

## GIURISPRUDENZA

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

### Questioni di giurisdizione in tema di invalidità del contratto

[Cass. civ., SS.UU., ord. 13 dicembre 2019, n. 32976](#)

#### REGOLAMENTO DI GIURISDIZIONE – INVALIDITÀ DEL CONTRATTO E DIRITTO AL SUBENTRO – GIURISDIZIONE ESCLUSIVA – DICHIARAZIONE DI INEFFICACIA



Nell'ordinanza in esame le Sezioni Unite della Cassazione civile, adite tramite ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, hanno affermato la **giurisdizione del giudice ordinario** nel caso di azione proposta dall'impresa seconda classificata, volta a dedurre un'**invalidità del contratto** stipulato a seguito dell'aggiudicazione ed il conse-

guente **diritto al subentro** nel contratto stesso.

La vicenda trae origine in vigenza del "vecchio" Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163/2006) nell'ambito di una procedura di gara già oggetto di un precedente ricorso avverso l'aggiudicazione, rigettato dal Consiglio di Stato, che ne confermava la legittimità, rigettando, altresì, la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto di appalto nelle more stipulato. Sempre il medesimo ricorrente, secondo classificato, adiva il TAR Calabria, chiedendo di **dichiararsi nullo e/o inefficace il contratto di appalto, con conseguente subentro**, in ragione della violazione degli artt. 11 e 37 del previgente Codice.

La causa di invalidità dedotta riguardava l'intervenuta modifica della composizione del raggruppamento temporaneo con il quale era stato stipulato il contratto, per il successivo inserimento di un Consorzio, peraltro privo di un requisito prescritto dal bando di gara. Il R.T.I. aggiudicatario **eccepiva** preliminarmente il **difetto di giurisdizione del giudice amministrativo** in luogo di quello ordinario e proponeva ricorso per **regolamento preventivo di giurisdizione**, deducendo l'insussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, c. 1, lett. e), punto 1), c.p.a., non essendo stata chiesta la dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione, e l'insussistenza della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, considerata la proposizione dell'azione di nullità e/o inefficacia di un contratto pubblico ed il diritto soggettivo al subentro fatto valere.

Le Sezioni Unite precisano che, come da consolidato orientamento, rientrano nella **giurisdizione del giudice ordinario** le controversie che si fondano sulla **serie negoziale** successiva alla stipulazione del contratto, ossia quelle attinenti non solo all'adempimento, ai diritti e agli obblighi delle parti, ma, altresì, le condizioni di validità, efficacia, nullità o annullabilità del contratto, **comprese quelle derivanti da irregolarità o illegittimità della procedura amministrativa** a monte e le fattispecie di radicale mancanza del procedimento ad evidenza pubblica o caratterizzate dalla sussistenza di vizi di singoli atti, accertabili incidentalmente da detto giudice. Al giudice ordinario, in tali casi, le parti possono rivolgersi **senza dover previamente ottenere l'annullamento** del provvedimento da parte del giudice amministrativo.

Il caso di specie rientra dunque nella giurisdizione del G.O., venendo in rilievo non l'esercizio di un potere autoritativo, che si manifesta attraverso l'emanazione di atti di natura provvedimentale a fronte dei quali si configura un interesse legittimo, ma la **verifica**, a carattere vincolato e su basi di parità, **del diritto soggettivo dell'attore al subentro** nel contratto di appalto che ritiene essere stato invalidamente stipulato in favore della controparte. Puntuale riscontro di quanto affermato si avrebbe nel disposto dell'art. 133, c. 1, lett. e), punto 1), c.p.a., che estende **la giurisdizione esclusiva** alla dichiarazione di inefficacia del contratto **solo** nel caso in cui questa sia **conseguenza dell'annullamento** del provvedimento di aggiudicazione. Tale scelta del legislatore non è però estensibile per analogia, come concluso dal Giudice delle leggi (cfr. Corte cost. n. 204/2004).

\* \* \* \* \*

### **Deroghe al principio di rotazione nelle procedure sotto soglia comunitaria** [TAR Sardegna, sez. II, 2 gennaio 2020, n. 8](#)

PROCEDURA NEGOZIATA ART. 36, C. 2, LETT. B – AVVISO DI MANIFESTAZIONE DI INTERESSE – AGGIUDICAZIONE ALL'OPERATORE ECONOMICO USCENTE – ESCLUSIONE DEL PRINCIPIO DI ROTAZIONE



Con la sentenza in commento si affronta nuovamente la questione dell'applicazione del **principio di rotazione** nell'ambito di una procedura di gara svoltasi nelle forme di una **procedura negoziata** sotto soglia comunitaria, ai sensi dell'art. 36, c. 2, lett. b, del d.lgs 18 aprile 2016, n. 50. Nel merito, la società ricorrente contesta la legittimità della procedura, lamentando la violazione dell'art. 36, c. 1 e 2 del citato decreto, ritenendo che la società **aggiudicataria** non avrebbe potuto prendere parte alla procedura negoziata in applicazione del codificato "*principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti*" in quanto **assegnataria uscente**.

