

# MEDIA APPALTI

Guida pratica in materia di appalti pubblici

▲ Ulteriori modifiche al Codice dei Contratti  
nel "Decreto Fare"

▲ "Decreto Del Fare": la parziale abrogazione  
della responsabilità solidale negli appalti

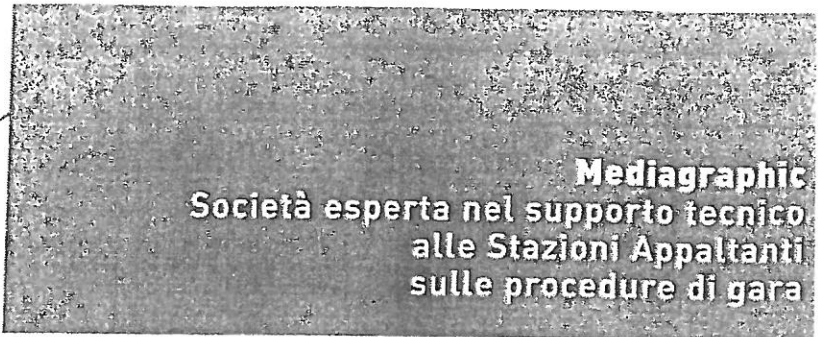
▲ La disciplina in tema di fatturazione elettronica

LAVORI  
SERVIZI  
FORNITURE

Luglio 2013

Rivista *IL FARE* - Anno III, 100 n. 7 05

Med *a*  
Graph *c*



## SERVIZI MEDIAGRAPHIC



### Servizi "Pre Gara"

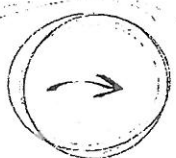
- **Redazione o Controllo Regolamenti interni**  
Redigiamo o verifichiamo il regolamento interno di contabilità e/o il regolamento per gli affidamenti in economia.
- **Redazione bando**  
Redigiamo bandi di gara integrali, disciplinari e forniamo schemi di capitolato di appalti.
- **Controllo preventivo del bando**  
Verifichiamo, preventivamente alla pubblicazione, la rispondenza formale del bando di gara e del disciplinare con quanto previsto dalla normativa vigente, individuando e segnalando eventuali anomalie.
- **Redazione o controllo dello schema di contratto**  
Redigiamo lo schema di contratto o ne verifichiamo, preventivamente alla stipula, la rispondenza formale a quanto previsto dalla normativa vigente.
- **Redazione D.U.V.R.I.**  
Redigiamo per conto delle Stazioni Appaltanti il D.U.V.R.I. da allegare, pena la nullità, alla documentazione di gara.
- **Pubblicità legale e Servizi accessori**  
Pubblichiamo su testate giornalistiche o Organi Ufficiali di stampa [GURI, GUUE, BUR], richiediamo CIG e CUP, inseriamo il bando sui siti informatici [Ministero e Osservatorio].

### Servizi "Durante la Gara"



- **Supporto telefonico al RUP**  
Risolviamo telefonicamente, in tempo reale, eventuali problematiche che dovessero insorgere durante tutta la procedura di gara.

- **Supporto alla commissione di gara**  
Affianchiamo la commissione nella risoluzione delle problematiche che potrebbero sorgere durante la seduta di gara, telefonicamente o con la presenza in loco.



### Servizi "Post Gara"

- **Supporto alla trasmissione dei dati**  
All'AVCP ex art. 7, comma 8 del Decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163.
- **Comunicazioni di avalimento**  
Supportiamo il RUP nella trasmissione delle dichiarazioni di avalimento, con l'inserimento dei dati relativi all'aggiudicatario ex art. 49, comma 11 del Decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163.
- **Comunicazioni C.E.L.**  
Supportiamo il RUP nella comunicazione dei dati relativi ai Certificati di Esecuzione Lavori, ex art. 40, comma 3, lett. b) del Decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163.

MEDIA

Pubblichiamo una rivista specializzata  
in materia di appalti pubblici.

Mediagraphic



# MEDIA APPALTI®

Uno strumento utile per muoversi nel complesso e delicato  
mondo degli Appalti Pubblici

## EDITORIALE

Fare e saper fare

## EVIDENZA

Ulteriori modifiche al Codice dei Contratti nel "Decreto Fare"

## LA LENTE

"Decreto Del Fare": la parziale abrogazione della responsabilità solidale negli appalti

La disciplina in tema di fatturazione elettronica

White list: iscrizione, diniego e conseguenze pericolose

I microaffidamenti

Prestazioni professionali fra incarichi di consulenza e appalti di servizi

L'esclusione dalle gare pubbliche per irregolarità fiscale e grave negligenza

## PARERI SENTENZE

A RISPONDIAMO

IN

LA

Registrazione presso il Tribunale di Trani il 03.02.2011  
al numero 3/2011 del Registro dei giornali e periodici

**Direttore Responsabile:**

dott. Enzo de Gennaro

**Comitato di Redazione:**

avv. Maria Teresa Colamorea;  
avv. Mariarosaria di Canio;  
avv. Arcangela Lacerenza;  
avv. Domenico Manno;  
avv. Giuseppe Morolla;

**Progetto Grafico:**

Federica Damato

**Responsabile web:**

Lorenzo Antonicelli

**Editore:**

Mediagraphic s.r.l.  
via Palmitessa n. 40 - 76121 Barletta  
Tel. 0883.527171 - Fax 0883.570189  
www.mediagraphic.it - info@mediagraphic.it

**Hanno collaborato a questo numero:**

**Dott.ssa Beatrice Corradi**

Dirigente dell'Ufficio Provveditorato ed Economato Consiglio  
regionale Assemblea legislativa della Liguria

**Avv. Rinaldo Alvisi**

Avvocato penalista esperto in reati contro la  
Pubblica Amministrazione

**Avv. Massimiliano Lombardo**

Esperto e docente in materia di appalti pubblici

**Avv. Massimo Rizzi**

Avvocato amministrativista,  
consulente in materia di appalti pubblici

**Avv. Paola Cartolano**

Esperta in materia di appalti pubblici

**Avv. Francesca Scura**

Avvocato amministrativista, esperto in  
contrattualistica pubblica

**Avv. Giangiuseppe Baj**

Avvocato amministrativista, esperto in  
contrattualistica pubblica

**Dott.ssa Michela Deiana**

Dottore di ricerca in diritto amministrativo  
Funzionario P. A.

**Avv. Giuseppe Totino**

Avvocato amministrativista, esperto in  
contrattualistica pubblica

**Avv. Alessandro Faggiani**

Avvocato Penalista

**Nota:**

Sono graditi contributi in materia di  
contrattualistica pubblica da inserire  
nei prossimi numeri della rivista MediAppalti.  
Il materiale potrà essere inviato a:  
e-mail: mediappalti@mediagraphic.it

APPALTI

## [ EVIDENZA]

## Ulteriori modifiche al Codice dei Contratti nel "Decreto Fare"

di Giuseppe Totino  
e Francesca Scura (1)

### 1. Premessa: concessioni e defiscalizzazioni delle infrastrutture di rilevanza strategica

In un sistema economico ingessato ed avvitato da una recessione particolarmente persistente, gli investimenti nel settore delle infrastrutture costituiscono da sempre le misure anticicliche per antonomasia per combattere, da un lato, il decremento occupazionale e, dall'altro, per consentire il rilancio della domanda interna e dell'economia nel suo complesso. Lo scopo delle norme di cui all'art. 19 in tema di concessioni e defiscalizzazione è infatti chiaramente identificato dalla rubrica del CAPO III dello stesso Decreto, secondo la quale le disposizioni in parola devono essere considerate alla stregua di *"Misure per il rilancio delle Infrastrutture"*. A tal fine, l'art. 19 del "Decreto Fare" mira a snellire alcune delle procedure di

approvazione/autorizzazione relative alle opere infrastrutturali ed a rendere meno difficoltoso il reperimento ed apporto di capitali privati, in particolare provenienti dal settore del credito, per finanziare la costruzione di opere pubbliche. L'art. 19 del Decreto è suddiviso in due parti: una prima parte volta alla modifica di alcune delle norme che governano le concessioni di lavori pubblici ex artt. 142 e ss del Codice dei Contratti ("Codice") e quelle relative alle infrastrutture strategiche ex artt. 161 e ss (ex legge cd. Obiettivo); una seconda parte dedicata alla novella di alcuni interventi normativi, già implementati dal precedente governo guidato da Monti, in materia di defiscalizzazione delle "opere infrastrutturali" di rilevanza nazionale.

### 2. Le norme in tema di concessioni di lavori

La lett. a) n. 1) del comma 1 dell'art. 19 del Decreto Fare integra e modifica l'art. 143 del Codice con la precipua aspirazione di rendere maggiormente appetibile per gli istituti di credito il finanziamento dei progetti infrastrutturali, attraverso sia l'allocazione in capo al soggetto concedente alcuni dei profili di rischio più rilevanti, sia attraverso l'ampliamento dello spettro dei

1) In particolare, i paragrafi da 1 a 3 sono dovuti al contributo dell'avv. Giuseppe Totino e i restanti a quello dell'avv. Francesca Scura.

casi obbligatori di revisione della concessione finalizzati alla rideterminazione delle condizioni di equilibrio del PEF. Viene infatti prevista una integrazione al comma 5 dell'art. 143 del Codice dei Contratti (rubricato *"Caratteristiche delle concessioni di lavori pubblici"*), in virtù della quale è stabilito che *"All'atto della consegna dei lavori il soggetto concedente dichiara di disporre di tutte le autorizzazioni, licenze, abilitazioni, nulla osta, permessi o altri atti di consenso comunque denominati previsti dalla normativa vigente e che detti atti sono legittimi, efficaci e validi"*.

In altri termini, il concedente ha l'onere di accertarsi (ed eventualmente adoperarsi facendosi parte diligente nel rapporto concessorio), entro la data di sottoscrizione del verbale di consegna dei lavori redatto ai sensi dell'art. 154 del DPR 207/2010, che tutte le autorizzazioni propedeutiche alla realizzazione dell'opera pubblica siano state utilmente acquisite da parte del concessionario.

Tale norma se da un lato (nelle intenzioni del legislatore) è volta ad allocare ex lege in capo al concedente il rischio relativo all'ottenimento delle autorizzazioni da parte del concessionario, dall'altro, potrebbe rappresentarsi come un indiretto strumento di dilatamento dei tempi procedurali per l'inizio dei lavori da parte del concessionario, laddove il concedente, onerato di un tale obbligo dichiarativo, si dimostri eccessivamente reticente nel sottoscrivere il citato verbale.

La lett. a) n. 2) del comma 1 dell'art. 19 del Decreto Fare sostituisce poi una parte della formulazione della norma relativa ai casi di revisione del PEF precedentemente prevista al comma 8 dell'art. 143 del Codice dei Contratti, secondo il cui nuovo assetto, oggi, il concedente si obbliga a procedere alla revisione della concessione nel caso in cui la stazione appaltante apporti della variazioni ai presupposti del progetto *"che comunque incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario"*.

Tale disposizione ha la funzione di ampliare (rispetto alla precedente sistemazione) lo spettro delle ipotesi previste espressamente dalla legge ed in costanza delle quali il concedente ha l'onere di assentire

all'apertura in contraddittorio con il concessionario della procedura di revisione della concessione al fine di ripristinare le condizioni di equilibrio del piano economico finanziario allegato alla concessione stessa. Infatti, se in precedenza i casi di revisione della concessione previsti per legge potevano essere racchiusi in seno al ristretto ambito delle variazioni che incidessero sulla gestione economica dell'opera, oggi il ventaglio delle ipotesi che possono ipoteticamente consentire la revisione della concessioni (onde ripristinarne le condizioni di equilibrio economico-finanziario) raccoglie una ampia casistica di eventi generativi di variazione ai presupposti economico-finanziari.

Infatti è possibile legittimamente ricomprendere nell'attuale formulazione della norma anche ipotesi di variazioni apportate dalla stazione appaltate diverse da quelle che direttamente incidano sulla sola gestione e sfruttamento funzionale dell'opera, nel senso di ricomprendere ogni e qualsiasi evento/condizione/mutamento normativo riconducibile alla responsabilità dalla stazione appaltante ovvero al legislatore e causativo di una alterazione delle condizioni di equilibrio economico-finanziario.

