

UNIVERSOPA

Il mensile SELF per la **Pubblica Amministrazione** N. 3/2015 **Marzo**

In primo piano

Conversione Decreto Milleproroghe: le novità per gli enti locali
D.l. 192/2014, convertito in legge n. 11/2015

SELF
Servizi e formazione per gli Enti Locali

Agenzia formativa accreditata
Regione Toscana (cod. accr. PI0747)
Certificata ISO 9001
Via IV Novembre, 57 - 56028 San Miniato (PI)
Tel. 0571 418873 - Fax 0571 1826507
info@self-entilocali.it - pec@pec.self-entilocali.it
P.IVA 01905220503

UNIVERSOPA

Il mensile SELF per la **Pubblica Amministrazione** N. 3/2015 **Marzo**

INDICE

Conversione Decreto Milleproroghe: le novità per gli enti locali <i>D.l. 192/2014, convertito in legge n. 11/2015</i>	Pag. 1
Incentivi alla progettazione: il confine tra vecchia e nuova normativa <i>Corte dei conti, Sez. Autonomie, deliberazione 11/2015</i>	Pag. 6
Accesso in forma attenuata agli atti di gara: illegittimo <i>Tar Lazio, Roma, ordinanza n. 1410 del 26 gennaio 2015</i>	Pag. 8
Le irregolarità essenziali sanabili (e non): l'interpretazione dell'Anac <i>Anac, determinazione n. 1/2015</i> <i>Comunicato del Presidente del 25 marzo 2015</i>	Pag. 10
Appalti: la mancata autenticazione di un documento non costituisce irregolarità essenziale <i>Tar Toscana, sentenza n. 429/2015</i>	Pag. 15
Soccorso istruttorio: la cauzione assicurativa non può coprire il pagamento della sanzione <i>Tar Toscana, se. II. sentenza 444/2015</i>	Pag. 17
Appalti: indicazioni operative per la determinazione del prezzo più basso <i>Tar Piemonte, Torino, sentenza n. 250/2015</i> <i>Tar Lazio, Roma, sentenza n. 4712/2015</i>	Pag. 19

In primo piano

Conversione Decreto Milleproroghe: le novità per gli enti locali

D.l. 192/2014, convertito in legge n. 11/2015

di Alessio Tavanti

E' stato pubblicato sulla G.U. del 28 febbraio 2015 n. 49, la legge 11/2015 concernente "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 dicembre 2014, n. 192, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative"

Di seguito le principali norme di interesse per gli enti locali

Articolo 1, commi 6 e 12-bis. Contratti a tempo determinato di province e regioni

La disposizione in commento ha introdotto modifiche all'articolo 4, comma 9, del d.l. 101/2013 prevedendo per le province la possibilità di prorogare fino al 31 dicembre 2015 i contratti di lavoro a tempo determinato per le strette necessità connesse alle esigenze di continuità dei servizi e nel rispetto dei vincoli finanziari, del patto di stabilità interno e della vigente normativa di contenimento della spesa complessiva di personale.

All'articolo 1, comma 426, della legge 190/2014, relativamente alle procedure di stabilizzazione delle regioni, ai sensi dell'articolo 1, comma 529, della legge 147/2013, è stata prevista la possibilità di prorogare i contratti a tempo determinato interessati a dette procedure, fermo restando il rispetto dei vincoli previsti dall'articolo 1, comma 557, della legge 296/2006 relativi alla spesa di personale.

Articolo 2, comma 1-bis. Ripristino uffici del giudice di pace

In sede di conversione all'articolo 3, comma 2, del d.lgs. 156/2012, è stato differito al 30 luglio 2015 il termine entro il quale gli enti locali interessati, anche consorziati tra loro, le unioni di comuni nonché le comunità montane possono richiedere il ripristino degli uffici del giudice di pace soppressi.

Sono integralmente a carico di detti enti le spese di funzionamento e di erogazione del servizio giustizia nelle relative sedi, ivi incluso il fabbisogno di personale amministrativo che sarà messo a disposizione dagli enti medesimi.

Entro il 28 febbraio 2016 il Ministro della giustizia, valutata la rispondenza delle richieste e degli impegni pervenuti, apporta con proprio decreto le relative modifiche alle tabelle ricognitive degli uffici del giudice di pace di cui agli articoli 1 e 2 del citato d.lgs. 156/2012.

Con uno o più decreti del Ministro della giustizia, sentito il CSM, da emanare entro 60 giorni dalla data di pubblicazione del decreto citato in Gazzetta Ufficiale, sono determinate le piante organiche del personale di magistratura onoraria degli uffici del giudice di pace ripristinati e sono altresì apportate le necessarie variazioni alle piante organiche degli altri uffici del giudice di pace.

Il CSM entro i tre mesi successivi all'entrata in vigore del decreto di rideterminazione delle piante organiche, definisce la procedura di trasferimento dei magistrati onorari destinati agli uffici del giudice di pace ripristinati.

UNIVERSOPA

Il mensile SELF per la Pubblica Amministrazione N. 3/2015 Marzo

Resta a carico dell'amministrazione giudiziaria unicamente la determinazione dell'organico del personale di magistratura onoraria entro i limiti della dotazione nazionale complessiva nonché la formazione del relativo personale amministrativo.

Qualora l'ente locale richiedente non rispetti i relativi impegni di spesa a proprio carico per un periodo superiore ad un anno, il relativo ufficio del giudice di pace verrà conseguentemente soppresso.

Articolo 4, comma 5-quater lettere a) e b). Piano di riequilibrio enti locali

La legge di conversione ha introdotto modifiche al comma 573 della legge 147/2013 la cui novella ha previsto che gli enti locali che, alla data di entrata in vigore della disposizione (1° gennaio 2014), non abbiano presentato il piano di riequilibrio entro il termine di cui all'articolo 243-bis, comma 5, del Tuel e che non abbiano dichiarato il dissesto finanziario ai sensi dell'articolo 246 del medesimo testo unico, possono riproporre, entro il 30 giugno 2015, la procedura di riequilibrio finanziario pluriennale di cui all'articolo 243-bis, qualora sia stato certificato, nell'ultimo rendiconto approvato, che l'ente non si trova nella condizione di deficitarietà strutturale, di cui all'articolo 242 Tuel, secondo i parametri indicati nel decreto del Ministro dell'interno Decreto 18 febbraio 2013.

Al successivo comma 573-bis, il termine del 30 giugno 2015 è stato esteso agli enti locali che abbiano presentato, nell'anno 2013, i piani di riequilibrio finanziario previsti dall'articolo 243-bis citato, per i quali sia intervenuta una deliberazione di diniego da parte della competente sezione regionale della Corte dei conti ovvero delle sezioni riunite.

Anche in tal caso è data facoltà di riproporre un nuovo piano di riequilibrio, previa deliberazione consiliare da adottare ne termine indicato.