Nell'analizzare la fattispecie, il giudice amministrativo evidenzia come a monte dell'inoltro degli inviti per la partecipazione dei concorrenti, la stazione appaltante abbia proceduto alla pubblicazione di un **avviso per la manifestazione di interesse** rivolto a qualunque operatore economico interessato ad essere invitato alla procedura negoziata, che si sarebbe svolta all'interno del mercato elettronico. Al citato avviso avevano risposto solo cinque operatori economici, che sono stati **tutti invitati** a presentare offerta; all'esito, la procedura di gara era stata aggiudicata ad una società assegnataria uscente per il medesimo e/o analogo servizio.

Ciò premesso, il TAR, anche alla luce delle Linee guida n. 4 di ANAC, approfondisce il peculiare contesto entro il quale il **principio di rotazione** risulta essere **obbligatorio**, rilevando come lo stesso debba operare nelle procedure negoziate in cui l'amministrazione appaltante **non consente** sin dal principio la partecipazione da parte di tutti gli operatori economici alla gara, ma solo ad una parte degli stessi scelti **discrezionalmente**.

Segue che in tale contesto "*la sussistenza di una selezione ristretta dei soggetti da invitare implica che qualora nella rosa vi sia anche l'operatore uscente (con pretermissione di altri), scatta la tutela del principio di rotazione, per garantire l'avvicendamento*".

Nel caso di specie, invece, non è stata compiuta alcuna scelta discrezionale da parte della stazione appaltante relativamente alla individuazione degli operatori da invitare giacché l'indagine esplorativa, avviata mediante la pubblicazione dell'avviso, ha reso possibile l'**adesione** alla procedura **a qualunque operatore economico interessato**, così da tramutare la procedura negoziata in una **procedura aperta al mercato**.

Al contrario, la pretesa esclusione della società già assegnataria per applicazione *tout court* del principio di rotazione avrebbe determinato una *“significativa contrazione illegittima del numero di imprese partecipanti, con lesione effettiva del principio di concorrenza”*. Viene richiamato un altro precedente giurisprudenziale (cfr. sul punto TAR Sardegna, 22 maggio 2018, n. 493), secondo cui *“allorquando la stazione appaltante non sceglie i soggetti da invitare ma apre al mercato anche nelle procedure negoziate, dando la possibilità a chiunque di candidarsi a presentare offerta [...] ha perciò stesso rispettato il principio di rotazione che non significa escludere chi ha in precedenza lavorato correttamente con un'amministrazione, ma significa non favorirlo”*.

In conclusione, pertanto, nel rigettare la domanda di annullamento della ricorrente, il TAR ritiene che applicare il principio di rotazione in una gara sostanzialmente aperta, quale quella oggetto del giudizio, *“scevro da ogni forma di libera scelta della pubblica amministrazione in ordine agli inviti da trasmettere, si risolverebbe in un'ingiusta esclusione preventiva dell'aggiudicatario uscente”*.

\*\*\*\*\*

**È illegittima la previsione della *lex specialis* che prevede l'inserimento di elementi economici nell'offerta tecnica?**

Cons. Stato, sez. III, 9 gennaio 2020, n. 167

CRITERIO DELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA – QUALITÀ – PREZZO – SEPARAZIONE OFFERTA TECNICA ED ECONOMICA – LIMITI – ESCLUSIONE – LEGITTIMA



La sentenza in esame affronta il tema della **separazione** tra offerta tecnica ed economica. Nello specifico, l'appellante contesta, in primo luogo, l'illegittimità della sua esclusione motivata dalla mancata separazione tra offerta tecnica e offerta economica, ritenendo di aver inserito **riferimenti economici** nell'offerta tecnica in **stretta applicazione** di una previsione della *lex specialis*. In secondo luogo, sostiene l'illegittimità del disciplinare di gara in quanto lo stesso prevedeva, in un articolo, l'inserimento di riferimenti economici nell'offerta tecnica e, in un altro articolo, prevedeva l'**esclusione** per l'inserimento di elementi del prezzo in una busta diversa da quella economica.