L'intervento di aggiornamento dell'art. 143 del Codice dei Contratti si conclude con la novella di cui al numero 3) della lett. a) del ~~comma 1~~ dell'art. 19 del Decreto Fare, in forza della quale si aggiunge l'ulteriore comma 8-bis al succitato articolo, precisando che *"Ai fini della applicazione delle disposizioni di cui al comma 8 del presente articolo, la convenzione definisce i presupposti e le condizioni di base del piano economico finanziario le cui variazioni non imputabili al concessionario, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua revisione. La convenzione contiene inoltre una definizione di equilibrio economico finanziario che faccia riferimento ad indicatori di redditività e di capacità di rimborso del debito, nonché la procedura di verifica e la cadenza temporale degli adempimenti connessi."*

La ratio di tale norma è chiaramente orientata nella direzione di rendere maggiormente appetibile, sotto il profilo della bancabilità, l'infrastruttura, attraverso

un ulteriore ampliamento delle ipotesi di revisione della concessione obbligatoriamente previste ex contractu. Viene ad essere codificato a tale scopo, da un lato, che la convenzione di concessione debba obbligatoriamente prevedere l'onere per il concedente di procedere alla revisione della concessione e dei suoi presupposti nel caso in cui un mutamento di quest'ultimi, causato da ragioni non imputabili al concessionario, determini l'alterazione delle condizioni di equilibrio del PEF come originariamente stabilite, dall'altro, stabilisce che il benchmark di riferimento cui ancorare la verifica dell'alterazione dell'equilibrio economico-finanziario, debbano essere gli indici di redditività e di capacità di rimborso del servizio del debito, di regola previsti già nei contratti di finanziamento stipulati dal concessionario con gli enti finanziatori del progetto.

La lett. b) del comma 1 dell'art. 19 del Decreto Fare, invece, si dedica alla integrazione dell'art. 144 del Codice. L'art. 144 disciplina le "Procedure di affidamento e pubblicazione del bando relativo alle concessioni di lavori pubblici". A seguito degli interventi del Decreto Fare risulta essere una norma principalmente indirizzata ad apprestare tutte le procedure necessarie per garantire l'appetibilità dell'opera sotto il profilo del funding delle risorse necessarie per la sua effettiva realizzazione.

Viene infatti previsto al comma 3 bis dell'art. 144 che "l'amministrazione aggiudicatrice può indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità, e può provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte, che non può essere inferiore a trenta giorni decorrenti dalla relativa comunicazione agli interessati. Non può essere oggetto di consultazione l'importo delle misure di defiscalizzazione di cui all'articolo 18 della legge 12 novembre 2011, n. 183, e all'articolo 33 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito,

con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, nonché l'importo dei contributi pubblici, ove previsti".

Inoltre, accanto a tale norma viene previsto al comma 3-ter che "Il bando può prevedere che l'offerta sia corredata dalla dichiarazione sottoscritta da uno o più istituti finanziari di manifestazione di interesse a finanziare l'operazione, anche in considerazione dei contenuti dello schema di contratto e del piano economico-finanziario".

La ratio di tali due disposizioni deve essere ricondotta nel solco del lodevole tentativo del legislatore di conferire ex ante alla struttura dell'affidamento della concessione di costruzione e gestione dell'infrastruttura il crisma della bancabilità e finanziabilità, anche attraverso il preventivo coinvolgimento degli enti finanziatori nella fasi propedeutiche all'aggiudicazione. Se, d'un canto, assolutamente utile e ben congegnata si manifesta essere la disposizione di cui al novellato comma 3 bis dell'art. 144, d'altro canto, non del tutto perspicua risulta essere, invece, la formulazione della norma di cui al comma 3-ter, poiché non del tutto chiara è la sua finalità. Non è recato nel comma alcun coordinamento sistematico con le norme che disciplinano le procedure di affidamento della concessione, con specifico riferimento al peso e ruolo che la "manifestazione di interesse" a finanziare il progetto (proveniente da parte dell'istituto di credito) possa ovvero debba avere in seno alla valutazione delle offerte presentate dai concorrenti.

Potrebbe risultare evidentemente lesivo della par condicio l'affidamento della concessione in favore di un concorrente piuttosto che di un altro, sulla sola base dell'ottenimento preventivo della "manifestazione di interesse" a finanziare l'opera di un pool di banche, allorquando, tale ottenimento, non sia stato annoverato tra i criteri di aggiudicazione ed attributivo di uno specifico punteggio.

A bene vedere, non risulta affatto obbligatorio per il concessionario finanziarsi tramite istituti di credito, ben potendo lo stesso autofinanziarsi, magari attingendo alla cassa o riserve di bilancio, come peraltro spesso succede in periodi di instabilità finanziaria, come quello odierno, in cui il



costo per il servizio del debito è molto alto. D'altro verso, qualora invece l'ente concedente banditore intendesse porre il preventivo interesse delle banche a finanziare il progetto quale requisito di qualificazione, in tal caso, dal punto di vista pragmatico, stando all'attuale formulazione del comma, non sembra del tutto chiaro in cosa debba sostanzarsi una tale manifestazione di interesse. Deve sottolinearsi infatti che nella prassi risulta assai poco praticabile l'ottenimento di un vero e proprio preventivo commitment delle banche a finanziare la costruzione di un'opera (da cui deriverebbe la necessità di una negoziazione preventiva e sottoscrizione di un term sheet del finanziamento con eventuale immobilizzo delle somme per le banche) in assenza della garanzia dell'aggiudicazione della concessione - garanzia - che non può essere assicurata ex ante, attesa la necessità dell'esperimento della procedura ad evidenza pubblica tra più concorrenti per l'affidamento della concessione. E' auspicabile pertanto che tali osservazioni siano prese in debita attenzione dal legislatore in sede di conversione, al fine di ovviare a possibili impasse sia di carattere pragmatico che sistematico-giuridico.

- Ultimo ed importantissimo comma aggiunto all'art. 144 del Codice è il 3-quater, secondo il quale "L'amministrazione aggiudicatrice prevede nel bando di gara che il contratto di concessione stabilisca la risoluzione del rapporto in caso di mancata sottoscrizione del contratto di finanziamento o della sottoscrizione o collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'articolo 157, entro un congruo termine fissato dal bando medesimo, comunque non superiore a ventiquattro mesi, decorrente dalla data di approvazione del progetto definitivo.
- Resta salva la facoltà del concessionario di reperire la liquidità necessaria alla realizzazione dell'investimento attraverso altre forme di finanziamento previste dalla normativa vigente, purché sottoscritte entro lo stesso termine. Nel caso di risoluzione del rapporto ai sensi del primo periodo, il concessionario non avrà diritto ad alcun rimborso delle spese sostenute, ivi incluse quelle relative alla progettazione definitiva. Il bando di gara può altresì prevedere che

in caso di parziale finanziamento del progetto e comunque per uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale, il contratto di concessione rimane valido limitatamente alla parte che regola la realizzazione e gestione del medesimo stralcio funzionale".

Tale comma prevede quindi che le concessioni affidate successivamente alla data di entrata in vigore del Decreto, siano risolvibili allorquando, trascorsi 24 mesi dalla sottoscrizione del contratto, lo sponsor non sia stato in grado di reperire il finanziamento. La risoluzione non comporta costi per l'amministrazione.

La norma, in sintesi, codifica un nuovo caso di risoluzione della concessione oltre a quelli già previsti ex artt. 136 e 158 dal Codice.

Di estrema utilità è infine l'ultima disposizione (in calce al comma 3-quater) circa la stralciabilità dei lotti economicamente funzionali allorquando, per ragioni esogene al rapporto concessorio, sia possibile finanziare solo in parte la costruzione dell'opera pubblica. E' prassi che gli istituti di credito erogino un finanziamento ponte in favore del concessionario nelle more della negoziazione dell'intero finanziamento long term per la realizzazione dell'intera opera. Il credit crunch che affligge i mercati finanziari, di recente, non ha permesso agli istituti di credito trovare la liquidità necessaria per finanziare l'intero ammontare necessario, esponendo la committenza pubblica al rischio di rimanere "a metà del guado" nella realizzazione dell'infrastruttura ed il concessionario dell'impossibilità concreta di rimborsare il finanziamento bridge medio tempore erogato nelle more della negoziazione del finanziamento senior.

Una norma di siffatta foggia permette di modulare in diminuzione l'oggetto della costruzione nei casi in cui sia possibile suddividere l'opera in lotti economicamente funzionali, quando si rappresenti come difficoltoso il reperimento di tutti i fondi necessari da parte dei privati per la realizzazione dell'intera opera come originariamente affidata ed oggetto originario della concessione, in tal modo consentendo la relazione, seppure parziale,

dell'infrastruttura.

Infine, le lettere c), d) ed e) del comma 1 dell'art. 19 del Decreto Fare sono norme di rinvio che mirano ad estendere l'applicabilità delle anzi citate disposizioni sia all'iter procedure di affidamento delle concessioni in project finance ex 153 del Codice, sia alle infrastrutture strategiche ed insediamenti produttivi di cui agli artt. 161 e ss.

Il comma 2 invece si atteggia a norma di coordinamento temporale, stabilendo espressamente che le disposizioni di cui alle lettere da b) ad e), cioè quelle d'integrazione dell'art. 144 del Codice, si applicano soltanto alle procedure (in project finance di cui agli artt. 153 e 175) bandite successivamente alla entrata in vigore del Decreto.

Tale norma, pertanto, se da un lato, chiaramente specifica l'applicabilità a tutte le concessioni in essere delle modifiche apportate all'art. 143 del Codice in tema di revisione della concessione, dall'altro, scientemente esclude dell'applicabilità della restrizione temporale, tutte le concessioni di lavori pubblici non affidate ai sensi dell'art. 153 ovvero 175 (cioè non in project financing), creando di fatto un doppio binario tra le due tipologie di affidamento. Si auspica al tal riguardo un intervento chiarificatore in sede di conversione in legge del Decreto, al fine di evitare disallineamenti operativi tra istituti pubblicitici similari.

### 3. Le norme in tema di defiscalizzazione

I commi 3 e 4 dell'art. 19 del Decreto Fare sono diretti alla parziale modifica di alcune delle norme che erano state implementate dal precedente governo Monti in tema di defiscalizzazione delle opere infrastrutturali di rilevanza strategica nazionale. Lo scopo di tale novella è quello di garantire la prosecuzione delle attività realizzative di alcune infrastrutture che, per ragioni non strettamente imputabili al

concessionario, versano in situazione di disequilibrio economico-finanziario, esponendo di fatto la committenza pubblica al rischio di non vedere l'opera integralmente realizzata.

A tal fine, attraverso le citate parziali modifiche all'art. 33 del D.L. 179/2012 conv. in legge n. 221/2012, si è in primo luogo estesa l'applicabilità degli sgravi fiscali alle opere infrastrutturali di un importo superiore a 200 milioni di euro, rispetto alla soglia di 500 milioni indicata nella precedente formulazione normativa; in secondo luogo, si è del tutto eliminato il tetto precedentemente previsto (50% valore dell'opera) per l'ammontare degli sgravi fiscali riconoscibili; infine si è prevista l'estinzione del canone di concessorio, qualora previsto.

Tali sgravi (non rientranti, come da stessa definizione normativa, nell'alveo degli aiuti di stato), sono attivabili a valle di una procedura amministrativa coordinata dal CIPE che attesti l'effettiva difficoltà del progetto e sino al raggiungimento e ripristino delle condizioni di equilibrio economico finanziario come suggerite dal PEF allegato alla concessione.

### 4. Le novità in tema di DURC

Tra le novità apportate dal decreto in tema di semplificazione dei rapporti tra imprese e P.A. vi sono quelle relative alla disciplina del Durc.

L'art. 31 del Decreto, in particolare, modifica la disciplina fino ad oggi prevista in tema di richiesta, rilascio e validità del Durc, con effetti sulla fase degli accertamenti relativi alle cause di esclusione della partecipazione, alla stipula del contratto nonché sui pagamenti.

Nel sistema previgente (art. 38, comma 3, del Codice, vecchia formulazione) il Durc era posto a corredo della documentazione che il concorrente doveva aver cura di presentare onde dimostrare il possesso del requisito di cui alla lett. i) dell'art. 38 ("che hanno commesso violazioni gravi,

2) L'art. 6, comma 3, del D.P.R. 207 del 2010 prevede che il DURC venga acquisito "anche" attraverso strumenti informatici, ma non esclusivamente tramite essi.



definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti") (2). Le nuove norme mutano sensibilmente tale iter in quanto pongono a carico delle stazioni appaltanti e degli enti aggiudicatori **l'obbligo di acquisire d'ufficio il Durc** (3).

Le novità si estendono anche alla fase dell'incasso, prevedendo il Decreto che l'appaltatore (così il subappaltatore) – sia in relazione agli stati di avanzamento dei lavori, sia in relazione al saldo finale (4) – **non è più tenuto a trasmettere all'ente committente il documento di regolarità contributiva** per ottenere il pagamento delle relative prestazioni (5). Inoltre, il reperimento d'ufficio della certificazione servirà anche per i vari pagamenti e, per esempio, per i certificati di collaudo, di regolare esecuzione o di verifica di conformità.

Non solo. L'art. 31 del Decreto impone l'acquisizione d'ufficio del Durc anche per l'aggiudicazione del contratto ai sensi dell'art. 11, comma 8, del Codice e per la stipula dello stesso.

E' opportuno sottolineare che tali disposizioni si innestano nel solco del processo di semplificazione burocratica, in forza del quale si intende sgravare il privato da oneri di produzione istruttoria di documenti che siano già in possesso di altra amministrazione come in via generale previsto dall'art. 18 c. 2 L. 241/90, e di recente stabilito per il caso specifico dell'onere di acquisizione d'ufficio della documentazione antimafia per le stazioni appaltanti presso le prefetture territorialmente competenti.