Tale facoltà è subordinata all'avvenuto conseguimento di un miglioramento, inteso sia come aumento dell'avanzo di amministrazione che come diminuzione del disavanzo di amministrazione, registrato nell'ultimo rendiconto approvato.

Articolo 4, comma 6-bis. Gestioni associati enti di piccole dimensioni

In sede di conversione sono stati differiti al 31 dicembre 2015 i termini di cui all'articolo 14, comma 31-ter del d.l. 78/2010 per la gestione associata delle funzioni fondamentali dei piccoli Comuni.

Articolo 4, comma 6-ter. Efficacia delle dichiarazioni sostitutive di cittadini extracomunitari

La legge di conversione ha prorogato al **31 dicembre 2015** il termine a decorrere dal quale acquistano efficacia le dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47 del DPR 445/2000:

- presentate da cittadini di Stati non appartenenti all'Unione regolarmente soggiornanti in Italia, limitatamente agli stati, alle qualità personali e ai fatti certificabili o attestabili da parte di soggetti italiani pubblici.
- presentate da cittadini di Stati non appartenenti all'Unione autorizzati a soggiornare nel territorio dello Stato, nei casi in cui la produzione delle stesse avvenga in applicazione di convenzioni internazionali fra l'Italia ed il Paese di provenienza del dichiarante (**articolo 17, comma 4-quater, del d.l. 5/2012**).

UNIVERSOPA

Il mensile SELF per la **Pubblica Amministrazione** N. 3/2015 **Marzo**

Articolo 6, commi 5 e 5-bis. Proroga di termini in materia di edilizia scolastica

Per gli interventi di edilizia scolastica, relativi alla riqualificazione e messa in sicurezza, con particolare riferimento a quelle in cui è stata censita la presenza di amianto di cui all'articolo 18, comma 8-ter del d.l. 69/2013 (come richiamato dall'articolo 48, comma 2, del d.l. 66/2014), il termine per l'affidamento dei lavori è prorogato al 28 febbraio 2015.

Per le suddette finalità, nonché per quelle di cui al comma 8 (relative a misure di sicurezza e nuova costruzione), fino al 31 dicembre 2015, i sindaci e i presidenti delle province interessati operano in qualità di commissari governativi, con poteri derogatori rispetto alla normativa vigente, che saranno definiti con apposito dpcm.

Articolo 8, commi da 3 a 3-quater e 8. Proroghe in materia di appalti pubblici

In sede di conversione è stata ulteriormente prorogata al **31 dicembre 2016** l'anticipazione, negli appalti di lavori, del 10% dell'importo contrattuale, secondo quanto previsto dall'articolo 26-ter del d.l. 69/2013.

Tale disposizione, si ricorda, prevede una deroga al divieto di anticipazione del prezzo relativamente ai contratti di appalto relativi a lavori, affidati a seguito di gare bandire successivamente al 21 agosto 2013.

In tale ipotesi, si applicano:

- gli articoli 124, commi 1 e 2, del d.p.r. 207/2010, che subordinano, l'erogazione dell'anticipazione alla costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa di importo pari all'anticipazione maggiorato del tasso di interesse legale applicato al periodo necessario al recupero dell'anticipazione stessa secondo il crono programma dei lavori;
- l'articolo 140, commi 2 e 3, del d.p.r. 207/2010, che disciplina la modalità di erogazione dell'anticipazione e la decadenza dal beneficio nel caso in cui l'appaltatore non proceda secondo i tempi contrattuali

Inoltre, con esclusivo riferimento ai contratti di appalto relativi a lavori affidati dal 1° marzo 2015 e fino al 31 dicembre 2015, la predetta anticipazione è stata elevata al 20% dell'importo contrattuale.

E' stata rinviata al 1° settembre 2015 la disciplina per la centralizzazione delle procedure di acquisizione di lavori, servizi e forniture per tutti i comuni non capoluogo di provincia.

L'obbligo di acquisti centralizzati era già operativo per beni e servizi dallo scorso 1° gennaio, mentre per i lavori pubblici il termine era fissato dal 1° luglio 2015.

Il nuovo termine, fatte salve le procedure già avviate, si applica a tutte le procedure e, quindi, sia per gli acquisti di beni, forniture e servizi, sia per i lavori pubblici.

E' stato, infine, ulteriormente differito al 31 dicembre 2015 il termine indicato nell'articolo 189, comma 5, del d.lgs. 163/2006 in tema di dimostrazione dei requisiti di ordine speciale per i contraenti generali.

Contestualmente, fino al 31 dicembre 2015, i soggetti in possesso di attestazione SOA per classifica illimitata, possono documentare l'esistenza del requisito a mezzo copia conforme delle attestazioni possedute (articolo 357, comma 27, del d.p.r. 207/2010).

Articolo 10, comma 5. Riduzione compensi CdA

E' stata confermata la previsione di cui all'articolo 6, comma 3, del d.l. 78/2010 relativa alla riduzione delle indennità, dei compensi, dei gettoni, delle retribuzioni o delle altre utilità

UNIVERSOPA

Il mensile SELF per la Pubblica Amministrazione N. 3/2015 Marzo

comunque denominate, corrisposte dalle pubbliche amministrazioni di cui al comma 3 dell'articolo 1 della legge 196/2009, incluse le autorità indipendenti, ai componenti di organi di indirizzo, direzione e controllo, consigli di amministrazione e organi collegiali comunque denominati ed ai titolari di incarichi di qualsiasi tipo, nella misura del 10% rispetto agli importi risultanti alla data del 30 aprile 2010 con proroga fino al 31 dicembre 2015.

Articolo 10, comma 6. Limiti all'acquisto di beni mobili e arredi nella p.a

La legge di conversione ha confermato la proroga, anche per il 2015, della disciplina prevista dall'articolo 1, comma 141, della legge 228/2012, che già per gli anni 2013 e 2014 aveva imposto un tetto del 20% della spesa sostenuta in media negli anni 2010 e 2011 per l'acquisto di mobili e arredi. Tale limitazione non si applica se l'acquisto è funzionale alla riduzione delle spese connesse alla conduzione degli immobili. In tale ipotesi il collegio dei revisori dei conti o l'ufficio centrale di bilancio deve verificare preventivamente i risparmi realizzabili, che devono essere superiori alla minore spesa consentita.

La violazione della disposizione è valutabile ai fini della responsabilità amministrativa e disciplinare dei dirigenti.

Articolo 10, comma 7. Blocco adeguamento ISTAT per i canoni di locazione passiva condotti dalle p.a.

Resta confermata la proroga a tutto il 2015 del blocco dell'aggiornamento relativo alla variazione degli indici Istat al canone dovuto dalle p.a. per l'utilizzo in locazione passiva di immobili per finalità istituzionali, previsto dall'articolo 3, comma 1, del d.l. 95/2012.