Nel respingere l'appello, il Collegio richiama innanzitutto la consolidata giurisprudenza del giudice amministrativo sul **principio di separazione** tra offerta tecnica ed offerta economica. Tale principio *“trae fondamento dall'obiettivo di evitare che elementi di valutazione di carattere automatico possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali”* e trova applicazione laddove vi è un serio pericolo di compromissione di tale valutazione e cioè nei casi di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del **miglior rapporto qualità/prezzo**.

Fatta questa premessa, in motivazione il Collegio evidenzia però come il divieto in parola **non** può essere **interpretato** in modo tale da eliminare ogni possibilità di interferenza tra l'aspetto tecnico e quello economico dell'appalto posto a gara: difatti in giurisprudenza "è stata ammessa l'indicazione nell'offerta tecnica di "**alcuni elementi economici, resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché tali elementi economici non consentano di ricostruire la **complessiva** offerta economica (Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2016, n. 193) o purché non venga anticipatamente reso noto il "**prezzo**" dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2016, n. 2530)".**

Nel caso in esame, dunque, il Consiglio di Stato ritiene legittima l'esclusione dell'appellante per aver il concorrente inserito nell'offerta tecnica elementi dell'offerta economica e, nello stesso tempo, ritiene tuttavia legittime sia la previsione del disciplinare di gara che poneva a pena di esclusione tale divieto, sia quella che richiedeva l'inserimento di **elementi** economici nell'offerta tecnica per il fatto che tali elementi – **diversi** dal **prezzo complessivo** – non erano tali da comportare l'**anticipazione** di tutte quelle notizie, di carattere prettamente economiche, che, invece, nel caso di specie, ha inserito l'appellante.

## NORMATIVA

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

### Legge collegata al bilancio provinciale: cosa cambia in materia di contratti pubblici

È stata pubblicata nel Bollettino ufficiale regionale dello scorso 24 dicembre (n. 51/2019) la legge collegata alla manovra di bilancio provinciale di quest'anno (l.p. 23 dicembre 2019, n. 12). La norma – in vigore dal **25 dicembre 2019** – introduce anche alcune novità in materia di appalti, di seguito sinteticamente indicate:

a) l'art. **14**, modificando la l.p. 13/2007 in materia di politiche sociali, ha previsto che nelle procedure per l'affidamento di **servizi sociali** il peso assegnabile all'**offerta economica** non possa superare il **10% del totale** (prima era il 15%). In tali affidamenti, inoltre, si applica la disciplina relativa alle clausole sociali di cui all'art. 32 della l.p. 2/2016 come recentemente modificata;

b) l'art. **19**, a modifica della sopra richiamata l.p. 2/2016 in tema di **contratti pubblici**, ha esteso l'**esonero dalla presentazione della garanzia definitiva** ai casi di affidamento di contratti di importo **inferiore a 40.000 Euro**;

c) l'art. **20**, infine, che ha novellato la l.p. 23/1990 relativa ai contratti e ai beni provinciali, esclude gli **appalti ad alta intensità di manodopera** dai beni e servizi ad elevata standardizzabilità per i quali APAC definisce strategie comuni di acquisto finalizzate all'attivazione di procedure per la stipula di convenzioni quadro: in tali fattispecie, nelle quali trovano applicazione le **clausole sociali** sopra menzionate, le stazioni appaltanti non ricorrono quindi alle convenzioni quadro stipulate da APAC o da Consip. La disposizione prevede altresì che – al di fuori dei casi di obbligo di utilizzo delle convenzioni stipulate da APAC – le Amministrazioni acquisiscano beni e servizi attraverso il **MEPAT** o (in mancanza di beni e servizi ivi disponibili) tramite **procedure concorrenziali** di scelta del contraente. Il ricorso agli strumenti elettronici forniti da **Consip** diventa **facoltativo**, salvo i casi di esclusione definiti al comma 5.

\*\*\*\*\*

## D.I. "Fiscale": quali modifiche nell'ambito dei contratti pubblici?

Si illustrano le novità apportate dal decreto legge "Fiscale" **n. 124 del 26 ottobre 2019, convertito con legge n. 157 del 19 dicembre 2019** (G.U. Serie Generale n. 301 del 24 dicembre 2019).