Il Decreto in esame disciplina, inoltre, il caso in cui, in seguito all'acquisizione del DURC, emergano situazioni di irregolarità contributiva relativa a uno o più soggetti impiegati nell'esecuzione del contratto. In tale ipotesi, **la stazione appaltante (6) deve comunque procedere al pagamento** delle prestazioni rese nell'ambito dell'appalto o del subappalto, trattenendo, tuttavia, l'importo corrispondente all'inadempienza contributiva. La stessa norma obbliga la stazione appaltante a versare le somme trattenute in favore degli enti previdenziali e assicurativi, ivi inclusa, nel caso di lavori,

3) Il nuovo comma 3 dell'art. 38 del Codice è così modificato:

"3. Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, si applica l'articolo 43 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445; ~~resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, del decreto legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all'articolo 3, comma 8, del decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e successive modificazioni e integrazioni~~ **resta fermo per le stazioni appaltanti e per gli enti aggiudicatori l'obbligo di acquisire d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva.** In sede di verifica delle dichiarazioni di cui ai commi 1 e 2 le stazioni appaltanti chiedono al competente ufficio del casellario giudiziale, relativamente ai candidati o ai concorrenti, i certificati del casellario giudiziale di cui all'articolo 21 del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, oppure le visure di cui all'articolo 33, comma 1, del medesimo decreto n. 313 del 2002."

4) Testualmente: "Nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, i soggetti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b), del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, acquisiscono d'ufficio, attraverso strumenti informatici, il documento unico di regolarità contributiva (DURC) in corso di validità: (...) d) per il pagamento degli stati avanzamento lavori o delle prestazioni relative a servizi e forniture; e) per il certificato di collaudo, il certificato di regolare esecuzione, il certificato di verifica di conformità, l'attestazione di regolare esecuzione, e il pagamento del saldo finale."

5) L'art. 118, comma 6, del Codice, come modificato dal nuovo Decreto, così dispone: "L'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni; è, altresì, responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto. L'affidatario e, per suo tramite, i subappaltatori, trasmettono alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, assicurativi e antinfortunistici, nonché copia del piano di cui al comma 7. Ai fini del pagamento degli stati di avanzamento dei lavori o dello stato finale dei lavori, l'affidatario e, suo tramite, i subappaltatori trasmettono all'amministrazione o ente committente **il documento unico di regolarità contributiva. Ai fini del pagamento delle prestazioni rese nell'ambito dell'appalto o del subappalto, la stazione appaltante acquisisce d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità relativo all'affidatario e a tutti i subappaltatori.**"

6) Il riferimento testualmente è ai soggetti definiti, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. b, del Reg. attuativo del Codice, come "b) amministrazioni aggiudicatrici, organismi di diritto pubblico, enti aggiudicatori, altri soggetti aggiudicatori, soggetti aggiudicatori e stazioni appaltanti: i soggetti indicati rispettivamente dall'articolo 3, commi 25, 26, 29, 31, 32 e 33, del codice;"

la Cassa edile (7). La norma obbliga inoltre tali enti ad acquisire in via telematica il Durc, onde verificare la veridicità della dichiarazione, rilasciata dal concorrente, circa l'assenza di violazioni gravi, definitivamente accertate, di norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali.

**La validità del Durc è estesa da 90 a 180 giorni.** Una volta acquisito il Durc in via telematica e verificata la regolarità contributiva, il certificato deve essere ritenuto valido per tutte le fasi del procedimento in cui è richiesto il soddisfacimento di tale requisito. In particolare, si stabilisce che le stazioni appaltanti utilizzino il Durc in corso di validità - acquisito per la verifica della sussistenza del requisito consistente nel non aver commesso violazioni gravi in materia di contributi previdenziali e assistenziali - anche per le successive due fasi dell'aggiudicazione e della stipula del contratto (8). Dopo la stipula del contratto, il certificato va acquisito dalle stesse amministrazioni **ogni 180 giorni** e va dalle stesse utilizzato sia per la fase relativa al pagamento degli stati avanzamento lavori o delle prestazioni relative a servizi e forniture, sia per il rilascio del certificato di collaudo, del certificato di regolare esecuzione, del certificato di verifica di conformità, sia per l'attestazione di regolare esecuzione. La sola eccezione riguarda il pagamento del saldo finale per il quale

e' in ogni caso necessaria l'acquisizione di un nuovo Durc (9).

L'acquisizione d'ufficio del Durc è prevista anche con riguardo ai **subappaltatori** ai fini del rilascio dell'autorizzazione al subappalto di cui all'art. 118, comma 8, del Codice, nonché per il pagamento degli stati avanzamento lavori o delle prestazioni relative a servizi e forniture; e per il certificato di collaudo, il certificato di regolare esecuzione, il certificato di verifica di conformità, l'attestazione di regolare esecuzione, e il pagamento del saldo finale (art. 31, comma 6, del Decreto). Le nuove norme disciplinano, inoltre, il caso in cui non sussistano i requisiti per il rilascio del Durc (Durc negativo). In tale ipotesi, è fatto obbligo agli Enti preposti, prima del rilascio del Durc o dell'annullamento del documento già rilasciato, di invitare l'interessato, mediante pec o per il tramite del consulente del lavoro nonché degli altri soggetti di cui all'art. 1 L. 11.1.1979, n. 12, **a regolarizzare la propria posizione** entro un termine non superiore a 15 giorni, indicando analiticamente le cause dell'irregolarità (art. 31, comma 8). Si prescrive inoltre in via generale che nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai fini della verifica amministrativo-contabile, i titoli di pagamento devono obbligatoriamente essere corredati dal Durc, anche in formato elettronico (art. 31, comma 7).

7) Ai sensi del comma 3 dell'art. 31 del Decreto:

"Nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nelle ipotesi previste dai commi 4 e 5 del presente articolo, in caso di ottenimento da parte dei soggetti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b), del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, del documento unico di regolarità contributiva (DURC) che segnali un'inadempienza contributiva relativa a uno o più soggetti impiegati nell'esecuzione del contratto, i medesimi soggetti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b), del decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010 trattengono dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza. Il pagamento di quanto dovuto per le inadempienze accertate mediante il DURC e' disposto dai soggetti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b), del decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010 direttamente agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile."

8) Nella Relazione illustrativa al Decreto si legge: "si limita la richiesta del predetto documento solo ai momenti fondamentali della fase di affidamento e di gestione del contratto (selezione del contraente e pagamento delle prestazioni), riducendo da cinque a due le fasi procedurali in cui è richiesto".

9) Ai sensi dell'art. 31, comma 5, infatti:

"Il documento unico di regolarità contributiva (DURC) rilasciato per i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha validità di centottanta giorni dalla data di emissione. I soggetti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b), del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, utilizzano il DURC in corso di validità, acquisito per l'ipotesi di cui al comma 4, lettera a), del presente articolo, anche per le ipotesi di cui alle lettere b) e c) del medesimo comma. Dopo la stipula del contratto, i soggetti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b), del decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010 acquisiscono il DURC ogni centottanta giorni e lo utilizzano per le finalità di cui al comma 4, lettere d) ed e), del presente articolo, fatta eccezione per il pagamento del saldo finale per il quale e' in ogni caso necessaria l'acquisizione di un nuovo DURC."

## 5. Proroghe in materia di appalti pubblici

Il "Decreto Fare", all'art. 26 (10), modifica la disciplina transitoria prevista dall'art. 253 del Codice, allungando, al 31.12.2015 (il precedente termine era fissato al 31.12.2013), i termini entro cui le stazioni appaltanti:

- possono ricorrere all'esclusione automatica per gli appalti di rilevanza nazionale (11);
- possono applicare le disposizioni di cui agli artt. 122, comma 9, e 124, comma 8 (13), per i contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie;
- in relazione all'art. 40, comma 3, lett. b ("requisiti di ordine generale nonché tecnico-organizzativi ed economico-finanziari conformi alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione"), per la dimostrazione del requisito della cifra di affari realizzata con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, del requisito dell'adeguata dotazione di attrezzature tecniche e del requisito dell'adeguato organico medio annuo, devono considerare come periodo di attività documentabile quello relativo ai migliori

cinque anni del decennio antecedente la data di sottoscrizione del contratto con la SOA per il conseguimento della qualificazione. Per la dimostrazione del requisito dei lavori realizzati in ciascuna categoria e del requisito dell'esecuzione di un singolo lavoro ovvero di due o tre lavori in ogni singola categoria, sono da considerare i lavori realizzati nel decennio antecedente la data di sottoscrizione del contratto con la SOA per il conseguimento della qualificazione. Tale disposizione si applica anche alle imprese di cui all'art. 40, comma 8, (per lavori pubblici di importo fino a 150.000 euro), per la dimostrazione dei requisiti di ordine tecnico-organizzativo, nonché agli operatori economici di cui all'art. 47 (stabiliti in Stati diversi dall'Italia), con le modalità ivi previste;

- relativamente ai servizi di architettura e di ingegneria, inoltre, per la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria, devono considerare come periodo di attività documentabile quello relativo ai migliori 3 anni del quinquennio precedente o ai migliori 5 anni del decennio precedente la data di pubblicazione del bando di gara.

10) L'articolo citato così recita:

"All'articolo 1 della legge 24 dicembre 2012, n. 228, il comma 418 è sostituito dal seguente: 418. In sede di prima applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 1, comma 32, della legge 6 novembre 2012, n. 190, i dati ivi previsti relativi all'anno 2012 sono pubblicati unitamente ai dati relativi all'anno 2013."

2. All'articolo 253 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 9-bis, primo e secondo periodo, le parole: "31 dicembre 2013" sono sostituite dalle seguenti: "31 dicembre 2015";

b) al comma 15-bis le parole: "31 dicembre 2013" sono sostituite dalle seguenti: "31 dicembre 2015";

c) al comma 20-bis le parole: "31 dicembre 2013" sono sostituite dalle seguenti: "31 dicembre 2015".

11) La possibilità di ricorrere alla esclusione automatica delle offerte anomale per appalti sottosoglia comunitaria è stata prevista in via transitoria dal D.L. n. 70/2011. Tale possibilità era stata limitata infatti dal cd. terzo decreto correttivo (D.Lgs. n. 152/ 2008) agli appalti di importo pari o inferiore a un milione di euro (art. 122, comma 9). L'introduzione generalizzata della valutazione dell'anomalia anche per appalti di importo contenuto, tuttavia, è risultata di difficile applicazione concreta, considerato che le amministrazioni, soprattutto se di piccole dimensioni, possono non essere sufficientemente strutturate per l'espletamento di tale valutazione. Come si legge nella Relazione illustrativa al Decreto in commento, pertanto, "La fase di crisi economica che da anni sta attraversando il Paese rende indispensabile il permanere di misure di semplificazione e accelerazione delle procedure di affidamento dei lavori pubblici, al fine di consentire una rapida cantierizzazione degli interventi nonché di conseguire, quanto più celermente possibile, gli effetti anticiclici a essi connessi. In tale ottica, si ritiene quindi opportuno confermare, per gli appalti di rilevanza nazionale, il procedimento di esclusione automatica delle offerte anomale, che consente un indubbio risparmio di tempo rispetto al procedimento ordinario di valutazione della congruità dell'offerta."

12) Ai sensi dell'art. 122, comma 9, "Per lavori d'importo inferiore o pari a 1 milione di euro quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86; in tal caso non si applica l'articolo 87, comma 1. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci; in tal caso si applica l'articolo 86, comma 3."

13) Ai sensi del comma 8 "Per servizi e forniture d'importo inferiore o pari a 100.000 euro, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86; in tal caso non si applica l'articolo 87, comma 1. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci; in tal caso si applica l'articolo 86, comma 3."



Una ulteriore misura riguarda il termine entro cui le P.A. devono provvedere agli adempimenti in tema di trasparenza e pubblicità di cui alla L. L. n. 190/2012 (14) rispetto al quale si prevede che per i dati relativi all'anno 2012 i predetti adempimenti possano essere assolti congiuntamente a quelli relativi all'anno successivo. Tale proroga tiene evidentemente conto delle difficoltà che le amministrazioni hanno incontrato nel reperire e pubblicare le informazioni richieste, anche in considerazione del fatto che le relative indicazioni sono state fornite dall'AVCP a ridosso della scadenza prevista per gli adempimenti (30.6.2013) (15).

sicurezza", viene integrato per effetto delle nuove norme, con l'introduzione di un nuovo comma, il comma 2-bis, che rimette ad un decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il compito di individuare dei **modelli semplificati per la redazione del piano di sicurezza sostitutivo del piano di sicurezza** e coordinamento di cui al comma 2, lettera b) del citato art. 131, fermi restando i relativi obblighi (l'appaltatore o il concessionario, entro 30 giorni dall'aggiudicazione, e comunque prima della consegna dei lavori, deve redigere e consegnare i piani alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori) (16).