Articolo 10, comma 12-duodecies. Compartecipazione dei comuni all'attività di accertamento tributario

L'importo totale dei tributi statali riconosciuti ai comuni al fine di incentivare la loro partecipazione all'attività di accertamento tributario, prevista dall'articolo 1, comma 12-bis del 138/2011 è stata prorogata, dalla legge di conversione, anche per gli anni dal 2015 al 2017.

Articolo 10, comma 12-quinquiesdecies. Determinazione tariffe rifiuti (TARI)

Relativamente alle determinazioni tariffarie in materia di tassa sui rifiuti (TARI), la legge di conversione ha previsto che per l'anno 2014 restano valide le deliberazioni regolamentari adottate dai comuni entro il 30 novembre 2014.

I comuni che non hanno deliberato i regolamenti e le tariffe della TARI entro il 30 novembre 2014 procedono alla riscossione degli importi dovuti a titolo di TARI sulla base delle tariffe applicate per l'anno 2013.

Le eventuali differenze tra il gettito acquisito secondo le previgenti tariffe e il costo del servizio sono recuperate nell'anno successivo.

Articolo 10, comma 12-septiesdecies. Regioni: vincoli assunzionali e deroghe in materia di contrattazione decentrata

La legge di conversione ha riconosciuto alle regioni che non hanno rispettato il patto di stabilità interno nell'anno 2014 la possibilità di prevedere risorse aggiuntive da destinare alla

UNIVERSOPA

Il mensile SELF per la **Pubblica Amministrazione** N. 3/2015 **Marzo**

contrattazione integrativa secondo la disciplina prevista dall'articolo 40, comma 3-quinquies, secondo periodo, del d.lgs. 165/2001, fermo restando il rispetto:

- dei limiti contrattuali e dei vincoli finanziari previsti dalla normativa vigente;
- dell'articolo 1, comma 557, della legge 296/2006;
- dei vincoli di bilancio per l'anno 2015;
- della regolare costituzione dei fondi per la contrattazione integrativa.

Dette regioni possono procedere ad assunzioni a tempo indeterminato unicamente in attuazione dell'articolo 1, comma 424, della legge 190/2014, ossia destinando, per gli anni 2015 e 2016, le risorse disponibili per le assunzioni a tempo indeterminato all'immissione in ruolo dei vincitori di concorsi collocati nelle proprie graduatorie e alla ricollocazione del personale soprannumerario delle Province e Città metropolitane.

La restante percentuale della spesa relativa al personale di ruolo cessato negli anni 2014 e 2015 è destinata esclusivamente alla ricollocazione del personale in mobilità.

Inoltre, possono applicare quanto previsto dall'articolo 4, comma 2, del d.l. 16/2014, ossia destinare il 100% dei risparmi realizzati in attuazione dei piani di razionalizzazione di cui all'articolo 16 del d.l. 98/2011 al recupero delle somme indebitamente erogate a livello di contrattazione decentrata.

Articolo 14 Proroga centri per l'impiego e contenimento della spesa per Province e città metropolitane

In attesa del riordino delle funzioni di cui all'articolo 1, commi 85 e seguenti, della legge 56/2014 e al fine di assicurare la continuità delle attività dei centri dell'impiego connesse con la realizzazione degli interventi cofinanziati dai fondi strutturali europei 2007-2013, in scadenza il 31 dicembre 2015, i relativi contratti di affidamenti di servizi per l'impiego e le politiche attive, in scadenza a partire dal 1° gennaio 2015 possono essere prorogati fino al 31 dicembre 2015.

Gli oneri relativi a detti contratti, per la parte riguardante le spese ammissibili ai fondi strutturali, sono posti a carico dei programmi operativi FSE 2007-2013 delle Regioni interessate.

Al fine del risanamento della finanza pubblica, il comma 418 della legge 190/2014 ha imposto a Province e città metropolitane una riduzione della spesa corrente di 1.000 milioni di euro per il 2015, di 2.000 milioni di euro per il 2016 e di 3.000 milioni di euro a decorrere dall'anno 2017.

In sede di conversione il Milleproroghe ha posticipato al 31 marzo 2015 il termine per l'emanazione del decreto ministeriale volto a determinare l'ammontare della riduzione della spesa corrente che ciascun ente deve conseguire e versare in apposito capitolo di entrata del bilancio dello Stato.

L'eventuale recupero in caso di mancato versamento del contributo avverrà entro il 31 maggio di ciascun anno.

Personale e incarichi

Incentivi alla progettazione: il confine tra vecchia e nuova normativa

Corte dei conti, Sez. Autonomie, deliberazione 11/2015

di Manuela Ricoveri

In materia di compensi incentivanti per la progettazione interna, il discrimine tra la normativa vigente ex ante ed ex post le modifiche introdotte dal d.l. 90/2014, dipende dal momento dell'espletamento dell'attività.

Pertanto, il nuovo tetto complessivo annuo previsto dalla legge per i c.d. "incentivi alla progettazione" (50% del trattamento economico complessivo annuo lordo) si applica alle attività espletate dopo il 19 agosto 2014 (data di entrata in vigore della legge di conversione n. 114/2014).

E' quanto affermato dalla Corte dei conti, sezione Autonomie, con la deliberazione in commento, chiamata ad esprimersi sull'efficacia temporale delle novità introdotte al sistema dell'incentivazione del personale tecnico interno agli enti locali.

La disciplina degli incentivi alla progettazione è stata oggetto di numerosi pareri da parte dei magistrati contabili della Corte dei conti, per i quali si rimanda alla sezione del Ns. sito "**Corte dei Conti Today**", dedicata alla rassegna quotidiana delle deliberazioni di tutte le sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti, depositate e pubblicate.

Dopo l'abrogazione dei commi 5 e 6 dell'articolo 92 del Codice dei contratti relativi all'incentivo per la progettazione delle opere, la legge 114/2014 ha aggiunto all'articolo 93 del d.lgs. 163/2006 i commi 7-bis, 7-ter, 7-quater e 7-quinquies, dettando una nuova disciplina.

La ratio legis dell'intera disciplina è quella di favorire l'ottimale utilizzo delle professionalità interne ad ogni amministrazione e di assicurare un risparmio di spesa sugli oneri che l'amministrazione dovrebbe sostenere per affidare all'esterno incarichi professionali di contenuto analogo.

La nuova disciplina legislativa impone la necessaria adozione di un nuovo regolamento che stabilisca la percentuale massima destinata a tali compensi (comma 7 bis) e un accordo integrativo decentrato, da recepire nel predetto regolamento, che stabilisca i criteri di ripartizione (comma 7 ter).

Entrambi dovranno adeguarsi alle novità normative, fra le quali spicca l'esclusione, fra i soggetti beneficiari dell'incentivo, del personale con qualifica dirigenziale (comma 7 ter, ultimo periodo).