Più nel dettaglio, è stato modificato il comma 10 dell'articolo 83 introducendo – tra i criteri premiali relativi al **rating di impresa – la valutazione dell'impatto generato**, come disciplinato per le società benefit in base all'articolo 1, comma 381, lettera b), della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016), **anche qualora l'offerente sia un soggetto diverso dalle società benefit**. Ai sensi dell'articolo 1, comma 376, della legge n. 2008 del 2015 (Legge di stabilità 2016), per "**società benefit**" si intendono quelle società che, nell'esercizio di una attività economica, oltre allo scopo di dividerne gli utili, perseguono una o più finalità di beneficio comune e operano in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse. Il comma 379 dell'art. 1 della Legge di stabilità 2016 prevede che, qualora le società **diverse** dalle società benefit intendano perseguire anche finalità di beneficio comune, esse sono tenute a modificare l'atto costitutivo o lo statuto, nel rispetto delle disposizioni che regolano le modificazioni del contratto sociale o dello statuto, proprie di ciascun tipo di società.

I **requisiti reputazionali** alla base del rating di impresa di cui al comma 10 dell'art. 83 del Codice dei contratti pubblici tengono conto, in particolare, dei **precedenti comportamenti dell'impresa**, con riferimento al mancato utilizzo del soccorso istruttorio, all'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive, nonché al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e dell'incidenza e degli esiti del contenzioso sia in sede di partecipazione alla gara che in fase di esecuzione.

È stato altresì modificato il **c. 13 dell'art. 95** del Codice dei contratti, stabilendo che la stazione appaltante possa indicare nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, fra i **criteri premiali** che intende applicare alla valutazione dell'offerta, anche il nuovo criterio.

Da ultimo, si rileva che l'articolo 4 del citato decreto è intervenuto inserendo l'**articolo 17-bis del d.lgs. 9 luglio 1997, n. 241**. In sintesi viene previsto che i **committenti** di cui all'articolo 23, comma 1, del d.P.R. n. 600/1973 siano tenuti a richiedere agli appaltatori, subappaltatori e affidatari di opere e servizi **copia delle deleghe di pagamento** relative al **versamento delle ritenute fiscali** dei lavoratori occupati nell'esecuzione dell'opera o del servizio e un elenco dei nominativi dei lavoratori con le indicazioni di cui al comma 2 della disposizione. In caso di riscontrate irregolarità nelle informazioni fornite, il committente deve **sospendere il pagamento dei corrispettivi** sino a concorrenza del 20 per cento del valore complessivo dell'opera o del servizio ovvero per un importo pari alle ritenute non versate. La disposizione precisa anche alcune ipotesi in presenza delle quali non trovano applicazione gli obblighi normativi. Tale previsione normativa trova applicazione solamente con riferimento ai contratti che possiedono le **seguenti caratteristiche**:

- le opere o i servizi affidati hanno importo complessivo annuo superiore a **200.000 Euro**;
- si tratta di **contratti** di appalto, subappalto, affidamento a soggetti consorziati o rapporti negoziali comunque denominati;
- i contratti sono caratterizzati da prevalente utilizzo di **manodopera**;



- i contratti sono svolti presso le sedi di attività del committente con utilizzo di **beni strumentali** di proprietà di quest'ultimo.

## DIALOGO TRA CORTI

*Le pronunce sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi*

**La risoluzione di un contratto di appalto pubblico per subappalto non autorizzato è motivo di esclusione dalla partecipazione ad una successiva gara d'appalto?**

[CGE, sez. IV, 3 ottobre 2019, in C-267/18](#)

APPALTI PUBBLICI – RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CGE – SUBAPPALTO NON AUTORIZZATO – RISOLUZIONE DI UN PRECEDENTE APPALTO PUBBLICO – MOTIVO DI ESCLUSIONE DI UN OE

Con la **sentenza** in commento, la **CGE** si pronuncia sulla **questione pregiudiziale** sollevata dalla Corte d'appello di Budapest relativa alla corretta interpretazione dell'art. **57, par. 4, lett. g)**, della direttiva 2014/24/UE.

In particolare il **giudice del rinvio** chiede alla CGE se l'art. 57 debba essere interpretato nel senso che il **subappalto**, effettuato da un operatore economico, di una parte dei lavori nell'ambito di un **precedente contratto di appalto pubblico**, svolto **senza il consenso** dell'amministrazione aggiudicatrice e che abbia dato luogo alla **risoluzione** di tale contratto d'appalto, costituisce una **significativa o persistente carenza** accertata nell'ambito dell'esecuzione di una prescrizione sostanziale relativa al suddetto appalto pubblico ai sensi della disposizione di cui sopra ed è dunque idoneo a giustificare l'**esclusione** di tale operatore economico dalla partecipazione ad una successiva procedura di gara.