## 6. Altre novità

L'art. 131 del Codice, in tema di "Piani di

(14) L'art. 1, comma 32, L. n. 190/2012, "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", ha previsto alcuni adempimenti volti ad assicurare livelli essenziali di trasparenza negli appalti (tra cui l'obbligo per tutte le amministrazioni di pubblicare sul sito istituzionale, entro il 31 gennaio di ogni anno, le informazioni di sintesi riguardanti i procedimenti di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, relative all'anno precedente). Tali informazioni devono altresì essere trasmesse all'AVCP, che ha anche il compito di definirne i contenuti e le modalità tecniche di trasmissione e di segnalare alla Corte dei conti, entro il 30 aprile di ogni anno, l'elenco delle amministrazioni inadempienti.

(15) L'art. 1, comma 418, L. n. 228/2012 ha prorogato il citato termine dal 30 aprile al 30 giugno 2013. Tuttavia, l'AVCP, solamente in data 26.5.2013 (deliberazione n. 26), ha pubblicato le indicazioni tecniche per l'assolvimento dei detti adempimenti, prevedendo peraltro il termine perentorio del 15.6.2013 per la pubblicazione delle informazioni da parte delle amministrazioni.

(16) Ai sensi del nuovo comma "2-bis. Con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita la Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro e la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sono individuati modelli semplificati per la redazione del piano di sicurezza sostitutivo del piano di sicurezza e coordinamento di cui al comma 2, lettera b), fermi restando i relativi obblighi."

## "Decreto Del Fare": la parziale abrogazione della responsabilità solidale negli appalti

di Massimiliano Lombardo

### 1. Premessa

Sul supplemento ordinario n. 50/L alla Gazzetta ufficiale n. 144 del 21 giugno scorso è stato pubblicato il Decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 recante "Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia", definito "**Decreto Del Fare**".

Il decreto, entrato in vigore il 23 giugno 2013, è composto da 86 articoli suddivisi nei seguenti titoli:

- Titolo I - Misure per la crescita economica (artt. 1 - 27);
- Titolo II - Semplificazioni (artt. 28 - 61);
- Titolo III - Misure per l'efficienza del sistema giudiziario e la definizione del contenzioso civile (artt. 62 - 86).

Il Decreto Del Fare - come evidenziato durante la Conferenza Stampa di presentazione dello stesso decreto approvato al termine Consiglio dei Ministri del 15 giugno 2013 - ha come fondamento le Raccomandazioni sul programma nazionale di riforma 2013 dell'Italia che la

Commissione Europea, nell'ambito della procedura di coordinamento delle riforme economiche per la competitività (cd. "semestre europeo"), ha rivolto all'Italia il 29 maggio 2013.

Fra le novità introdotte dal Decreto Del

Fare, nell'ambito delle dieci aree di intervento (1), con specifico riferimento a la semplificazione fiscale, di rilievo è l'abolizione della responsabilità fiscale solidale negli appalti relativamente ai

versamenti IVA: tuttavia - come si dirà più appresso - la responsabilità solidale fiscale negli appalti privati permane, invece, nei confronti degli obblighi previdenziali ed assicurativi in capo ad appaltatore e subappaltatore da versare con riferimento alle prestazioni realizzate.

### 2. Inquadramento generale

In termini generali, si ha **responsabilità solidale** quando più soggetti sono obbligati nei confronti di una stessa prestazione in posizione di parità: in questo caso colui che adempie l'obbligazione acquisisce un diritto di regresso nei confronti degli altri coobbligati cosicché

1) Il Decreto Fare opera nelle seguenti aree di intervento: Infrastrutture; Edilizia; Impresa; Agenda digitale; Donazione degli organi; Semplificazione fiscale; Ambiente; Istruzione, Università e Ricerca; Semplificazione per la cittadinanza; Giustizia civile.



il creditore potrà rivolgersi ad uno dei debitori, il cui adempimento libererà gli altri debitori.

In particolare, come dispone l'art. 1292 c.c., ciascun debitore può essere costretto all'adempimento per la totalità della prestazione e, in questo caso, l'adempimento da parte di un coobbligato libera tutti gli altri: il debitore che ha pagato l'intero debito potrà, sperando la cd. azione di regresso, rivalersi verso gli altri debitori al fine di ottenere la ripetizione di quanto pagato.

Con specifico riferimento al tema degli appalti privati, l'istituto della responsabilità solidale si ricava dall'art. 1676 c.c. ai sensi del quale "Coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto loro

dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda".

Più in particolare, in origine la responsabilità solidale era stata prevista negli appalti privati per i **crediti di natura contributiva e retributiva** dall'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003 e s.m.i. (cd. "legge Biagi") (2) e negli appalti pubblici dall'art. 35, comma 28, del D.L. n. 223/2006 e s.m.i. (3), oltre che dall'art. 118 del D.Lgs. 163/2006 (cd. Codice dei Contratti Pubblici) (4), con lo scopo di **rafforzare la tutela patrimoniale dei lavoratori**.

Di recente l'art. 13-ter del D.L. n. 83/2012 (cd. Decreto Sviluppo) – convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 134/2012 – aveva sostituito integralmente il comma 28 (5) dell'art. 35 del D.L. n. 223/2006 (oggi emendato dal Decreto Del Fare), ed

2) Art. 29, comma 2 del D.Lgs. n. 276/2003: "2. Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore che possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti, in caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento. Il committente imprenditore o datore di lavoro è convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori. Il committente imprenditore o datore di lavoro può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori. In tal caso il giudice accerta la responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori. Il committente che ha eseguito il pagamento può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali" (comma così modificato dall'art. 3, comma 31, legge n. 92 del 2012).

3) Art. 35, comma 28, del D.L. n. 223/2006, convertito con modificazioni in legge 4 agosto 2006, n. 248 (testo originario): "L'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore della effettuazione e del versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e del versamento dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei dipendenti a cui è tenuto il subappaltatore".

4) Art. 118, comma 6 del D.Lgs. n. 163/2006 "6. L'affidatario e' tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni; e', altresì, responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto. L'affidatario e, per suo tramite, i subappaltatori, trasmettono alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, assicurativi e antinfortunistici, nonché copia del piano di cui al comma 7. Ai fini del pagamento degli stati di avanzamento dei lavori o dello stato finale dei lavori, l'affidatario e, suo tramite, i subappaltatori trasmettono all'amministrazione o ente committente il documento unico di regolarità contributiva".

5) Comma 28 come modificato dal Decreto Sviluppo: "In caso di appalto di opere o di servizi, l'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore, nei limiti dell'ammontare del corrispettivo dovuto, del versamento all'erario delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e del versamento dell'imposta sul valore aggiunto dovuta dal subappaltatore all'erario in relazione alle prestazioni effettuate nell'ambito del rapporto di subappalto. La responsabilità solidale viene meno se l'appaltatore verifica, acquisendo la documentazione prima del versamento del corrispettivo, che gli adempimenti di cui al periodo precedente, scaduti alla data del versamento, sono stati correttamente eseguiti dal subappaltatore. L'attestazione dell'avvenuto adempimento degli obblighi di cui al primo periodo può essere rilasciata anche attraverso un'asseverazione dei soggetti di cui all'articolo 35, comma 1, del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, e all'articolo 3, comma 3, lettera a), del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 luglio 1998, n. 322.

L'appaltatore può sospendere il pagamento del corrispettivo fino all'esibizione della predetta documentazione da parte del subappaltatore. Gli atti che devono essere notificati entro un termine di decadenza al subappaltatore sono notificati entro lo stesso termine anche al responsabile in solido".

aggiungendo allo stesso i commi 28-bis (6) e 28-ter (7), modificando sensibilmente la disciplina in materia di responsabilità fiscale nell'ambito dei contratti d'appalto e subappalto di opere e servizi definendo, dunque, un nuovo profilo oggettivo e soggettivo di applicazione della disciplina stessa.

Il suddetto **comma 28**, applicabile per i contratti di appalto e subappalto stipulati a decorrere dal 12 agosto 2012, fino ad oggi, aveva previsto in sostanza la **responsabilità dell'appaltatore e del committente per il versamento all'Erario delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e dell'imposta sul valore aggiunto dovuta dal subappaltatore e dall'appaltatore in relazione alle prestazioni effettuate nell'ambito del contratto, nei limiti dell'ammontare del corrispettivo dovuto.**

È ancora in vigore (in quanto non oggetto di modifica ai sensi del Decreto Del Fare) quella parte del comma 28 che **esclude tale responsabilità se l'appaltatore/committente acquisisce la documentazione attestante che i versamenti fiscali, scaduti alla data del pagamento del corrispettivo, sono stati correttamente eseguiti dal subappaltatore/appaltatore, documentazione che, secondo quanto previsto dallo stesso comma 28, può consistere anche nella asseverazione rilasciata dal CAF o da professionisti abilitati.** Non interessati dalla recente modifica sono inoltre i commi 28-bis e 28-ter dello stesso art. 35 del D.L. n. 223/2006 s.m.i.. In particolare, il comma 28-bis stabilisce una **sanzione amministrativa**

**pecuniaria** - da 5.000 euro a 200.000 euro - per il committente che provveda al pagamento del corrispettivo senza avere accertato l'esibizione della suddetta documentazione attestante che i versamenti fiscali siano stati correttamente eseguiti.

Particolari dubbi interpretativi aveva sollevato il comma 28-ter relativo all'individuazione del **perimetro di applicazione** delle norme di cui ai commi 28 e 28-bis, tanto da richiedere un primo intervento chiarificatore da parte dell'Agenzia delle Entrate con la circolare n. 40/E dell'8 ottobre 2012, e un successivo intervento con ulteriori chiarimenti con la circolare n. 2/E dell'1 marzo 2013 ("Articolo 13-ter del DL n. 83 del 2012 - Disposizioni in materia di responsabilità solidale dell'appaltatore - Circolare n. 40/E dell'8 ottobre 2012 - Problematiche interpretative") (8). Nonostante i chiarimenti forniti dall'Amministrazione Finanziaria, la normativa sulla responsabilità solidale fiscale negli appalti ha determinato diverse criticità applicative fino al punto da far presentare da alcune associazioni di categoria denuncia formale alla Commissione Europea per la **controversa ammissibilità della normativa comunitaria in materia di IVA.**

In particolare, **Confindustria e l'Associazione Italiana dei Dottori Commercialisti** hanno presentato **denuncia alla Commissione Europea** per incompatibilità con la Direttiva 2006/112/CE della normativa italiana di cui all'art. 13-ter D.L. 83/2012 che ha introdotto l'istituto della responsabilità

6) Comma 28-bis: «Il committente provvede al pagamento del corrispettivo dovuto all'appaltatore previa esibizione da parte di quest'ultimo della documentazione attestante che gli adempimenti di cui al comma 28, scaduti alla data del pagamento del corrispettivo, sono stati correttamente eseguiti dall'appaltatore e dagli eventuali subappaltatori. Il committente può sospendere il pagamento del corrispettivo fino all'esibizione della predetta documentazione da parte dell'appaltatore. L'inosservanza delle modalità di pagamento previste a carico del committente è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5.000 a euro 200.000 se gli adempimenti di cui al comma 28 non sono stati correttamente eseguiti dall'appaltatore e dal subappaltatore. Ai fini della predetta sanzione si applicano le disposizioni previste per la violazione commessa dall'appaltatore ».

7) Comma 28-ter: «Le disposizioni di cui ai commi 28 e 28-bis si applicano in relazione ai contratti di appalto e subappalto di opere, forniture e servizi conclusi da soggetti che stipulano i predetti contratti nell'ambito di attività rilevanti ai fini dell'imposta sul valore aggiunto e, in ogni caso, dai soggetti di cui agli articoli 73 e 74 del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni. Sono escluse dall'applicazione delle predette disposizioni le stazioni appaltanti di cui all'articolo 3, comma 33, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 ».

8) Si veda in MediAppalti, Anno III, Numero 2 "La responsabilità solidale negli appalti: recenti chiarimenti dell'Agenzia delle Entrate" di Massimiliano Lombardo.

solidale tra appaltatore-committente e subappaltatore, con particolare riguardo all'ipotesi di mancato versamento dell'IVA che, com'è noto, è imposta armonizzata a livello europeo per effetto della Direttiva 2006/112/CE (9).

Il Governo, essendo oggi intervenuto sul tema con il Decreto Del Fare, determinerà un arresto dell'iter per la valutazione delle suddette denunce (che prevede un mese per la registrazione della pratica e fino a 12 mesi per l'emissione di un parere a seguito del quale la Commissione può archiviare o accogliere il reclamo aprendo una procedura di infrazione) ma soprattutto eviterà una censura da parte dell'Unione Europea: è, infatti, principio ormai consolidato della Corte di Giustizia quello secondo cui devono essere le autorità pubbliche ad "effettuare i controlli necessari presso i soggetti passivi al fine di rilevare irregolarità ed evasioni in materia di Iva" (cfr. Sentenza della Corte di Giustizia, Terza Sezione del 21 giugno 2012, Cause riunite C-80/11 e C-142/11).