Ulteriore novità introdotta è quella riguardante il metodo di calcolo dell'ammontare massimo dell'incentivo attribuibile ad uno stesso dipendente, non più con riferimento al singolo incentivo, che secondo il vecchio sistema (comma 5, dell'art. 92 ora abrogato dall'art. 13 bis del d.l. 90/2014) non poteva superare l'importo del rispettivo trattamento economico annuo lordo, ma con riferimento ad un tetto complessivo annuo, che somma tutti gli incentivi attribuiti ad uno stesso dipendente nel corso dell'anno anche da diverse amministrazioni e che, complessivamente, non deve superare il 50% del trattamento economico annuo lordo di quel dipendente.

La magistratura contabile è unanime nel ritenere la nuova disciplina non applicabile retroattivamente, non essendo norma di interpretazione autentica.

UNIVERSOPA

Il mensile SELF per la Pubblica Amministrazione N. 3/2015 Marzo

Infatti, come precisato dalla giurisprudenza costituzionale, una legge, per essere riconosciuta quale norma interpretativa, deve limitarsi ad assegnare alle disposizioni interpretate un significato in esse già contenuto, individuabile come una delle possibili letture del testo originario.

Senza considerare che le norme in esame, oltre ad avere carattere innovativo, verrebbero, ove interpretate in modo retroattivo, ad incidere su posizioni giuridiche in atto, senza che tale retroattività trovi giustificazione ragionevole, ponendosi, anzi, in contrasto con il principio generale di eguaglianza e con l'affidamento legittimamente sorto negli interessati.

L'assenza di una specifica disposizione diretta a regolamentare la fase di passaggio della vecchia alla nuova disciplina, tuttavia, ha determinato un contrasto interpretativo all'interno delle sezioni regionali di controllo in merito all'individuazione della linea di demarcazione fra la vecchia e la nuova regolamentazione.

La questione dell'applicabilità delle modifiche normative rispetto ad attività già compiute, ma per le quali non è stato ancora corrisposto il compenso, si era già posta in passato a seguito dell'entrata in vigore della legge 144/1999 che aveva modificato la percentuale dell'incentivo per la progettazione.

La Corte dei Conti Sezione Autonomie, nella deliberazione n. 7/2009, aveva richiamato il principio espresso dalla Suprema Corte secondo cui il diritto all'incentivo di cui trattasi *"costituisce un vero e proprio diritto soggettivo di natura retributiva che inerisce al rapporto di lavoro in corso, nel cui ambito va individuato l'obbligo per l'Amministrazione di adempiere, a prescindere dalle condizioni e dai presupposti per rendere concreta l'erogazione del compenso. In sostanza dal compimento dell'attività nasce il diritto al compenso, intangibile dalle disposizioni riduttive, che non hanno alcuna, efficacia retroattiva"* (Corte di Cassazione, sez. lavoro, sentenza n. 13384/2004).

In aderenza a tale orientamento, la sezione Liguria (del. 75/2014) ha affermato l'applicabilità del nuovo regime giuridico solo alle attività di progettazione espletate dai dipendenti dopo il 19 agosto 2014 (entrata in vigore della legge n. 114/2014).

Diverso l'orientamento assunto dalla Sezione Lombardia nella deliberazione n. 300/2014 secondo cui, al contrario, ciò che rileva è il momento in cui la prestazione resa viene remunerata.

La sezione Basilicata (3/2015), invece, ha individuato nel momento dell'approvazione dell'opera il riferimento temporale per la scelta della disciplina da applicare.

Con la conseguenza che il momento da prendere in considerazione per determinare il sorgere del diritto all'incentivo non è l'aggiudicazione dell'opera o del lavoro, ma la sua approvazione e il suo inserimento nei documenti di programmazione e di bilancio, secondo le disposizioni dell'articolo 128 del d.lgs. 163/2006 e del Tuel.

La sezione Autonomie, ponendo fine al rilevato contrasto magistrale, ha chiarito che il discrimine tra la normativa vigente ex ante ed ex post le modifiche introdotte dal d.l. 90/2014 dipende dal momento dell'espletamento dell'attività di progettazione.

Tale criterio è l'unico in grado di rispettare i canoni dell'imparzialità e della tutela dell'affidamento, dal momento che il momento della corresponsione è per sua natura variabile e quindi foriero di disparità di trattamento, mentre quello della liquidazione è legato a tempistiche che esulano, del tutto, dalla disponibilità del beneficiario e che, specificatamente, attengono alla fase della gestione di cassa.

Privacy e diritto di accesso

Accesso in forma attenuata agli atti di gara: illegittimo

Tar Lazio, Roma, ordinanza n. 1410 del 26 gennaio 2015

di Manuela Ricoveri

E' illegittima la limitazione alla sola visione degli atti nei confronti del soggetto che abbia interesse a conoscere la documentazione amministrativa per tutelare in sede giurisdizionale i propri interessi.

Questo il principio espresso dal Tar Lazio, Roma con l'ordinanza in commento.

Nel caso di specie una ditta aveva richiesto l'accesso all'offerta economica e al progetto di gestione presentati in sede di gara dall'aggiudicataria.

L'amministrazione aveva concesso l'accesso nella forma della sola visione degli atti, negando viceversa la possibilità di estrarne copia (cd. accesso in forma attenuata).

Per l'accesso agli atti delle procedure di gara trova applicazione l'articolo 13 del d.lgs. 163/2006, che al primo comma rinvia alla disciplina generale dell'accesso di cui agli artt. 22 e seguenti della legge 241/1990, salve talune disposizioni speciali.

Tra queste, quelle previste dal quinto comma del citato articolo 13 che, a salvaguardia del diritto alla riservatezza delle imprese concorrenti, introduce un divieto di accesso e di divulgazione assoluto, finalizzato non già a tutelare la regolarità della procedura di affidamento, quanto a proteggere le posizioni giuridiche soggettive dei soggetti privati coinvolti, attraverso l'esclusione dell'accesso alle "informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali".

Il legislatore ha così inteso escludere dal raggio di azionabilità del diritto di accesso la documentazione suscettibile di rivelare il know-how industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti, così da evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri, al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato.

Lo stesso comma 5 subordina, tuttavia, l'operatività della causa di esclusione alla manifestazione di interesse da parte della stessa impresa cui si riferiscono i documenti cui altri intendono accedere: è necessario, invero, che si tratti di informazioni integranti, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali.

A ciò si aggiunge l'ulteriore considerazione che lo stesso articolo 13 del Codice dei contratti pubblici dispone, al sesto comma, che è "comunque" consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi.

Si tratta, secondo la giurisprudenza amministrativa, di una previsione che riafferma la tendenziale prevalenza del cosiddetto accesso difensivo, già sancita in via generale dall'articolo 24, comma 7, della legge 241/1990 (Cons. Stato, sez. VI, 19 ottobre 2009 n. 6393).

Né l'articolo 13 del Codice dei contratti pubblici, né l'articolo 24 della legge sul procedimento (nella formulazione risultante a seguito della novella introdotta con la legge n. 15 del 2005),

UNIVERSOPA

Il mensile SELF per la **Pubblica Amministrazione** N. 3/2015 **Marzo**

prevedono che l'accesso difensivo, come tale prevalente sulle antagoniste ragioni di riservatezza o di segretezza tecnica o commerciale, possa essere circoscritto dall'amministrazione alla forma della sola visione, senza estrazione di copia.