La domanda trae origine da una controversia che oppone un'impresa a un'amministrazione aggiudicatrice, in merito alla esclusione dalla partecipazione ad una procedura per precedente risoluzione di un appalto di lavori eseguiti in subappalto non autorizzato.

Nel formulare la risposta al quesito suddetto, la CGE rileva che la normativa europea conferisce alla stazione appaltante, nella fase di selezione degli offerenti, il compito di valutare se essi debbano o meno essere esclusi da una procedura di gara alla luce della loro **integrità e affidabilità**.

L'instaurazione di un **rapporto di fiducia** tra amministrazione aggiudicatrice e soggetto aggiudicatario presuppone dunque che tale amministrazione **non** sia automaticamente **vincolata** alla valutazione compiuta in una gara precedente. L'amministrazione aggiudicatrice è tenuta, piuttosto, a procedere ad una **valutazione personale** del comportamento dell'operatore economico interessato dalla risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico.

Pertanto, la CGE dichiara che *“il subappalto effettuato da un operatore economico di una parte dei lavori nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, deciso senza il consenso dell'amministrazione aggiudicatrice e che abbia dato luogo alla risoluzione di tale contratto di appalto, costituisce una **significativa o persistente carenza accertata** nell'ambito dell'esecuzione di una prescrizione sostanziale relativa al suddetto appalto pubblico ed è dunque **idoneo a giustificare l'esclusione** di tale operatore economico dalla partecipazione ad una **successiva procedura di aggiudicazione di appalto**”*

**pubblico**, nel caso in cui, dopo aver proceduto alla propria valutazione dell'integrità e dell'affidabilità dell'operatore economico interessato dalla **risoluzione** del precedente contratto di appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice che organizza tale successiva procedura di aggiudicazione ritenga che un subappalto siffatto determini la **rottura del rapporto di fiducia** con l'operatore economico in parola".

La Corte, tuttavia, aggiunge che prima di pronunciare tale esclusione, l'amministrazione aggiudicatrice deve lasciare la **possibilità** all'operatore economico coinvolto di presentare le **misure correttive** da esso adottate a seguito della risoluzione del precedente contratto di appalto pubblico.

\* \* \* \* \*

**Nuovo vaglio della Corte di giustizia sul subappalto: fuori gioco anche la disposizione che limita la possibilità di ribassare i prezzi.**

[CGE, sez. V, 27 novembre 2019, in C-402/18](#)

APPALTI PUBBLICI – RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CGE – NO LIMITI AL RIBASSO – ACCESSO ALLE PMI – NUOVE APERTURE AL SUBAPPALTO

Nella pronuncia in esame la Corte di giustizia dell'Unione Europea, investita della questione circa l'**interpretazione degli articoli 49 e 56 TFUE**, dell'articolo 25 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 dell'articolo 71 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18 nonché del principio di proporzionalità, atteso che il diritto interno italiano pone **limiti** sia alla **quota** che al **prezzo unitario** per le prestazioni oggetto del subappalto (art. 118 del d.lgs 163/2006), si esprime nel senso di non limitare né la quota subappaltabile né la possibilità di ribassare i prezzi.

Agli albori della vertenza sta l'aggiudicazione dei servizi di pulizia, da parte di un ente aggiudicatore, ad un operatore economico che avrebbe dichiarato di voler **subappaltare oltre il 30%** dell'importo complessivo con **remunerazioni delle prestazioni** lavorative affidate in subappalto **inferiori di oltre il 20%** rispetto a quelle praticate ai propri dipendenti. In ragione di ciò il secondo graduato avrebbe, dunque, sulla scorta delle previsioni normative interne succitate, proposto ricorso al TAR Lazio, il quale, condividendo le istanze, si è pronunciato in senso favorevole al ricorso.

Tuttavia, l'aggiudicatario ha proposto appello al Consiglio di Stato, al fine di far emergere l'**incompatibilità** della normativa italiana con quella comunitaria, con ciò sostenendo la legittimità della propria aggiudicazione. Il Consiglio di Stato, investito della decisione di legittimità, ha sospeso il procedimento e sottoposto la questione alla Corte.