### 3. La norma del Decreto Del Fare

Nell'ambito del Capo II (rubricato "Semplificazione in materia fiscale") del Titolo II del Decreto Del Fare, l'art. 50 (rubricato "Modifiche alla disciplina della responsabilità fiscale negli appalti") prevede **l'abolizione della responsabilità fiscale solidale tra appaltatore e subappaltatore relativamente ai versamenti IVA.**

Il suddetto art. 50 - diversamente da quanto previsto all'art. 26 della bozza di decreto presentato nella Conferenza Stampa al termine delle Consiglio dei Ministri del 15 giugno u.s. che aveva previsto l'abrogazione totale del principio della responsabilità solidale negli appalti in campo fiscale (10)- dispone testualmente che "Al comma 28, dell'articolo 35, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, le parole: "e del versamento dell'imposta sul valore aggiunto dovuta" sono sostituite dalla seguente "dovute".

Il comma 28 dell'art. 35 del D.L. n. 223/2006, dunque, dal 23 giugno 2013 dispone che "In caso di appalto di opere o di servizi, l'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore, nei limiti

Il comma 28 dell'art. 35 del D.L. n. 223/2006 s.m.i. prevedeva la responsabilità dell'appaltatore e del committente per il versamento all'Erario delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e dell'imposta sul valore aggiunto dovuta dal subappaltatore e dall'appaltatore in relazione alle prestazioni effettuate nell'ambito del contratto, nei limiti dell'ammontare del corrispettivo dovuto

dell'ammontare del corrispettivo dovuto, del versamento all'erario delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente ~~te del versamento dell'imposta sul valore aggiunto dovuta dal subappaltatore all'erario in relazione alle prestazioni effettuate nell'ambito del rapporto di~~

subappalto. La responsabilità solidale viene meno se l'appaltatore verifica, acquisendo la documentazione prima del versamento del corrispettivo, che gli adempimenti di cui al periodo precedente, scaduti alla data del versamento, sono stati correttamente eseguiti dal subappaltatore. L'attestazione dell'avvenuto adempimento degli obblighi

9) Confindustria nel reclamo in questione sostiene che la norma di cui all'art. 13, comma 28 del D.L. n. 223/2006 introduce una forma di responsabilità solidale oggettiva discriminatoria e sproporzionata, tenuto conto che espone l'appaltatore che abbia ommesso di supplire agli inadempimenti del subappaltatore ad una sanzione di importo notevole (fino a 200 mila euro). L'Associazione Italiana dei Dottori Commercialisti lamenta, inoltre, la carenza di proporzionalità, di certezza del diritto e il mancato rispetto del principio del legittimo affidamento della normativa in questione, nella misura in cui la responsabilità dell'appaltatore scatta anche a prescindere dalla sua effettiva conoscenza dell'irregolarità fiscale del subappaltatore, lo impegna pertanto a verifiche molto complesse nonostante questi abbia già acquisito un'attestazione di regolarità contributiva dello stesso nel corso della procedura di subappalto (DURC).

10) Bozza Decreto Del Fare, art. 26 "All'articolo 35 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, i commi da 28 a 28-ter sono soppressi".



di cui al primo periodo può essere rilasciata anche attraverso un'asseverazione dei soggetti di cui all'articolo 35, comma 1, del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, e all'articolo 3, comma 3, lettera a), del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 luglio 1998, n. 322.

*L'appaltatore può sospendere il pagamento del corrispettivo fino all'esibizione della predetta documentazione da parte del subappaltatore. Gli atti che devono essere notificati entro un termine di decadenza al subappaltatore sono notificati entro lo stesso termine anche al responsabile in solido".*

Il timore di una censura comunitaria ha indotto il legislatore ad optare per una modifica della disciplina limitata all'Iva, lasciando inalterato il meccanismo previsto dai commi 28 e seguenti dell'art. 35 del D.L. n. 223/2006 s.m.i. con riferimento ai versamenti delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente, oltre, naturalmente, a mantenere l'autonoma disciplina riguardante contributi e trattamenti retributivi, di cui all'art. 29 del D.Lgs. n. 276/2003.

L'art. 50 del Decreto Del Fare, nella versione definitiva, eliminando la solidarietà fiscale tra appaltatore e subappaltatore per i versamenti IVA, elimina anche la possibilità che venga applicata la relativa sanzione per il committente in caso di mancati versamenti Iva da parte degli imprenditori che sottoscrivono (in qualità di esecutori) contratti di appalto o di subappalto di opere e servizi non rientranti nella disciplina del Codice dei Contratti Pubblici.

Dunque, resta la responsabilità solidale dell'appaltatore con il subappaltatore, con riferimento al versamento delle ritenute sui redditi di lavoro dipendente (e non più anche dell'Iva dovuta da quest'ultimo) in relazione alle prestazioni effettuate nell'ambito del rapporto di subappalto. Questa responsabilità è limitata all'ammontare del corrispettivo dovuto e può essere evitata ottenendo, prima del

pagamento del corrispettivo, la documentazione attestante che i versamenti scaduti sono stati correttamente eseguiti.

Il Decreto Del Fare, prevedendo il suddetto intervento modificativo all'art. 35 del D.L. n. 223/2006 s.m.i. con cui ha abrogato solo i riflessi della normativa della responsabilità solidale con esclusivo riferimento al versamento dell'Iva, ha, in definitiva, il merito di aver cancellato un adempimento che aveva creato per le imprese degli oneri del tutto sproporzionati; adempimento che peraltro, nella sua concreta attuazione, era del tutto inefficace rispetto agli scopi per cui era stato previsto, concretizzandosi in un mero formalismo mediante l'acquisizione meccanica di un'autocertificazione da parte del fornitore.

**L'art. 50 del Decreto Del Fare apportando una modifica al comma 28 dell'art. 35 del D.L. n. 223/2006 s.m.i. ha abrogato solo i riflessi della normativa della responsabilità solidale con riferimento al versamento dell'Iva**

#### 4. Conclusioni

La modifica del regime della responsabilità solidale in materia di appalti per il versamento dell'IVA ha certamente il

pregio di aver eliminato una norma che, seppur perseguendo l'intento di ridurre un fenomeno di frode Iva legato all'emissione da parte dei fornitori di fatture soggettivamente inesistenti, risultava inadeguata rispetto agli scopi per cui era stata approvata, in quanto gli imprenditori avviavano a tali adempimenti richiedendo delle mere autocertificazioni ai fornitori.

La disciplina sulla responsabilità solidale rimane, tuttavia, immutata con riferimento ai versamenti delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente in relazione alle prestazioni effettuate nell'ambito del rapporto di subappalto, responsabilità che è limitata al corrispettivo dovuto e alla quale gli appaltatori e i committenti possono sottrarsi, evitando anche l'applicazione della relativa sanzione di cui al comma 28-bis dell'art. 35 del D.L. n. 223/2006 s.m.i., con i seguenti adempimenti:

- acquisizione della documentazione attestante che i versamenti scaduti sono stati correttamente eseguiti, ovvero
- presentazione di un'asseverazione da parte di professionisti abilitati ovvero
- presentazione di un'apposita autocertificazione del fornitore che attesti che il prestatore del servizio abbia regolarmente effettuato le ritenute di lavoro dipendente (come interpretato dall'Agenzia delle Entrate con la circolare n. 40/E dell'8 ottobre 2012).

Rimangono dunque immutate alcune delle criticità già segnalate in merito alla disciplina della

**La disciplina sulla responsabilità solidale rimane immutata relativamente ai versamenti delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente**

responsabilità solidale, ed in particolare gli effettivi negativi riguardo la dilazione dei tempi di pagamento fra imprese dovuta alle tempistiche necessarie per l'ottenimento della documentazione atta ad escludere la suddetta responsabilità solidale.

In alternativa alla integrale abrogazione della normativa (da più parti auspicata), sarebbe sufficiente prevedere, a parere di

chi scrive, la sostituzione degli adempimenti oggi a carico delle imprese con un'attività di controllo preventivo posto in essere dalle autorità pubbliche.



# La disciplina in tema di fatturazione elettronica

di Beatrice Corradi

## 1. Inquadramento normativo

Da alcuni anni l'orientamento relativo alla trasmissione, conservazione e archiviazione delle fatture nei rapporti con le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, e con gli enti pubblici nazionali, è finalizzato, tra l'altro, alla semplificazione del procedimento di fatturazione e di registrazione. Le disposizioni ultime - tra cui il Regolamento in materia di emissione, trasmissione e ricevimento della fattura elettronica di cui al Decreto 3 aprile 2013, n. 55 - sono conseguenti al recepimento della direttiva 2010/45/UE del 13 luglio 2010. Il ricorso alla fatturazione elettronica può aiutare - secondo la direttiva citata - le imprese a ridurre i costi e ad essere più competitive. Le fatture cartacee e quelle elettroniche dovrebbero ricevere, quindi definitivamente, lo stesso trattamento. La direttiva indica:

- che la sicurezza sia assicurata anche ricorrendo a talune tecnologie esistenti, quali la trasmissione elettronica di dati

(EDI) e le firme elettroniche avanzate;

- che tenuto conto degli obiettivi della presente direttiva per la semplificazione, modernizzazione e armonizzazione delle norme sulla fatturazione dell'IVA non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri e possono essere conseguiti meglio a livello di Unione, quest'ultima può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato sull'Unione europea. La direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tali obiettivi in ottemperanza al principio di proporzionalità.

In Italia il contesto normativo è pronto per avviare la diffusione del sistema della fatturazione elettronica e la legge finanziaria per il 2008, in particolare, ha dato, a tale fine, una preliminare svolta con la legge 24 Dicembre 2007, n. 244 "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato" (legge finanziaria 2008) all'art. 1 comma 211 e comma 212 - processo normativo concluso con il decreto legge 11 dicembre 2012 n. 216 "c.d. salva infrazioni", che modificato i commi da 1 a 6 dell'articolo 21 del D.P.R. 633/1972 in materia di fatturazione: Sul tema alcune norme di riferimento sono riportate come segue.

L'articolo 21 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, e successive modifiche e integrazioni, concernente gli obblighi dei contribuenti in relazione alla fatturazione; il decreto legislativo 20 febbraio 2004, n. 52, e

successive modificazioni, concernente l'attuazione della direttiva 2001/115/CE che semplifica ed armonizza le modalità di fatturazione in materia di IVA; la legge 31 dicembre 2009, n. 196, con particolare riferimento all'articolo 1 recante principi fondamentali di coordinamento e di armonizzazione dei sistemi contabili per gli obiettivi di finanza pubblica; I commi da 209 a 214 dell'articolo 1 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e successive modificazioni, volti a semplificare il procedimento di fatturazione nei rapporti con le amministrazioni pubbliche, introducendo l'obbligo di emissione, trasmissione, conservazione e archiviazione delle fatture in forma elettronica, nonché l'elaborazione dei relativi dati ai fini del monitoraggio della finanza pubblica; il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 7 marzo 2008, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana 3 maggio 2008, n. 103, recante la individuazione del gestore del sistema di interscambio della fatturazione elettronica nonché delle relative attribuzioni e competenze.

## **2. La finanziaria per il 2008: la legge 24 Dicembre 2007 n. 244 e gli sviluppi operativi**

L'art. 1 comma 210: *"A decorrere dal termine di tre mesi dalla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 213, le amministrazioni e gli enti di cui al comma 209 - Amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo ed enti pubblici nazionali - non possono accettare le fatture emesse o trasmesse in forma cartacea né possono procedere ad alcun pagamento, nemmeno parziale, sino all'invio in forma elettronica"*.

(Per fattura elettronica si intende una fattura emessa in qualunque formato elettronico il cui utilizzo è subordinato all'accettazione da parte del destinatario).

Art. 1 comma 211 e 212 della Legge Finanziaria per il 2008: *"La trasmissione delle fatture elettroniche avviene attraverso il Sistema di interscambio istituito dal Ministero dell'economia e delle finanze e*

*da questo gestito anche avvalendosi delle proprie strutture societarie"*.

"Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze da emanare entro il 31 marzo 2008 è individuato il gestore del Sistema di interscambio e ne sono definite competenze e attribuzioni, ivi comprese quelle relative:

a) al presidio del processo di ricezione e successivo inoltro delle fatture elettroniche alle amministrazioni destinatarie;  
b) alla gestione dei dati in forma aggregata e dei flussi informativi anche ai fini della loro integrazione nei sistemi di monitoraggio della finanza pubblica"

Il Sistema di interscambio, attraverso il quale deve avvenire la trasmissione delle fatture elettroniche, si inserisce nel quadro di evoluzione normativa in materia di predisposizione e conservazione a fini fiscali dei documenti digitali (come disposto dal decreto 7 marzo 2008 del Ministero dell'Economia e delle Finanze). L'identificazione del gestore nell'ambito dell'amministrazione finanziaria, potrebbe "consentire progressivamente l'integrazione automatica con il processo di validazione della correttezza fiscale e contributiva ai fini della liquidazione delle fatture dei fornitori della pubblica amministrazione prevista dai recenti interventi normativi" - come è possibile leggere nella relazione illustrativa del citato DECRETO 7 marzo 2008.