Pertanto, una volta accertato l'interesse all'accesso per specifici scopi di tutela in giudizio, è illegittima la limitazione alla sola visione degli atti.

Gli articoli 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990 impongono infatti che il diritto di accesso sia garantito nella forma piena dell'estrazione di copia, e non della semplice presa di visione, al soggetto che abbia interesse a conoscere la documentazione amministrativa per tutelare in sede giurisdizionale i propri interessi (in questi termini Tar Puglia, Bari, sez. I, 17 giugno 2009 n. 1528; Id., 5 febbraio 2007 n. 337; Id., 14 settembre 2006 n. 3220; in questo senso anche Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2005 n. 6524).

SELF
Servizi e formazione per gli Enti Locali

Agenzia formativa accreditata
Regione Toscana (cod. accr. PI0747)
Certificata ISO 9001
Via IV Novembre, 57 - 56028 San Miniato (PI)
Tel. 0571 418873 - Fax 0571 1826507
info@self-entilocali.it - pec@pec.self-entilocali.it
P.IVA 01905220503

Gare e contratti

Le irregolarità essenziali sanabili (e non): l'interpretazione dell'Anac

Anac, determinazione n. 1/2015

Comunicato del Presidente del 25 marzo 2015

di Manuela Ricoveri

L'Anac ha emanato la determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015, concernente "Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163".

Con il provvedimento in commento l'Autorità ha fornito chiarimenti in merito alla nuova disciplina del soccorso istruttorio introdotta dal d.l. 90/2014, con particolare riferimento all'individuazione delle fattispecie ascrivibili alla "mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive" ed alle "irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili".

L'Autorità ha sottolineato che l'istituto del soccorso istruttorio non può in nessun caso essere utilizzato per il recupero di requisiti non posseduti al momento fissato dalla lex specialis, ossia alla scadenza del termine perentorio per la presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione.

La finalità della norma, infatti, è quella di evitare (nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell'ammissione alla gara delle offerte presentate) esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali (ivi compresa anche la mancanza assoluta delle dichiarazioni), di imporre un'istruttoria veloce, ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni (prima della valutazione dell'ammissibilità della domanda), e di autorizzare la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale (entro il termine perentorio accordato, a tal fine, dalla stazione appaltante).

In tal modo è stato confermato l'orientamento giurisprudenziale a tenore del quale occorre dare prevalenza al dato sostanziale (la sussistenza dei requisiti) rispetto a quello formale (completezza delle autodichiarazioni rese dai concorrenti).

Deve pertanto essere rivisto completamente l'approccio che le commissioni di gara devono assumere nel momento dedicato all'esame della documentazione presentata dai concorrenti.

Quanto al percorso procedimentale di sanatoria, la nuova disciplina opera una distinzione tra mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, e irregolarità inessenziali da una parte, e mancanza, incompletezza e irregolarità essenziali, delle dichiarazioni sostitutive.

Nel primo caso (irregolarità non essenziali, ovvero mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili) la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione.

Nel secondo caso (mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziali delle dichiarazioni sostitutive) si obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, con assegnazione di un termine per la sanatoria.

UNIVERSOPA

Il mensile SELF per la **Pubblica Amministrazione** N. 3/2015 **Marzo**

Nello specifico l'Autorità ha individuato un'articolata casistica delle **irregolarità che possono considerarsi essenziali e, in quanto tali, regolarizzabili con pagamento della sanzione**, ovvero:

- ✓ mancanza di una dichiarazione rispetto ad uno dei requisiti di ordine generale;
- ✓ mancata sottoscrizione della domanda di partecipazione;
- ✓ mancata sottoscrizione dell'offerta;
- ✓ mancata presentazione della cauzione provvisoria, a condizione che quest'ultima sia stata già costituita alla data di presentazione dell'offerta,
- ✓ mancata allegazione dell'attestazione di sopralluogo, a condizione che il concorrente abbia effettivamente provveduto al sopralluogo entro il termine di presentazione dell'offerta;
- ✓ mancata allegazione del contratto di avvalimento, purché lo stesso sia stato già siglato alla data di presentazione dell'offerta;
- ✓ mancata indicazione delle quote di partecipazione al RTI negli appalti di lavori;
- ✓ carenze in ordine alla dichiarazione di accettazione delle clausole del protocollo di legalità;
- ✓ mancata allegazione della ricevuta del versamento del contributo dovuto all'Autorità, a condizione che l'obbligo in questione sia stato assolto entro il termine decadenziale di partecipazione alla gara;

Al contrario, costituiscono **causa di esclusione, in quanto non regolarizzabili**, le seguenti ipotesi:

- ✓ omessa indicazione delle generalità del subappaltatore nel caso in cui il partecipante alla gara sia privo dei requisiti di qualificazione richiesti nel bando, e quindi il subappalto sia utilizzato per acquisire requisiti obbligatori mancanti (**cd. subappalto necessario**);
- ✓ omessa dichiarazione attestante la **volontà di ricorso all'avvalimento**, contenente l'indicazione dei requisiti prestati e dell'impresa ausiliaria (articolo 49, comma 2, lett. a) del Codice);
- ✓ **violazione del principio di segretezza delle offerte**, ovvero incertezza assoluta sulla provenienza del plico, non integrità dello stesso, irregolarità relative alla chiusura dei plichi. In particolare:
 - mancata indicazione sul plico esterno generale del riferimento della gara cui l'offerta è rivolta;
 - apposizione sul plico esterno generale di un'indicazione totalmente errata o generica, al punto che non sia possibile individuare il plico pervenuto come contenente l'offerta per una determinata gara;
 - mancata sigillatura del plico e delle buste interne con modalità di chiusura ermetica che ne assicurino l'integrità e ne impediscano l'apertura senza lasciare manomissioni;
 - mancata apposizione sulle buste interne al plico di idonea indicazione per individuare il contenuto delle stesse; si evidenzia che l'esclusione sarebbe da considerarsi illegittima qualora, ad esempio, la busta contenente l'offerta economica, ancorché priva della dicitura richiesta, fosse comunque distinguibile dalle restanti buste munite della corretta dicitura; alla luce della nuova disciplina del soccorso istruttorio dovrebbe, inoltre, considerarsi

UNIVERSOPA

Il mensile SELF per la **Pubblica Amministrazione** N. 3/2015 **Marzo**

sanabile l'omessa indicazione relativa al contenuto delle buste se alla medesima si possa ovviare con invito al concorrente a contrassegnarle senza necessità di apertura;

- mancato inserimento dell'offerta economica e di quella tecnica in buste separate, debitamente sigillate, all'interno del plico esterno recante tutta la documentazione e più in generale la loro mancata separazione fisica. Si precisa che, in caso di divisione in lotti con possibilità di concorrere all'aggiudicazione di più di un lotto, l'offerta economica acquista una propria autonomia in relazione ad ogni lotto e, pertanto, deve essere separatamente redatta per ogni lotto;
- ulteriori circostanze che, nel caso concreto, inducano la stazione appaltante a ritenere violato il principio di segretezza delle offerte. In tal caso è necessario motivare debitamente l'esclusione.