Per i giudici comunitari, l'amministrazione aggiudicatrice ha il **diritto**, per quanto riguarda l'esecuzione di parti essenziali dell'appalto, di **vietare il ricorso a subappaltatori** dei quali non sia stata in grado di verificare le capacità in occasione della valutazione delle offerte e della selezione dell'aggiudicatario. In ogni caso, però, la portata di una **normativa nazionale**, come quella per la quale è causa, che impone un limite al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, **non** sarebbe **compatibile** con la **direttiva 2004/18**, al tempo

applicabile e conforme all'obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile; quest'ultima, infatti, osta a una normativa nazionale che limita al 30% la **quota parte dell'appalto** che l'offerente è autorizzato a subappaltare.

Nella seconda parte della questione il giudice del rinvio chiede se gli articoli 49 e 56 TFUE, la direttiva 2004/18 nonché la direttiva 2014/24 debbano essere interpretati nel senso che essi ostano alla facoltà di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione: orbene, anche in questo caso, pur non denegando il diritto alla retribuzione del personale impiegato nella conduzione del subappalto, la CGE si esprime nel senso che la **direttiva 2004/18** osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che **limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate oltre il 20%** rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione; e ciò in ragione di alcuni rilievi sul contenimento dei costi da parte del subappaltatore e sul tenore e la valutazione delle offerte anormalmente basse.

## DOTTRINA, PRASSI E NOTIZIE

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

### A PROPOSITO DI... PROCEDURE TELEMATICHE – La rotazione si applica nelle richieste di offerta sul mercato elettronico?

Il giudice amministrativo è tornato ad occuparsi del tema dell'applicazione del **principio di rotazione** con riferimento alle richieste di offerta espletate nell'ambito del **mercato elettronico**.

Il TAR Sardegna si è, infatti, recentemente espresso in merito ad una controversia nella quale il ricorrente ha dedotto la violazione del principio di rotazione ex art. 36 del Codice dei contratti pubblici da applicarsi nei confronti dell'**aggiudicatario uscente** ([TAR Sardegna, sez. I, 17 dicembre 2019, n. 891](#)).

Nel caso di specie l'argomento difensivo dell'impresa ricorrente ha evidenziato che l'utilizzo di una procedura di selezione informatizzata sul **MEPA** non possa considerarsi "aperta a tutti" e, quindi, con possibilità di deroga dall'applicazione del principio di rotazione, avendo potuto avere notizia della stessa i soli operatori economici iscritti al suddetto portale informatico per la categoria merceologica di riferimento.

Nel respingere tale censura, il Collegio ritiene che la condizione di "**apertura al mercato**" mediante "indagini di mercato o consultazione di elenchi" può considerarsi soddisfatta nel caso in esame, in cui la selezione viene effettuata mediante richiesta di offerta sul MEPA, potendo **qualunque operatore** del settore interessato iscriversi al portale e formulare la propria offerta.

La necessità dell'iscrizione alla categoria merceologica di riferimento nel mercato elettronico è, nei fatti, una condizione notoria che può essere soddisfatta senza difficoltà da qualunque operatore del settore che sia in possesso dei requisiti necessari, nonché rispondente alla previsione normativa di cui all'art. 1, c. 450, della legge 127 dicembre 2006, n. 296, secondo cui tutte le amministrazioni pubbliche "*per gli acquisti di beni e servizi di **importo pari o superiore a 5.000 Euro e inferiore alla soglia di rilievo comunitario** sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici*".



Di conseguenza, posto che il ricorso al mercato elettronico corrisponde a un **preciso obbligo normativo** per le stazioni appaltanti, a parere del giudice amministrativo la necessità per gli operatori economici di iscriversi al portale informatico, nel caso di specie il MEPA, non è tale da privare le relative procedure informatizzate espletate sullo stesso di quel "carattere di apertura" che giustifica la **deroga** al principio di rotazione.

\* \* \* \* \*

### **Conflitto di interessi nelle procedure di affidamento di contratti pubblici: alcune indicazioni di ANAC**

Con apposito parere precontenzioso (cfr. [delibera 27 novembre 2019, n. 1111](#)), l'**ANAC** analizza, tra le altre, la questione della sussistenza di una situazione di **conflitto di interesse** ai sensi dell'**art. 42 del d.lgs 50/2016** nel caso specifico in cui il responsabile unico del procedimento e il legale rappresentante di una società concorrente risultino **indagati** nell'ambito del **medesimo procedimento penale**.

Nel merito il concorrente istante lamenta l'illegittimità della procedura di gara, per violazione degli artt. 6 e 7 del d.P.R. 62/2013, relativamente all'affidamento dell'incarico di RUP ad un soggetto indagato in un procedimento penale che vede coinvolto, sempre nella qualità di indagato, il legale rappresentante di una società partecipante alla medesima procedura di gara.