L'Agenzia delle entrate è stata così individuata quale gestore del sistema di interscambio di cui all'art. 1, commi 211 e 212, legge 24 dicembre 2007, n. 244; per tale ragione l'Agenzia delle entrate ha proceduto a ricorrere alla SOGEI - Società Generale di Informatica S.p.A., quale "apposita struttura dedicata ai servizi strumentali ed alla conduzione tecnica di detto sistema di interscambio". All'Agenzia delle entrate sono attribuiti compiti di coordinamento e di gestione del sistema di interscambio, di vigilanza in ordine al trattamento dei dati e delle informazioni. Alla società affidataria dei servizi inerenti la conduzione del sistema di interscambio, invece, sono assegnati compiti di sviluppo e di gestione dei flussi - connessi alla manutenzione tecnica ed operativa del sistema di interscambio - di supporto e

assistenza alle pubbliche amministrazioni destinatarie delle fatture elettroniche, nonché, di promozione, in favore delle pubbliche amministrazioni, delle azioni necessarie per l'adozione dell'infrastruttura tecnologica utile per la ricezione e la gestione delle fatture elettroniche.

### **3. Il decreto legge n. 216 dell'11 dicembre 2012 di modifica del D.P.R. 633/1972 - Istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto**

L'art. 21 comma 1 del D.P.R. 633/1972 - come modificato dal decreto legge n. 216 dell'11 dicembre 2012 - sancisce l'equiparazione della fattura elettronica rispetto alla cartacea:

*"Per ciascuna operazione imponibile il soggetto che effettua la cessione del bene o la prestazione del servizio emette fattura, anche sotto forma di nota, conto, parcella e simili o, ferma restando la sua responsabilità, assicura che la stessa sia emessa, per suo conto, dal cessionario o dal committente ovvero da un terzo. Per fattura elettronica si intende la fattura che è stata emessa e ricevuta in un qualunque formato elettronico; il ricorso alla fattura elettronica è subordinato all'accettazione da parte del destinatario. La fattura, cartacea o elettronica, si ha per emessa all'atto della sua consegna".* La norma contiene poi disposizioni relative al contenuto obbligatorio delle fatture.

### **4. Il Decreto 3 aprile 2013, n. 55 - Regolamento in materia di emissione, trasmissione e ricevimento della fattura elettronica da applicarsi alle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'articolo 1, commi da 209 a 213, della legge 24 dicembre 2007, n. 244**

Il Ministero dell'Economia e Finanze n. 55/2013 ha adottato, per ultimo, il regolamento che reca disposizioni in materia di emissione, trasmissione e ricevimento della fattura elettronica, attraverso il Sistema di interscambio, ai sensi dell'articolo 1, commi da 209 a 214, della Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria

2008) e successive modificazioni. Ai fini del regolamento la fattura elettronica - i cui allegati costituiscono parte integrante dell'atto:

- a) reca i dati e le informazioni indicati e definiti nel documento che costituisce l'allegato A del regolamento medesimo. La fattura elettronica trasmessa alle Amministrazioni attraverso il citato Sistema di interscambio - di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 7 marzo 2008 - riporta obbligatoriamente le informazioni di cui ai paragrafi 3 e 4 dell'allegato A del regolamento;
- b) le regole tecniche relative alle modalità di emissione della fattura elettronica, nonché alla trasmissione e al ricevimento della stessa attraverso il Sistema di interscambio, sono quelle del documento che costituisce l'allegato B del regolamento;
- c) si considera trasmessa per via elettronica, ai sensi dell'articolo 21, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, e ricevuta dalle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, solo a fronte del rilascio della ricevuta di consegna, di cui al paragrafo 4 del documento che costituisce l'allegato B del regolamento, da parte del Sistema di interscambio;
- d) le amministrazioni identificano i propri uffici deputati in via esclusiva alla ricezione delle fatture elettroniche da parte del Sistema di interscambio e ne curano l'inserimento nell'Indice delle Pubbliche Amministrazioni (IPA), in tempo utile per garantirne l'utilizzo in sede di trasmissione delle fatture elettroniche - le stesse amministrazioni curano, altresì, agli stessi fini, l'aggiornamento periodico dei propri uffici nel predetto Indice, che provvede ad assegnare il codice in modo univoco. La fattura elettronica, fra i dati obbligatori di cui all'articolo 2, comma 2 del regolamento riporta, esclusivamente, i codici IPA degli uffici destinatari di fatture elettroniche consultabili sul sito [www.indicepa.gov.it](http://www.indicepa.gov.it);
- e) le regole di identificazione e gestione degli uffici destinatari di fatture elettroniche in ambito IPA sono riportate nell'allegato D del regolamento.

**5. Termini di adozione secondo il regolamento del Ministero dell'Economia e delle Finanze - Decreto 3 aprile 2013, n. 55, entrato in vigore il 6 Giugno 2013**

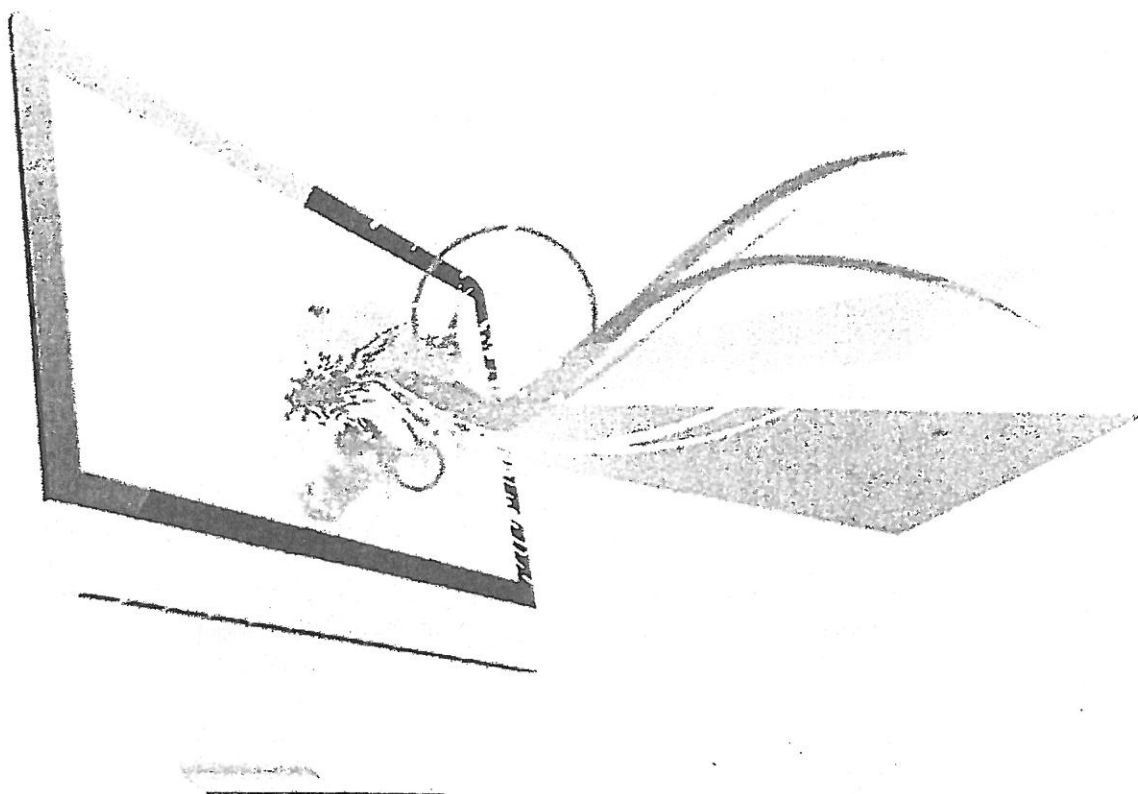
A decorrere dal termine di sei mesi dall'entrata in vigore del decreto in esame il Sistema di Interscambio viene reso disponibile alle amministrazioni di cui all'articolo 1 comma 2 (**Amministrazioni Statali ed Enti nazionali**) che, volontariamente e sulla base di specifici accordi con tutti i propri fornitori, intendono avvalersene per la ricezione delle fatture elettroniche secondo le modalità descritte. In tali casi, la data di effettiva applicazione delle disposizioni del presente regolamento nei riguardi di tali amministrazioni, è quella dalle stesse comunicate al gestore. Fuori dai casi di cui sopra gli obblighi stabiliti decorrono dal termine di dodici mesi dall'entrata in vigore del decreto nei confronti dei **Ministeri, delle Agenzie fiscali e degli Enti nazionali di previdenza e assistenza sociale** individuati come tali nell'elenco delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato individuate ai sensi dell'articolo 1, comma 5, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, pubblicato dall'ISTAT entro il 31 luglio di ogni anno. Decorrono dal termine di ventiquattro mesi,

dall'entrata in vigore del presente decreto, gli obblighi nei confronti delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2 (**Amministrazioni Statali ed Enti nazionali**) non rientranti nei casi di cui ai punti 2 e 4, nonché da quelle di cui all'articolo 1 comma 214 della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Regioni) e successive modificazioni.

Con successivo decreto verranno determinate le modalità di applicazione degli obblighi stabiliti all'articolo 1 della legge 24 dicembre 2007 n. 244, e successive modificazioni, al momento escluse dal decreto, alle fatture emesse da parte di soggetti non residenti in Italia e alle fatture, già trasmesse in modalità telematica, relative al servizio di pagamento delle entrate oggetto del sistema di versamento unificato di cui al decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, nonché al servizio di trasmissione delle dichiarazioni di cui all'articolo 3 del decreto del Presidente della Repubblica 22 luglio 1998, n. 322.

A decorrere dalle date indicate le amministrazioni non possono accettare fatture che non siano trasmesse in forma elettronica per il tramite del Sistema di interscambio e, trascorsi tre mesi da tali date, le stesse non possono procedere ad alcun pagamento, nemmeno parziale, sino all'invio delle fatture in formato elettronico.





## **ALBO FORNITORI - PROFESSIONISTI E GARA TELEMATICA NET**

un software che garantisce la possibilità  
di gestire in maniera intuitiva e pratica  
l'Albo Fornitori e Professionisti  
e le Gare Telematiche.

# White list: iscrizione, diniego e conseguenze pericolose

APPALTI

di **Rinaldo Alvisi**  
e **Alessandro Faggiani**

Con l'introduzione della legge 190 del 2012, titolata *"Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"*, entrata in vigore il 28 novembre del 2012, si sono moltiplicate le pubblicazioni finalizzate ad analizzare il provvedimento.

Sono stati innumerevoli i commenti alla legge e gli approfondimenti che hanno riguardato gli istituti sottesi alla redazione della stessa, i quali, con attenzione, hanno esaminato le varie sfaccettature che la caratterizzano, anche in virtù del fatto che tale legge segna un punto di svolta nei rapporti tra le imprese appaltatrici e la Pubblica Amministrazione ed interessa, comunque, tutti gli operatori del settore. Al fine di non essere ripetitivi e riproporre a chi legge temi di carattere generale e già dibattuti, è bene focalizzare l'attenzione su un unico punto della "190", approfondendo l'istituto trattato nell'art. 1 dal comma 52 al 56: la White List, istituto che modifica radicalmente il sistema relativo all'informazione antimafia. Ancora, al fine di essere più incisivi, dopo aver illustrato la disciplina del nuovo istituto, sarà interessante concentrarsi sul

procedimento di iscrizione nelle liste e, di seguito, su una delle possibili conseguenze derivanti dalla mancata iscrizione. Il provvedimento n. 190 del 2012, nella parte dedicata alla white list, ci dice che per rendere efficaci i controlli antimafia nelle varie attività imprenditoriali elencate al comma 53 dell'articolo 1 della 190, presso ogni prefettura, è istituito l'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa operanti nei medesimi settori. L'iscrizione nell'elenco di cui si è appena detto, da effettuarsi nella prefettura della provincia in cui l'impresa ha sede, soddisfa i requisiti per l'informazione antimafia per l'esercizio della relativa attività.

La prefettura, poi, effettua verifiche periodiche in ordine alla perdurante insussistenza dei rischi legati ai tentativi di infiltrazione mafiosa e, in caso di esito negativo, dispone la cancellazione dell'impresa dall'elenco.

La 190 individua le attività maggiormente esposte al rischio di infiltrazioni mafiose, indicando come tali il trasporto di materiali a discarica per conto di terzi; il trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi; l'estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti, il confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume, i noli a freddo di macchinari; la fornitura di ferro lavorato; i noli a caldo; gli autotrasporti per conto di terzi e la guardiania dei cantieri.

L'elenco delle attività appena elencate può essere aggiornato annualmente, attraverso

un decreto del Ministro dell'interno, adottato di concerto con i Ministri della giustizia, delle infrastrutture e dei trasporti e dell'economia e delle finanze, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti. Il decreto dovrà essere reso entro trenta giorni dalla data di trasmissione del relativo schema alle Camere. Qualora le Commissioni non si pronuncino entro il termine, il decreto può essere comunque adottato.