Al contrario, **non possono costituire cause legittime di esclusione:**

- la mancata o errata indicazione, su una o più delle buste interne, del riferimento alla gara cui l'offerta è rivolta, nel caso in cui detta indicazione sia comunque presente sul plico generale esterno, debitamente chiuso e sigillato;
- la mancata indicazione del riferimento della gara su uno o più documenti componenti l'offerta;
- la mancata apposizione sul plico dell'indicazione del giorno e dell'ora fissati per l'espletamento della gara;

Come evidenziato dall'Anac, anche se non espressamente menzionate dalla norma, è possibile individuare anche **irregolarità o carenze che non possono considerarsi né essenziali né indispensabili** ma comunque esigibili da parte della stazione appaltante ai fini di una celere e certa verifica dell'autodichiarazione resa dal concorrente per l'ammissione alla gara.

Si pensi, ad esempio, alla richiesta delle indicazioni della posizione Inps, Inail, Cassa edile, ai fini della verifica della regolarità contributiva, o all'indicazione degli estremi del decreto (e del Tribunale competente) relativo all'ammissione al concordato con continuità aziendale, ovvero all'esatta indicazione dell'indirizzo dell'agenzia delle entrate territorialmente competente per la verifica del rispetto degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, ecc.

Tutte queste informazioni, utili ad una celere definizione del procedimento di verifica delle autodichiarazioni rese dai concorrenti in merito al possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 38 del Codice, possono essere richieste dalla stazione appaltante, **senza però irrogare alcuna sanzione pecuniaria.**

Devono del pari essere attratte nella categoria degli elementi esigibili, senza comminatoria di sanzione, le indicazioni del numero di fax e dell'indirizzo di posta elettronica che, anche se essenziali ai fini delle comunicazioni, possono essere resi, integrati o regolarizzati.

Applicazione della sanzione

Il meccanismo dell'assegnazione di un termine per la sanatoria è accompagnato dalla previsione di una sanzione pecuniaria, stabilita dal bando di gara in misura non inferiore all'uno per mille e non

UNIVERSOPA

Il mensile SELF per la **Pubblica Amministrazione** N. 3/2015 **Marzo**

superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria.

L'Anac, contrariamente a quanto precedentemente espresso nella bozza di determinazione, ha affermato che **la sanzione individuata negli atti di gara deve essere comminata esclusivamente nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio.**

Di seguito, si riporta l'orientamento iniziale e la versione definitiva:

Bozza di Determinazione in consultazione	Determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015 "Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163"
La sanzione, infatti, come in precedenza sottolineato, è direttamente correlata alla omissione o alle irregolarità negli elementi o nelle dichiarazioni resi sui requisiti di partecipazione	La sanzione individuata negli atti di gara sarà comminata nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio

Come ribadito dall'Autorità nel comunicato del 25 marzo 2015, tale lettura è "doverosa sia per evitare eccessive ed immotivate vessazioni delle imprese" sia per rispettare i principi contenuti nella nuova direttiva 2014/24/UE che prevede all'art. 59, paragrafo 4, secondo capoverso, la possibilità di integrare o chiarire i certificati, senza il pagamento di alcuna sanzione.

Si evidenzia tuttavia che tale impostazione, oltre a non corrispondere al dato letterale della norma, si pone in netto contrasto con la posizione della Corte dei conti.

Come precisato nella *Relazioni del Presidente della Corte dei conti in occasione della cerimonia d'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015*, la sanzione "**è dovuta anche ove il concorrente decida di non rispondere all'invito a regolarizzare**"

E, peraltro, "**il mancato introito della stessa può essere fonte di responsabilità amministrativo-contabile**".

Altro profilo di notevole importanza è quello attinente all'esatta determinazione del *quantum della cauzione*.

Anche se il versamento della sanzione è garantito dalla cauzione provvisoria, ciò non determina un aumento del relativo importo della stessa.

Resta fermo l'obbligo di reintegrare la cauzione nel caso in cui il concorrente opti per tale modalità di corresponsione della sanzione, in luogo del pagamento diretto.

In caso di mancata regolarizzazione, la stazione appaltante procederà all'esclusione del concorrente dalla gara.

In caso di partecipazione di un costituendo RTI, rappresentando lo stesso un unico concorrente, la mancata regolarizzazione comporterà l'esclusione di tutto il RTI, indipendentemente dal fatto che l'inadempimento sia imputabile alla mandataria o ad una delle mandanti, non essendo consentito alla stazione appaltante ammettere al prosieguo della gara la sola mandataria nella veste di nuovo soggetto partecipante singolarmente o in raggruppamento con diverso operatore economico.

UNIVERSOPA

Il mensile SELF per la **Pubblica Amministrazione** N. 3/2015 **Marzo**

Ciò in virtù del divieto della modifica della compagine soggettiva in corso di gara o dopo l'aggiudicazione al RTI.

Infatti, pur essendo ammesso il mutamento soggettivo in senso riduttivo del raggruppamento, tale operazione non può essere effettuata per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione per difetto dei requisiti in capo al componente dell'a.t.i. che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva.

Compatibilità dell'art. 38, comma 2-bis, del d.lgs. 163/2006 con l'articolo 12 del d.lgs. 209/2005 (in materia di assicurazioni private)

Con il comunicato del 25 marzo 2015 l'Anac ha evidenziato che il divieto di cui all'articolo 12 del d.lgs. 209/2005 (che vieta le assicurazioni che hanno per oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative) non incide sulla disciplina del soccorso istruttorio.

La finalità della cauzione provvisoria è quella di garantire l'adempimento di un'obbligazione altrui e non di traslare il rischio di un avvenimento futuro ed incerto dal contraente all'assicurato.

Pertanto, la polizza fideiussoria, anche se prestata da un'impresa di assicurazione, rientra nell'ambito dei contratti (autonomi) di garanzia.

UNIVERSOPA

Il mensile SELF per la **Pubblica Amministrazione** N. 3/2015 **Marzo**

Appalti: la mancata autenticazione di un documento non costituisce irregolarità essenziale

Tar Toscana, sentenza n. 429/2015

di Manuela Ricoveri

La mancata attestazione della conformità all'originale di un documento, attenendo tale operazione non al contenuto del documento, ma solo alla provenienza di esso, non costituisce un'irregolarità essenziale.

In tal caso la stazione appaltante è tenuta ad applicare l'istituto del soccorso istruttorio **senza però irrogare alcuna sanzione pecuniaria**, stante la non essenzialità dell'omissione.