Alla luce dell'art. 42 del Codice degli appalti, nonché delle Linee guida ANAC n. 15, **sussiste** una situazione di **conflitto di interessi** in capo ad un soggetto operante in nome e per conto della stazione appaltante *"quando vi è, anche solo allo **stadio potenziale, interferenza** tra la sfera **istituzionale** e quella **personale** del funzionario pubblico"*, ossia quando sussista un interesse personale dell'agente che potrebbe porsi in contrasto con l'interesse pubblico alla scelta del miglior offerente.

Trattasi di una norma posta a presidio del principio costituzionale di **imparzialità dell'azione amministrativa**, avente una portata applicativa ampia e non tipizzata, allorché potenzialmente comprendente tutte le situazioni in cui un soggetto, chiamato a svolgere funzioni strumentali all'espletamento di una gara, sia portatore di interessi propri o altrui idonei a influenzare negativamente l'esercizio imparziale ed obiettivo delle sue funzioni, con conseguente rischio di eludere il principio di parità di trattamento tra gli operatori economici.

Nel caso in esame, l'Autorità ritiene **non comprovata** dall'istante una situazione di conflitto di interesse **non essendo di per sé sufficiente** la sola circostanza che il RUP ed il legale rappresentante di una società concorrente siano indagati nell'ambito del medesimo procedimento penale; piuttosto *"sono richieste **verifiche in concreto** e **prove specifiche**, mentre non è sufficiente effettuare mere ipotesi congetturali, come evocare il rapporto di colleganza o di conoscenza tra due soggetti"*.

Per quanto premesso, fermo restando che spetta alla stazione appaltante verificare se il RUP all'atto di assegnazione abbia reso la dichiarazione sostitutiva di cui all'art. 6, comprendente anche i casi di conflitto di interesse, e se sussista una situazione di conflitto di interessi in capo al RUP, l'ANAC ritiene **non** sia **rilevabile** una situazione di conflitto di interessi potenziale tra l'**incarico di RUP** e quello di **indagato** nel medesimo procedimento penale in cui è indagato altresì il legale rappresentante di una società concorrente.

## Requisiti speciali negli affidamenti di servizi e forniture – Parte II: i requisiti di capacità economico-finanziaria

Riprendiamo la trattazione relativa alla Rassegna ragionata ANAC in tema di requisiti speciali di partecipazione negli affidamenti di servizi e forniture, pubblicata a novembre.

Una rilevante novità introdotta dal d.lgs. n. 50/2016 concerne la “consistenza” della **capacità economica e finanziaria** e le modalità attraverso le quali gli operatori ne comprovano il possesso. L'art. 83, c. 4, stabilisce che ai fini della verifica del possesso dei requisiti in parola le stazioni appaltanti nel bando di gara possono richiedere agli operatori: un fatturato minimo annuo (“**fatturato globale**”), oltre ad un **fatturato specifico** del settore di attività oggetto dell'appalto; informazioni riguardo ai loro **conti annuali** (attività-passività); un adeguato livello di **copertura assicurativa** contro i rischi professionali.

L'ammontare del fatturato richiesto dalla *lex specialis* quale requisito di partecipazione, nel vecchio Codice rimesso alla discrezionalità della stazione appaltante, nel rispetto del principio di proporzionalità, è oggi soggetto al **limite massimo** di cui al comma 5 dell'art. 83, pari al doppio del valore stimato dell'appalto (base di gara); tale limite, valevole altresì laddove si richieda un fatturato globale per **attività analoghe**, è, comunque, **derogabile** dalla stazione appaltante, con una soglia più rigorosa, purché vi sia adeguata motivazione. A tal proposito l'ANAC, in diverse delibere, ha precisato che la facoltà di stabilire requisiti speciali di partecipazione anche più restrittivi deve essere esercitata nei limiti della **ragionevolezza, proporzionalità e** del rispetto della **libera concorrenza** (nel caso di specie tenendo conto della specificità delle prestazioni, del valore dell'appalto e dell'interesse concreto perseguito).

Con riferimento, invece, all'**affidamento delle concessioni** di lavori pubblici e servizi l'Autorità, già con le **linee guida n. 10/2015**, ha specificato che nelle procedure a gara unica, fra i requisiti economico-finanziari di partecipazione richiesti vi sono: a) un fatturato medio relativo alle attività svolte negli ultimi cinque anni antecedenti non inferiore al 10% dell'investimento previsto; b) un capitale sociale non inferiore ad un ventesimo dell'investimento; c) lo svolgimento negli ultimi cinque anni di servizi affini a quello previsto dall'intervento per un importo medio non inferiore al 5% dell'investimento; d) lo svolgimento negli ultimi cinque anni di almeno un servizio affine a quello dell'intervento per un importo medio di almeno il 2% dell'investimento.