A carico delle imprese iscritte nella cosiddetta "white list" vi è l'onere di comunicare alla prefettura competente qualsiasi modifica dell'assetto proprietario e dei propri organi sociali entro trenta giorni dalla data della modifica. E ancora, il provvedimento detta testualmente: *"la mancata comunicazione comporta la cancellazione dell'iscrizione"*.

L'ultima parte della legge dedicata alle white list, infine, prevede che *"con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta dei Ministri per la pubblica amministrazione e la semplificazione, dell'interno, della giustizia, delle infrastrutture e dei trasporti e dello sviluppo economico, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definite le modalità per l'istituzione e l'aggiornamento, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, dell'elenco di cui al comma 52, nonché per l'attività di verifica"*. Fatta tale premessa, così da dare a chi legge un'idea più completa dell'argomento trattato, si può sinteticamente affermare che la white list si sostanzia in liste di imprese che attribuiscono ai soggetti in essa iscritti un particolare status: imprese affidabili.

Affidabilità finalizzata a garantire che l'integrità morale dell'eventuale controparte contrattuale del soggetto pubblico assicuri la corretta esecuzione delle opere, dei servizi e delle forniture.

Così come anticipato, esploriamo l'aspetto riguardante la procedura di iscrizione alla quale, ovviamente, si è già accennato nell'analisi della Legge 190/2012. Entriamo nello specifico.

Presso ogni prefettura vi è un solo elenco, suddiviso in sezioni corrispondenti alle diverse attività a rischio, e l'impresa

appaltatrice, la quale intende chiedere l'iscrizione, deve presentare la domanda presso la prefettura della provincia dove l'impresa stessa ha la propria residenza o sede legale.

Nel caso in cui l'impresa fosse costituita all'estero e avesse una sede stabile nel territorio dello Stato, o fosse senza sede stabile, la prefettura competente è quella in cui si chiede l'iscrizione.

La presentazione dell'istanza per l'iscrizione grava sul titolare dell'impresa individuale o sul legale rappresentante, ove questa sia costituita in forma societaria. Benchè non sia richiesto alcun documento ulteriore da allegare all'istanza, appare necessario che la domanda sia accompagnata dal Certificato della Camera di Commercio, al fine di identificare i settori di attività nei quali l'impresa opera. Ciò è necessario al fine di dimostrare la sussistenza dei requisiti per chiedere l'iscrizione nell'elenco.

Come detto, ma lo ribadiamo, presupposto per l'iscrizione è l'esercizio di una o più attività fra quelle definite "a rischio". Espletata la formalità di deposito della richiesta, la prefettura decide sull'ammissione o meno dell'impresa appaltatrice tramite un procedimento che prevede la consultazione della Banca dati nazionale unica. Procedimento che deve concludersi entro il termine di 90 giorni, decorrenti dalla data di ricevimento dell'istanza di iscrizione.

Accertata l'assenza di ragioni ostative, la prefettura procede all'iscrizione. Nel caso in cui dagli accertamenti effettuati dovesse emergere che gli elementi in possesso della banca dati sono stati effettuati in data anteriore a dodici mesi, o, ancora, dovessero emergere situazioni che possano far prefigurare quei tentativi di infiltrazione mafiosa ostativi all'iscrizione, la prefettura effettua le necessarie e ulteriori verifiche.

Le condizioni oggetto di verifica ai fini dell'iscrizione nelle white list coincidono con quelle previste ai fini del rilascio dell'informazione antimafia e sono: l'assenza delle cause di decadenza, sospensione o divieto di cui all'articolo 67 del Codice antimafia, conseguenti all'applicazione di una misura di

prevenzione antimafia; l'assenza di tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa, secondo gli indici rilevatori elencati al comma 4 dell'articolo 84 del Codice antimafia.

Una volta effettuate le suddette verifiche a seguito delle risultanze delle stesse, la prefettura decide se accogliere o respingere l'istanza di iscrizione. Il provvedimento di diniego dell'iscrizione viene comunicato dalla prefettura al soggetto interessato e ai soggetti istituzionali, elencati al comma 7 - bis dell'articolo 91 del Codice antimafia: la Direzione nazionale antimafia, il soggetto che ha richiesto il rilascio dell'informazione antimafia, la camera di commercio del luogo dove ha sede legale l'impresa oggetto di accertamento, il prefetto che ha disposto l'accesso, ove sia diverso da quello che ha adottato l'informativa antimafia interdittiva, l'osservatorio centrale appalti pubblici, presso la direzione investigativa antimafia e l'osservatorio dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture istituito presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, ai fini dell'inserimento nel casellario informatico, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, il Ministero delle infrastrutture e trasporti, il Ministero dello sviluppo economico, gli uffici delle Agenzie delle entrate, competenti per il luogo dove ha sede legale l'impresa nei cui confronti è stato richiesto il rilascio dell'informazione antimafia.

L'eventuale provvedimento che impedisca l'iscrizione potrà essere impugnato innanzi al giudice amministrativo, il quale non potrà sindacare il merito delle valutazioni della prefettura, ma esclusivamente i profili di illegittimità.

Infine, qualora la prefettura si esprima in senso positivo e ordini l'iscrizione dell'impresa provvederà all'inserimento nell'elenco pubblicato sul proprio sito istituzionale, nella sezione "Amministrazione trasparente".

L'istituto in argomento, così come tutta la legge 190/2012, è stato certamente accolto con favore ed entusiasmo dal mondo politico e amministrativo, in quanto evolvendo la normativa in materia di contrasto alla

criminalità, allinea l'Italia agli standard europei e assicura la corretta esecuzione delle opere.

Concentriamo ora la nostra attenzione su un aspetto che, pur non riguardando in maniera diretta i rapporti tra Pubblica Amministrazione e imprese appaltanti, può, senza dubbio, avere effetti su diversi soggetti, causando i danni maggiori proprio a quelli più deboli.

Facciamo uno sforzo di immaginazione e ipotizziamo che, a seguito della verifica da parte della prefettura, una impresa, la quale lavori principalmente, se non esclusivamente, con la Pubblica Amministrazione venga estromessa dalla white list a seguito delle valutazioni sull'effettivo rilievo delle specifiche situazioni concrete ai fini dell'accertamento della sussistenza del tentativo di infiltrazione mafiosa.

L'impossibilità di avere rapporti lavorativi con la Pubblica Amministrazione, come primo risultato, porterebbe alla sospensione dei lavori già iniziati e ad un blocco di ogni altra attività lavorativa.

Prescindendo dalle ripercussioni di natura economica che potrebbe subire l'impresa, chiediamoci quale sorte subirebbero tutti i dipendenti che, inevitabilmente, vedrebbero interrotte le attività dell'impresa da cui dipendono.

Sicuramente, un provvedimento di questo genere, in un momento di preoccupantissima crisi economica, "ammazzerebbe" quelle famiglie che vivono grazie al compenso della ditta estromessa dalla lista.

Si aggiunga che il ritardo per la consegna delle opere non ancora ultimate provocherebbe ingenti sprechi di denaro pubblico.

Al fine di non essere fraintesi, è necessario sottolineare che quanto appena affermato non è una critica all'istituto della white list, il quale è fondamentale per la lotta alla corruzione, ma tende a sottolineare che la discrezionalità utilizzabile nell'individuazione dei tentativi di infiltrazione mafiosa rischia di creare danni, forse irreparabili, ad imprese e a dipendenti che nulla hanno a che fare con l'illegalità.

E' bene ricordare che gli elementi sintomatici della sussistenza dei tentativi



di infiltrazione mafiosa sono delineati al comma 4 dell'articolo 84 del Codice antimafia, il quale permette l'individuazione degli stessi sulla base di valutazioni di carattere discrezionale sull'effettivo rilievo delle specifiche situazioni concrete. Sul punto, proprio al fine di limitare possibili conseguenti pregiudizievoli sulla base di deduzioni, si è espressa la giurisprudenza amministrativa, la quale ha affermato che l'informazione interdittiva, benché si fondi su elementi indiziari non deve prescindere da un esame il più completo possibile dal

quale possa ipotizzarsi il tentativo di ingerenza della criminalità organizzata (Consiglio di Stato, Sez. III - 15 gennaio 2013, n.204).

La speranza è che si operi sempre utilizzando la massima attenzione e ponderando ogni decisione in modo tale da non fermare le opere pubbliche, salvare quelle aziende sane che lottano quotidianamente per non fallire e per non lasciare a casa la gente che ha voglia e necessità di lavorare.

# I microaffidamenti

*di Michela Deiana*

**Premessa. L'evidenza pubblica. Le modalità di scelta del contraente, il MEPA e le procedure ordinarie. La gara ufficiosa. Microaffidamenti e controlli. Stipula del contratto e termine dilatorio. Conclusioni**

Nelle stazioni appaltanti, che siano piccole ovvero di medie e /o grandi dimensioni, emerge prepotentemente l'interesse a disciplinare i c.d. microaffidamenti, ovvero gli affidamenti inferiori a € 40.000,00 (1). Tale interesse sottende a esigenze diverse. Per gli enti di piccole dimensioni l'incidenza sulla totalità degli acquisti è notevole, mentre per quanto attiene agli enti di medie o grandi dimensioni l'interesse per i microaffidamenti sussiste di fronte a prestazioni estemporanee che non si ripetono nel tempo, solitamente legate a particolari progetti.

Nella premessa è d'obbligo un accenno al divieto di frazionamento e alla necessaria programmazione da parte delle stazioni appaltanti. Fermo restando che, al fine di

agevolare la partecipazione da parte di piccole e/o medie imprese alle gare d'appalto, esistono strumenti quali ad esempio la divisione in lotti, la stazione appaltante deve programmare a monte il proprio fabbisogno per evitare che il ricorso ai c.d. microaffidamenti integri una violazione di legge.

La programmazione, già nota in materia di lavori pubblici, assume una rilevanza fondamentale anche nell'ambito dei servizi e delle forniture ex art. 271 del D.P.R. 207/2012 rubricato Programmazione dell'attività contrattuale per l'acquisizione di beni e servizi.

A differenza dei lavori la programmazione nell'ambito dei servizi e forniture è facoltativa, considerata la fonte di natura regolamentare che non avrebbe potuto introdurre l'obbligatorietà del programma prevista per i lavori pubblici dall'art. 128 del d.lgs. 163/06, e si esplica in un ambito temporale annuale non essendo articolata in programmazione triennale ed elenco annuale.

L'art. 6 del D.M. del 11 novembre 2011 (2), che sostituisce il previgente decreto del 09.06.2005, al quale si rinvia, prevede che l'inclusione di beni o servizi nel programma annuale, adottato sulla base dello schema tipo, sia subordinata all'approvazione della progettazione di cui

1) DL 13/05/2011, n. 70 art. 4, comma 2, lett. m bis: " all' articolo 125, comma 11, primo e secondo periodo, le parole: «ventimila euro» sono sostituite dalle seguenti: «quarantamila euro»".  
2) Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale N. 55 del 6 Marzo 2012. In particolare si riferisce ai servizi e alle forniture l'allegato n.4

all'art. 279 del D.P.R. 207/2010. La prima fase in tutte le procedure di acquisto ivi compresi i c.d. microaffidamenti è quella relativa alla programmazione e progettazione. Solo a seguito di queste fasi aventi carattere preliminare è possibile accertare il legittimo ricorso ai microaffidamenti.

### **L'evidenza pubblica**

Agli affidamenti di importo inferiore a € 40.000,00 fa espressamente riferimento l'art. 125, comma 11 del d.lgs. 163/06 secondo cui, per servizi o forniture inferiori a quarantamila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento. La norma parla laconicamente di affidamento diretto, spetta quindi all'interprete individuare il *modus operandi*, con riferimento all'ordinamento comunitario, ed in particolare alla comunicazione interpretativa del 2006 (3), alle disposizioni del codice e al regolamento attuativo.

Nel sentire comune la terminologia microaffidamenti induce a pensare a regole snelle e ad affidamenti nei quali prevalgano le esigenze di semplificazione rispetto a quelle di tutela della concorrenza. In realtà, come si dimostrerà nel proseguo, le esigenze di semplificazione e celerità devono essere temperate con quelle di tutela della concorrenza. L'azione della pubblica amministrazione non è libera nel fine, a differenza dell'attività politica, ma è funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico. Le stazioni appaltanti, pertanto, poiché gestiscono risorse pubbliche devono sempre agire nel rispetto dei principi di efficienza, efficacia ed economicità cui deve uniformarsi l'azione amministrativa, in ottemperanza al più risalente principio costituzionale di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione.

La riprova di quanto detto si trova in alcune

pronunzie della magistratura contabile ed amministrativa che assumono una rilevanza fondamentale nella materia di cui trattasi. La pronunzia cardine della magistratura contabile (4), che costituisce un punto di riferimento per la chiarezza e la precisione con cui viene affrontato l'argomento in esame, attiene proprio a dei microaffidamenti di importo inferiore alla soglia allora prevista per l'affidamento diretto pari ad € 20.000,00 (oggi come ricordato € 40.000,00).

