in contrasto con il principio di rotazione, con la conseguenza che **l'intero RTI debba essere escluso dalla procedura di gara.**

Fornitura in service con prestazioni accessorie in ambito sanitario

Come recentemente ribadito dal Consiglio di Stato con la sentenza sez. III, 17 giugno 2019, n. 4066, ai fini della classificazione dell'appalto (nel caso concreto: appalto misto o appalto di forniture con lavori accessori) devono essere considerati **vari elementi**: il **tenore della lex specialis**, il **valore prevalente** e, soprattutto, l'**oggetto principale delle prestazioni dedotte in contratto**. In considerazione di tali criteri ermeneutici, il Consiglio di Stato ritiene che la fattispecie cui ricondurre la gara controversa è quella di un appalto di forniture che include, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione *“in quanto nell'economia complessiva dell'appalto gli obblighi essenziali posti a carico dell'appaltatore consistono nelle forniture dei beni, mentre i lavori inerenti la posa in opera e le installazioni rivestono effettivamente carattere accessorio e complementare”*.

Pubblicata l'analisi di impatto del contenzioso amministrativo in materia di appalti – biennio 2017/2018 (elaborata con la collaborazione di ANAC, dell'Ufficio Studi, massimario e formazione e dell'Ufficio Stampa e comunicazione della Giustizia amministrativa e degli Uffici statistici del Consiglio di Stato)

L'**indagine statistica** in commento pone in rapporto i dati relativi all'attività complessiva della PA in materia di procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture con i dati sul contenzioso amministrativo per analizzare quale sia l'impatto delle decisioni giurisdizionali sulle procedure, in modo da comprendere se i "processi di produzione" a regime amministrativo risentano di eccezionali fattori di blocco giurisdizionali, o se le parentesi giurisdizionali rappresentino un momento fisiologico di controllo e correzione (come dovrebbe essere).

L'analisi è focalizzata sulla decisione della domanda cautelare (cd. sospensiva), che di fatto può determinare le sorti dell'appalto, causandone la sospensione nelle more della decisione di merito o consentendone lo svolgimento, con salvezza dell'eventuale risarcimento del danno per l'operatore economico ingiustamente pretermesso.

Dai **dati ANAC** emerge che nel 2017 sono state bandite 255.151 procedure per un ammontare complessivo posto a base di gara di Euro 133.484.439.787. Nel 2018 le procedure bandite sono state 238.101 per un ammontare complessivo di Euro 141.331.493.984: **rispetto al biennio precedente, il numero delle gare è raddoppiato**. Il confronto del rilevante divario numerico con il meno rilevante divario economico registratosi evidenzia come **a crescere esponenzialmente siano le procedure di piccolo importo**, che hanno beneficiato del completamento e della chiarificazione, anche per via giurisprudenziale, del quadro regolatorio varato nel 2016. Come rivelano i dati complessivi sopra riportati, tra il 2017 ed il 2018 si sono registrati una riduzione del numero delle procedure ed un lieve incremento dell'importo a base d'asta.

Per quanto attiene al **contenzioso**, i dati rivelano nel 2017 un ammontare di impugnazioni pari al 1,4% delle procedure bandite e nel 2018 una percentuale del 1,5%. Si deve, dunque, registrare una **diminuzione del tasso di contenzioso rispetto al biennio 2015/2016**, pari rispettivamente al 2,61% e al 2,76%. **Le ragioni** del calo non sono di facile individuazione, tuttavia vi è una "straordinaria e significativa coincidenza temporale" tra la segnalata deflazione contenziosa e la coeva introduzione dell'innovativo meccanismo processuale del **rito cd. super accelerato di cui all'art. 120, c. 2-bis, c.p.a.**, introdotto proprio nel 2016. L'onere di impugnare sin da subito l'ammissione delle imprese concorrenti, in modo da consentire, in sede di impugnazione dell'aggiudicazione finale, solo le censure attinenti alla meritevolezza dell'offerta economica può aver disincentivato il contenzioso, soprattutto per gli appalti di importo più basso. Non resta che attendere i dati del prossimo biennio (2019/2020) per una conferma di quanto appena evidenziato, considerato che il decreto cd. sblocca cantieri (d.l. 32/2019) ha abrogato il rito in parola.