Occorre precisare che il **valore della concessione da porre a base di gara** risulta costituito dal fatturato totale del concessionario relativo all'intera durata del contratto, stimato dall'ente concedente quale corrispettivo. Si tratta di valutazione più complessa rispetto a quella degli appalti di servizi e forniture, dovendosi comprendere nella nozione di importo pagabile il flusso dei corrispettivi pagati dagli utenti; il canone a carico del concessionario potrà essere computato, ove previsto, ma non può costituire l'unica voce.

In tema di **mezzi di prova della capacità economica-finanziaria** l'art 83 del Codice rinvia all'art. 86, c. 4, che a sua volta rimanda ai mezzi di prova indicati nell'**Allegato XVII**, tra i quali vengono citati le “idonee referenze bancarie”, la “comprovata copertura assicurativa contro i rischi professionali”, bilanci o estratti, e le dichiarazioni concernenti il fatturato globale o dello specifico settore oggetto di appalto.

A tal proposito, il **mancato riferimento alle referenze bancarie** da parte dell'**art. 83, c. 4**, unitamente alla circostanza che spesso gli istituti di credito non ottemperavano al dovere di riferire, in caso di richiesta, sulla qualità dei rapporti in atto con le società interessate (correttezza, puntualità, assenza di passività ecc.) e al fatto che spesso la richiesta, in

relazione all'oggetto ed al valore dell'appalto, non appariva proporzionata al costo previsto dagli istituti per il rilascio delle stesse, hanno indotto l'Autorità a **non prevederle nel bando tipo n. 1/2017** come modalità di dimostrazione dei requisiti in parola, fermo restando, come più volte specificato da ANAC, che la stazione appaltante nell'esercizio della propria **discrezionalità** nella definizione dei requisiti per l'ammissione alle gare, possono richiederle, quali requisiti ulteriori a quelli normativamente previsti, purché proporzionate, ragionevoli, pertinenti e logicamente connesse all'oggetto dell'appalto e allo scopo perseguito.

L'eventuale requisito delle referenze bancarie non va poi interpretato in modo rigido, ma deve consentire al concorrente la più **ampia facoltà di scelta tra i possibili mezzi di prova**, stante la necessità di contemperare l'esigenza di dimostrazione dei requisiti con il principio della massima partecipazione possibile alle gare.

I requisiti economico-finanziari possono essere soddisfatti mediante lo strumento dell'**avvalimento** (di garanzia) che può essere esterno, quando l'impresa ausiliaria è esterna al R.T.I. ed opera in favore di un suo membro, o interno, nel caso in cui l'ausiliaria sia anche mandante o mandataria del raggruppamento. Un principio fermo, in tema di **avvalimento interno**, è quello per cui l'impresa raggruppata che svolga nella stessa gara il ruolo di soggetto qualificato in proprio e di impresa ausiliaria di altro raggruppato debba possedere i requisiti in una misura tale da consentirgli una **duplice imputazione**, non potendosi impiegare il medesimo requisito nella stessa gara più di una volta. Inoltre, l'impresa ausiliata deve sempre provare l'effettiva disponibilità delle risorse producendo in gara un contratto di avvalimento.

La giurisprudenza amministrativa, con specifico riferimento all'avvalimento di garanzia, ha stabilito che **non è necessario il riferimento a specifici beni patrimoniali** o ad indici materiali di consistenza patrimoniale, ma è sufficiente che dalla dichiarazione emerga con certezza, in modo circostanziato e determinato (non attraverso clausole generiche o formule di stile) un **serio impegno contrattuale dell'ausiliaria** a prestare e a mettere a disposizione la sua complessiva solidità finanziaria ed il patrimonio esperienziale, divenendo di fatto un garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario; solamente in caso di avvalimento tecnico od operativo sussiste l'esigenza di una messa a disposizione specifica di determinate risorse.

---

Rassegna di giurisprudenza, normativa, dottrina e notizie a cura di:

Davide Baldessari, Vincenzo Castello, Silvia Cuel, Stefania Federici, Federica Fiore, Clelia Gorgone, Federica Migliore, Laura Piccoli, Chiara Salatino, Carloalberto Siciliano, 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](mailto:apac@provincia.tn.it) - [www.appalti.provincia.tn.it](http://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'Agenda 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'Agenda 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.*