Questo il principio espresso dal Tar Toscana, sez. I, con la sentenza in commento.

Nel caso di specie una società era stata esclusa in quanto aveva prodotto una garanzia provvisoria generata in via informatica in formato cartaceo, non accompagnata dall'attestazione di conformità all'originale da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato, come espressamente richiesto dal bando di gara.

Il Tar, con ordinanza collegiale n. 40/2015, aveva sospeso l'esecutività del provvedimento di esclusione, in considerazione del fatto che le disposizioni di cui agli artt. 38, comma 2 bis, e 46, comma 1 ter del d.lgs. 163/2006, come modificate dal d.l. 90/2014, non consentono alla stazione appaltante di procedere all'esclusione immediata dalla gara in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi o delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi.

Sulla scorta della corretta applicazione di tali norme la stazione appaltante è tenuta a ricorrere al soccorso istruttorio, assegnando al concorrente un termine non superiore a 10 giorni per provvedere alla regolarizzazione, previo pagamento della sanzione pecuniaria prevista nel bando ove si tratti di irregolarità essenziali.

L'esclusione dalla gara può essere disposta solo in esito all'omessa produzione, integrazione o regolarizzazione degli elementi e delle dichiarazioni carenti, entro il termine assegnato.

La stazione appaltante, di conseguenza, aveva diffidato la società a sanare l'irregolarità della documentazione, comunicando, altresì, l'incameramento dell'assegno prodotto a garanzia del pagamento della sanzione pecuniaria di cui all'art. 38, comma 2 bis, del d. lgs. 163/2006.

Il Tar, confermando l'indirizzo espresso dall'Anac nella deliberazione n. 1/2015, ha chiarito che per irregolarità essenziale deve intendersi ogni irregolarità nella redazione della dichiarazione, oltre all'omissione ed alla incompletezza, che non consenta alla stazione appaltante di individuare con chiarezza il soggetto ed il contenuto della dichiarazione stessa.

Al contrario, la mancanza dell'attestazione della conformità all'originale in ordine alla garanzia provvisoria rilasciata su supporto cartaceo non integra una grave irregolarità.

La stipulazione del contratto di fideiussione per via telematica con conseguente firma digitale del fideiussore e trasmissione in allegato all'offerta della copia cartacea dello stesso senza che la firma del garante - apposta per via telematica e quindi senza sottoscrizione del cartaceo - risulti autenticata da pubblico ufficiale non può essere assimilata ad un'ipotesi di inesistenza del contratto di fideiussione (in tal senso Tar Friuli Venezia Giulia, sez. I, sentenza n. 564/2011).

Infatti il contratto esiste dal momento del perfezionamento dell'accordo con l'apposizione della firma in via digitale e nemmeno dagli artt. 23-25 del d.lgs. 82/2005 si può in qualche modo inferire l'inesistenza del contratto firmato in via digitale ma riprodotto su carta senza l'autentica della firma digitale.

UNIVERSOPA

Il mensile SELF per la **Pubblica Amministrazione** N. 3/2015 **Marzo**

In altri termini, la garanzia è valida ed efficace, difettando solo di un elemento estrinseco e formale, consistente nella certezza della sua conformità all'originale.

La non essenzialità di tale omissione consente la regolarizzazione ma non l'irrogabilità della sanzione.

UNIVERSOPA

Il mensile SELF per la Pubblica Amministrazione N. 3/2015 Marzo

Soccorso istruttorio: la cauzione assicurativa non può coprire il pagamento della sanzione

Tar Toscana, se. II. sentenza 444/2015

di Manuela Ricoveri

La cauzione provvisoria presentata in sede di gara, se rilasciata sotto forma di fideiussione assicurativa, non può costituire idonea garanzia per il pagamento dell'eventuale sanzione pecuniaria ex articolo 38, comma 2-bis, del d.lgs. 163/2006.

La mancata prestazione della garanzia aggiuntiva, richiesta dal bando di gara, per il pagamento della sanzione pecuniaria conseguente al soccorso istruttorio costituisce "mancanza essenziale" di cui la stazione appaltante deve chiedere la regolarizzazione e che deve essere poi oggetto di sanzione.

Questo il principio espresso dal Tar Toscana con la sentenza in commento.

Nel caso di specie un concorrente aveva presentato una fideiussione assicurativa recante in allegato la seguente dicitura: *"La garanzia prestata con la presente polizza è posta anche a copertura della sanzione pecuniaria di cui agli artt. 38 comma 2 bis e 46 comma 1 ter del D.Lgs. 163/2006, come introdotti dall'art. 39 comma 1 del D.L. 90/2014 pari al 1% dell'importo a base di gara"*.

La commissione di gara, constatato che il bando di gara aveva vietato l'utilizzo di polizze assicurative a garanzia del pagamento della sanzione pecuniaria, aveva escluso la ditta per poi riammetterla successivamente dietro presentazione di assegno circolare a garanzia del pagamento della sanzione pecuniaria.

Come evidenziato dai giudici amministrativi, la sanzione contemplata dall'articolo 38, comma 2-bis del Codice non è una penale, bensì una sanzione amministrativa, ovvero la misura afflittiva irrogata dalla p.a. a seguito della violazione delle regole che disciplinano le gare pubbliche.

In quanto sanzione amministrativa opera il divieto di cui all'articolo 12 del d.lgs. 209/2005 (Codice delle assicurazioni private) secondo cui *"sono vietate (...) le assicurazioni che hanno per oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative (...). In caso di violazione del divieto il contratto è nullo (...)"*.

Pertanto, se il concorrente presenta la cauzione provvisoria sotto forma di fideiussione assicurativa, è tenuto a presentare una garanzia aggiuntiva rispetto a quella provvisoria di cui all'articolo 75 del d.lgs. 163/2006 per il pagamento dell'eventuale sanzione pecuniaria ex articolo 38, comma 2-bis, del d.lgs. 163/2006.

Tuttavia, l'obbligo di fornire la garanzia richiesta (con modalità diverse dalla polizza assicurativa), non trovando fondamento in una disposizione del codice dei contratti pubblici, del regolamento o di altre leggi non può comportare l'immediata esclusione dalla gara.

In tal caso la stazione appaltante è tenuta ad esercitare il soccorso istruttorio fissando un termine per la regolarizzazione e applicando poi la sanzione, trattandosi di "mancanza essenziale".

Tali considerazioni non appaiono condivisibili.

Come chiarito dall'Anac nel comunicato del 25 marzo 2015, il divieto di cui all'articolo 12 del d.lgs. 209/2005 non incide sulla disciplina del nuovo soccorso istruttorio.

La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ritengono, infatti, che la causa della polizza fideiussoria sia quella di garantire l'adempimento di un'obbligazione altrui (propria del contratto di fideiussione) e non di traslare il rischio di un avvenimento futuro ed incerto dal contraente all'assicuratore (proprio del contratto di assicurazione).