Nell'analisi si evidenzia, altresì, come le procedure di maggior importo siano quelle più oggetto di contestazione. È ragionevole ipotizzare una **relazione di proporzionalità diretta tra l'importo dell'appalto e il tasso di contenzioso**. Tale relazione giunge – per le gare ad elevatissimo importo bandite dalle stazioni di committenza centrali – sino a registrare un rapporto di 1 a 1, ossia un tasso di impugnazione del 100%.

La seconda parte dell'indagine riguarda l'**impatto delle decisioni cautelari**. Il numero delle **ordinanze cautelari con effetto sospensivo** risulta **in netta discesa** rispetto

al biennio 2015/2016, in cui le "sospensive" erano circa il 30% delle ordinanze emesse. Nel 2017 e 2018 la percentuale è rispettivamente del 28,6% e 16%. La percentuale di "blocco" giudiziario degli appalti si è, conseguentemente, fortemente contratta, attestandosi sullo **0,3% rispetto allo 0,7%** del precedente biennio. Dunque, il blocco connesso direttamente alle pronunce giudiziarie cautelari è così basso da ritenersi **fisiologico**, compatibile con il parallelo margine fisiologico di errore da parte delle Amministrazioni.

Esiste, infine, soprattutto per gli appalti di elevato importo, un **fenomeno di blocco indiretto**, imputabile alla cd. burocrazia difensiva: sino a quando il giudizio non si è definitivamente concluso, molte Amministrazioni non procedono alla stipula del contratto, temendo di essere esposte ad una possibile responsabilità patrimoniale ed erariale.

Si riportano un po' di **dati attinenti alla realtà trentina**:

- nel **2017** sono state bandite **4.570** procedure per un ammontare complessivo posto a base di gara pari ad Euro **1.405.415.165**. Nel **2018** le procedure bandite sono state **3.536** per un ammontare complessivo di Euro **1.343.726.564**;

- il **numero delle procedure di gara impugnate** dinanzi al TRGA trentino sono state **38 nel 2017** e **25 nel 2018** (con dati più bassi il TAR Valle d'Aosta, TRGA Bolzano, TAR Molise TAR Reggio Calabria e il TAR Parma, esclusivamente per il 2017). Nell'analisi sono riportati, altresì, i dati sul contenzioso sia per settore che per fasce di importi;

- per quanto attiene all'**impatto delle decisioni giurisdizionali**, nel **2017** sono state emesse complessivamente **30 ordinanze**, di cui **5 con effetto sospensivo**, mentre nel **2018** su un totale di **33 ordinanze** emesse solamente **3 hanno sospeso gli effetti** del provvedimento (solo il TAR Valle d'Aosta e, limitatamente al 2017, il TAR Reggio Calabria hanno riportato dati inferiori).

Da un'analisi condotta sulle **differenti soglie di importo**, delle 30 ordinanze cautelari registratesi nel 2017 sono 4 quelle relative a procedure di importo inferiore a 200.000 Euro, 8 quelle su procedure di importo maggiore a 200.000 Euro ma inferiore a 1 milione e ben 18 riguardano le procedure superiori a tale ultimo importo. Nel 2018, invece, 4 riguardano la prima fascia, 15 la seconda e 14 la terza.

Rassegna di giurisprudenza, normativa, dottrina e notizie a cura di: **Davide Baldessari, Vincenzo Castello, Silvia Cuel, Stefania Federici, Giulia Filippi, Federica Fiore, Clelia Gorgone, Federica Migliore, Laura Piccoli, Chiara Salatino, Carloalberto Siciliano, Anna Tavolino, Leopoldo Zuanelli Brambilla**
Provincia autonoma di Trento - Agenzia provinciale per gli Appalti e Contratti (APAC) - via Dogana n. 8
38122 Trento (TN) - Tel 0461/496494 - Fax 0461/496422 - apac@provincia.tn.it - www.appalti.provincia.tn.it

* * * * *

Crediti immagini: <https://pixabay.com/es>



La rassegna si configura esclusivamente come uno strumento di lavoro e non rappresenta in alcun modo gli orientamenti operativi dell'Agencia provinciale per gli Appalti e Contratti e dei Servizi che ne dipendono. Nonostante la cura nel reperire, analizzare e diffondere i dati, in nessun caso l'Agencia potrà essere ritenuta responsabile di danni, di qualsiasi natura, causati direttamente o indirettamente dalla consultazione e dall'utilizzo dei suoi contenuti, nonché dall'affidamento degli utenti sui medesimi. Inoltre, alcune informazioni sono collegate a siti esterni rispetto ai quali APAC non ha alcun controllo e pertanto, analogamente, non può assumersi responsabilità.