UNIVERSOPA

Il mensile SELF per la **Pubblica Amministrazione** N. 3/2015 **Marzo**

La polizza fideiussoria costituisce, sotto il profilo genetico, un negozio stipulato dall'appaltatore su richiesta del committente e in suo favore, strutturalmente articolato secondo lo schema del contratto a favore di terzo, funzionalmente caratterizzato dall'assunzione dell'impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazione, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal contraente (Cass. Sez. Un. 18.2.2010, n.3947).

Sotto questo profilo, dunque, la polizza non mira a garantire l'adempimento della prestazione primaria, cioè l'esecuzione dell'opera o della fornitura, (come accade nella fideiussione), ma ad assicurare al creditore la presenza di un soggetto solvibile in grado di tenerlo indenne dall'eventuale inadempimento del medesimo.

Venendo così meno la funzione di garantire, in senso preventivo, l'adempimento, la polizza fideiussoria stipulata con la compagnia assicurativa dall'appaltatore rientra nell'ambito dei contratti (autonomi) di garanzia.

La diversa tipologia dei negozi giuridici contemplati rispettivamente dagli artt. 12 del d.lgs. 209/2005 e 75 del d.lgs. 106/2006, pertanto, è di per sé sufficiente a fugare i dubbi su ipotetiche violazioni del divieto posto dal Codice delle assicurazioni.

UNIVERSOPA

Il mensile SELF per la **Pubblica Amministrazione** N. 3/2015 **Marzo**

Appalti: indicazioni operative per la determinazione del prezzo più basso

Tar Piemonte, Torino, sentenza n. 250/2015

Tar Lazio, Roma, sentenza n. 4712/2015

di Manuela Ricoveri

L'inciso "al netto delle spese relative al costo del personale", contenuto nell'articolo 82 comma 3-bis del d.lgs. 163/2006 non deve essere interpretato in senso letterale, e cioè come espressivo della necessità di scorporare il costo del personale dall'importo del prezzo offerto ai fini della valutazione in gara del prezzo più basso.

Tale norma deve essere letta come diretta ad affermare l'obbligo per le stazioni appaltanti di accertare la congruità delle offerte sulla base della verifica della compatibilità delle scelte organizzative e produttive effettuate dal concorrente con la normativa concernente i minimi salariali contrattuali della manodopera.

Questo il fondamentale chiarimento fornito dal Tar Torino, sez. I, con la sentenza in commento, relativamente alla corretta applicazione dell'articolo 82 comma 3-bis del Codice dei contratti pubblici (Criterio del prezzo più basso), introdotto dall'art. 32, comma 7-bis, d.l. 69/2013, secondo cui "Il prezzo più basso è determinato **al netto delle spese relative al costo del personale**, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro".

Identica disposizione, si ricorda, era stata introdotta nell'articolo 81 del Codice dei contratti pubblici (Criteri per la scelta dell'offerta migliore), dall'articolo dall'art. 4, comma 2, lett. i-bis), del d.l. 70/2011. Tale norma, nel 2011 molto criticata, successivamente è stata abrogata dall'art. 44, comma 2, del d.l. 201/2011,

La norma attualmente riproposta, come evidenziato sia nel documento ITACA (Istituto per la Trasparenza degli Appalti e la Compatibilità Ambientale) del 19 settembre 2013, recante le "Prime indicazioni per l'applicazione delle modificazioni introdotte all'art. 82 del Codice dei Contratti Pubblici dalla Legge 9 agosto 2013, n. 98 di conversione del D.L. 69/2013", sia nel successivo Atto di Segnalazione n. 2/2014 dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, produce un'incomparabilità delle offerte con un effetto totalmente distorsivo delle gare d'appalto sia nel caso in cui siano i concorrenti, in sede di offerta, a determinare il costo della manodopera, scorporando i prezzi relativi al personale e alla sicurezza dall'offerta, sia nel caso in cui sia invece la stazione appaltante a dover individuare ex ante nel bando di gara il costo del personale da scorporare dall'offerta.

Infatti, la predeterminazione del costo complessivo del personale "a monte" da parte della stazione appaltante potrebbe comportare un sovrapprezzo erogato all'aggiudicatario, in taluni casi, ovvero, per le ipotesi di eventuale sottostima operata dalla stazione appaltante, una penalizzazione.

Tale modus operandi, inoltre, si porrebbe in contrasto con la previsione di cui all'articolo 86, comma 3-bis, in base al quale, in sede di verifica dell'anomalia, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro, con il limite ex articolo 87 dell'inammissibilità di giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi.

UNIVERSOPA

Il mensile SELF per la **Pubblica Amministrazione** N. 3/2015 **Marzo**

Norme che risulterebbero svuotate di contenuto qualora non si consentisse all'offerente, a seguito della predeterminazione di tale voce di costo nel bando, la presentazione di giustificazioni di alcun tipo.

Allo stesso modo, nel caso in cui siano invece i concorrenti, in sede di offerta, a determinare il costo della manodopera, scorporando i prezzi relativi al personale e alla sicurezza dall'offerta, si potrebbe determinare l'effetto paradossale di premiare un'offerta meno vantaggiosa di altre, più bassa solo per il fatto di aver esposto un maggior costo del personale, frutto di un'organizzazione di impresa meno efficiente e organizzata.

Senza pensare che ciò potrebbe favorire strategie distorsive consistenti nell'espone in offerta costi del personale esorbitanti al solo fine di ridurre artificiosamente, attraverso il meccanismo dello scorporo, l'importo valutabile dell'offerta.

La soluzione, secondo i giudici, è dare alla norma *"un'interpretazione sostanziale e logico-sistematica"*. La finalità della norma è quella di assicurare che l'affidamento dei contratti pubblici avvenga nel pieno rispetto degli obblighi prescritti per la tutela dei diritti (retributivi e contributivi) dei lavoratori impiegati nell'esecuzione delle commesse pubbliche.

In tale prospettiva, la norma deve essere interpretata come obbligo, per le stazioni appaltanti, di accertare la congruità del costo del lavoro in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta.

L'offerta migliore, pertanto, va valutata senza scorporare il costo del personale dal totale del prezzo offerto.

In definitiva:

- l'importo da utilizzare per il confronto competitivo tra i concorrenti è il totale del prospetto di offerta, risultante dalla sommatoria dei prezzi unitari offerti, cui sono aggiunti i costi del personale e gli oneri della sicurezza aziendali;
- in sede di verifica di congruità dell'offerta, la stazione appaltante valuterà la sostenibilità economica del ribasso anche in relazione alla tutela dei diritti inderogabili dei lavoratori, e per consentire tale verifica è necessario che l'offerta indichi separatamente il costo del personale e gli oneri della sicurezza.

Tale interpretazione è stata recentemente ribadita dal Tar Lazio, con la sentenza n. 4712 del 30 marzo 2015, che ha negato la possibilità di escludere il costo della manodopera dalle dinamiche competitive che si esprimono attraverso la formulazione dell'offerta mediante indicazione del massimo ribasso.