L'antesignana pronunzia della Corte dei Conti, sezione giurisdizionale per la Lombardia, analizza l'evoluzione che la nozione di evidenza pubblica ha avuto nel nostro ordinamento proprio a seguito dell'influsso del diritto comunitario. Per evidenza pubblica si intende il modulo procedimentale, comune a tutte le procedure di gara, attraverso il quale le amministrazioni esplicitano le ragioni di interesse pubblico che giustificano l'adozione di un determinato provvedimento (5).

Tale nozione nel nostro ordinamento, costituiva il riflesso della disciplina contabilistica di cui al R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 e al relativo regolamento attuativo R.D. 23 maggio 1924, n. 827, che tutelava l'esigenza di garantire l'economicità dell'azione della Pubblica Amministrazione ed atteneva al profilo interno P.A.-pubblico dipendente, costituendo, dunque, lo stesso modulo uno strumento procedimentale per la tutela degli interessi della P.A.. Attraverso quest'ultimo la Pubblica Amministrazione poteva tutelarsi nei confronti degli stessi dipendenti, obbligati ad esplicitare nei provvedimenti amministrativi le motivazioni che giustificavano l'adozione di un determinato provvedimento amministrativo, nel rispetto della legittimità ed opportunità dello stesso; si trattava, in sostanza, di un *modus operandi* volto a garantire un corretto utilizzo delle risorse

3) Comunicazione della Commissione europea 2006/C 179/02, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive "appalti pubblici".

4) Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale per la Lombardia, n. 447/2006.

5) Giannini M.S., Diritto Amministrativo, 1970, pag 799 e ss: "L'autorità contraente e tenuta a spiegare le ragioni di interesse pubblico per le quali vuole addvenire o è addivenuta a quel contratto avente quel contenuto....in modo da dare evidenza alle ragioni di interesse pubblico per le quali si sono adottate certe condizioni ed a controllarle".

pubbliche nel perseguimento dei fini e dei principi di legalità, trasparenza, responsabilità, economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa. L'ordinamento comunitario individua, invece, nell'evidenza pubblica, non semplicemente uno strumento di tutela per la stessa amministrazione, bensì uno strumento di tutela per i terzi partecipanti alle gare d'appalto. L'evidenza pubblica per il diritto comunitario è infatti il *modus procedendi* strumentale al rispetto del principio di libera concorrenza. In realtà l'evoluzione del concetto di evidenza pubblica, trova pieno riscontro nel nostro ordinamento sia per il rinvio contenuto nell'art. 1 della L. 241/90 ai principi dell'ordinamento comunitario, che per la nozione di danno alla concorrenza elaborato dalla stessa Corte dei Conti. Secondo la giurisprudenza contabile il danno alla concorrenza ha una doppia faccia e deve essere inteso non semplicemente quale danno derivante all'operatore economico che sia stato illegittimamente escluso dalla partecipazione ad una gara pubblica, ma anche quale danno derivante all'amministrazione per la mancata apertura al mercato. La garanzia di legalità, trasparenza ed efficacia dell'azione amministrativa è funzionale alla tutela della concorrenza e per questo l'azione amministrativa deve essere necessariamente improntata al rispetto del canone della concorsualità.

La mancata adozione di una procedura comparativa comporta la sottrazione della decisione di spesa di un organo della P.A. al controllo della corretta e proficua redistribuzione del prelievo fiscale, da attuarsi secondo l'indefettibile predeterminazione dei criteri e delle modalità di tipo concorsuale indicati dall'art. 12 della legge n. 241 del 1990, la cui effettiva osservanza deve risultare dai singoli provvedimenti attributivi di specifici vantaggi economici a valere sulle risorse

pubbliche considerate.

Il rispetto delle regole di evidenza pubblica è, quindi, una regola di carattere generale che trova applicazione indipendentemente dal valore dell'appalto, come confermato anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, secondo cui anche per gli appalti pubblici di scarso valore, seppure non espressamente ricompresi nell'abito di applicazione rigorosa delle direttive, devono essere garantiti il rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza.

Chiariti preliminarmente i principi cui soggiacciono i microaffidamenti occorre ora analizzare quali siano le concrete modalità operative per addivenire alla scelta del contraente.

#### **Le modalità di scelta del contraente, il MEPA e le procedure ordinarie**

Le modalità di scelta del contraente implicano, a seguito delle disposizioni di cui al comma 450 (6) della L. 296/2006, un nuovo step procedimentale ovvero la verifica della presenza del prodotto o del servizio nel mercato elettronico della pubblica amministrazione, MEPA. Anche per gli appalti di scarso valore trova applicazione la disposizione in parola che fa riferimento agli appalti di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario. Sia l'interpretazione letterale che quella logica conducono a tale affermazione, interpretazione che trova oggi conferma in diverse deliberazioni della Corte dei Conti. La ratio delle disposizioni che introducono l'obbligatorietà del ricorso al MEPA è da rinvenirsi nelle esigenze di standardizzazione, ottimizzazione della spesa e celerità delle procedure. Considerato che i microaffidamenti occupano una parte consistente delle commesse pubbliche, la sottrazione alla regola introdotta dal legislatore finirebbe

6) Comma modificato prima dal comma 2 dell'art. 7, D.L. 7 maggio 2012, n. 52, come sostituito dalla legge di conversione 6 luglio 2012, n. 94: "Fermi restando gli obblighi e le facoltà previsti al comma 449 del presente articolo, le altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, per gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328 ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure".



per condurre ad una violazione della stessa ratio.

In alcune recentissime deliberazioni la Corte di Conti ha chiarito, rispondendo a richieste di pareri provenienti da diverse amministrazioni, che anche per i microaffidamenti è obbligatorio il ricorso al MEPA. In una prima deliberazione (7) che analizza i rapporti tra MEPA e procedure in economia il giudice contabile chiarisce i presupposti in presenza dei quali è possibile procedere al di fuori del mercato elettronico ovvero qualora:

- a) Il prodotto/servizio non sia disponibile;
- b) Il prodotto/servizio è disponibile, ma è inidoneo rispetto alle necessità dell'amministrazione procedente. L'ipotesi di cui alla lettera b) implica una motivazione particolarmente stringente dovendo la stazione appaltante valutare prudentemente tale evenienza e darne atto in modo compiuto nella determinazione a contrarre.

Tale affermazione è stata successivamente avallata da altre deliberazioni della stessa

Corte ed in particolare dalla deliberazione n. 211/2013 della Sezione Regionale di controllo per il Piemonte che, oltre a ribadire quanto precedentemente affermato dalla Sezione Lombardia, approfondisce i rapporti tra le disposizioni in materia di acquisiti in economia e quelle relative al MEPA (8). Si pronunzia più specificatamente in ordine all'obbligatorietà del ricorso al mercato elettronico anche per i microaffidamenti la deliberazione n. 15/2013 Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Toscana che afferma espressamente l'obbligatorietà del ricorso al mercato elettronico anche per acquisti di beni o servizi di importo inferiore a € 40.000,00. L'operatore deve quindi verificare, connettendosi al sito <https://www.acquistinretepa.it>, la presenza nella vetrina del Mercato Elettronico del bene o del servizio richiesto potendo procedere, qualora presente, mediante Ordine Diretto. Qualora il bene sia presente, ma con caratteristiche differenti da quelle che meglio rispondono all'esigenze dell'amministrazione, l'operatore può

7) Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia, 18/3/2013 n. 92: "La possibilità residua di ricorrere alla procedura ex art. 125 Cod. contr. Pubbl. al di fuori di tali mercati residua solo nell'ipotesi di non reperibilità dei beni o servizi necessari; pertanto nella fase amministrativa di determinazione a contrarre, l'ente, da un lato, dovrà evidenziare le caratteristiche tecniche necessarie del bene e della prestazione, di avere effettuato il previo accertamento della insussistenza degli stessi sui mercati elettronici disponibili, e, ove necessario, la motivazione sulla non equipollenza/sostituibilità con altri beni/servizi presenti sui mercati elettronici. In questa prospettiva, l'unica ipotesi in cui possano ritenersi consentite procedure autonome è quella in cui il bene e/o servizio non possa essere acquisito secondo le modalità sin qui descritte; ovvero, pur disponibile, si appalesi - per mancanza di qualità essenziali - inidoneo rispetto alle necessità della amministrazione procedente. Tale specifica evenienza dovrà essere prudentemente valutata e dovrà trovare compiuta evidenza nella motivazione della determinazione a contrattare i cui contenuti, per l'effetto, si arricchiscono. In difetto di siffatta rigorosa verifica l'avvenuta acquisizione di beni e servizi, secondo modalità diverse da quelle previste dal novellato art. 1 comma 450, da parte di comuni di qualsivoglia dimensione demografica, nella ricorrenza dei presupposti per il ricorso al MEPA, inficierà il contratto stipulato ai sensi del disposto di cui all'art. 1 comma 1 L. 135/2012 comportando le connesse responsabilità".

8) Corte dei conti, sez. regionale di controllo per il Piemonte, 22/05/2013 n. 211, ... della prevista possibilità di procedere all'acquisto di beni o servizi avvalendosi del mercato elettronico anche nell'ambito delle procedure di acquisto in economia, ex artt. 125 e ss. D.lgs. 163/2006 (ovviamente entro i limiti di prezzo e quantità previsti da tali norme e nel rispetto dei vincoli imposti a sé stessa da ciascuna amministrazione), altra Sezione regionale ha già dedotto la piena applicazione anche per tali procedure dell'obbligo previsto dal sopra richiamato art. 1, comma 450 della legge n. 296/2006 (Sezione Lombardia, del 92/2013).

Come già precisato, quest'ultima disposizione impone infatti il ricorso al mercato elettronico per gli acquisti di beni e servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario, senza porre deroghe. Le pubbliche amministrazioni, compresi gli enti locali, vi sono assoggettati per il reperimento di beni e servizi se il valore dell'importo è inferiore alla soglia comunitaria, dunque anche per gli acquisti in economia. Né può ritenersi che il riferimento agli acquisti di beni e servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario non valga per le acquisizioni in economia disciplinate al capo II del titolo V del DPR 207/2010, ma riguardi le altre diverse acquisizioni sotto soglia disciplinate al precedente capo I. Il codice dei contratti pubblici, infatti, alla parte II, Titolo II, si riferisce alle acquisizioni sotto soglia, includendo anche le acquisizioni in economia (art. 125). Inoltre val la pena rilevare come lo stesso capo II del Tit. V del DPR n. 207/2010, nel disciplinare specificatamente l'acquisizione di servizi e forniture in economia, faccia riferimento, in vari articoli (v. art. 332, comma 1; 335, comma 2), alla possibilità di utilizzazione del mercato elettronico anche in dette procedure. Si tratta infatti di procedure compatibili e integrabili fra loro. Conseguentemente, nulla osta ad un'interpretazione degli obblighi previsti dal comma 450, dell'articolo 1, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 che includa tutte le procedure di acquisizioni sotto soglia comprese quelle "in economia".

lanciare una richiesta di offerta c.d. RdO.

Se il prodotto o il servizio non sono presenti nella vetrina del mercato elettronico si dovrà procedere al di fuori del MEPA secondo le ordinarie procedure. Si osservi che in alcuni casi a seconda della tipologia del bene e/o del servizio e del relativo costo è lo stesso sistema che obbliga a procedere mediante RdO, normalmente per affidamenti superiori a € 40.000,00.

In caso (9) di affidamento mediante ricorso al Mercato Elettronico, a seguito della novella introdotta dal D.L. 52/2012, è prevista una semplificazione particolarmente rilevante, ovvero la mancata applicazione del termine dilatorio per la stipula del contratto, c.d. stand still period.

Al di fuori del MEPA il soggetto dovrà procedere ad individuare l'operatore economico nel rispetto dei principi ricordati che assumono una differente declinazione a seconda che la stazione appaltante sia o meno dotata di un regolamento e di un albo fornitori. Questo strumento consente, infatti, di individuare più celermente l'operatore economico essendo in grado gli stessi software di gestire rotazione e/o sorteggi degli operatori sulla base di criteri predefiniti e preimpostati sulla base delle esigenze individuate dalla stazione appaltante.

In caso di mancanza di apposita regolamentazione e di albo fornitori la stazione appaltante potrà procedere con un'indagine di mercato o mediante gara ufficiosa.

Il primo strumento (10) è particolarmente utile qualora la stazione appaltante proceda

per la prima volta all'acquisizione di un determinato prodotto/servizio ed abbia la necessità di conoscere l'assetto del mercato. Qualora, invece, la stazione appaltante conosca già l'andamento del mercato, il prezzo di riferimento e l'esistenza di operatori economici, dovrà procedere mediante gara ufficiosa, mediante una valutazione comparativa tra le offerte.

Un problema che accade spesso nella prassi e che complica notevolmente la procedura attiene alle c.d. offerte spontanee, ovvero offerte presentate nei termini da parte di operatori economici che non sono stati invitati. In questo caso la valutazione circa l'ammissibilità deve essere fatta caso per caso temperando e ricercando un giusto punto di equilibrio tra le esigenze di semplificazione da un lato, e dall'altro il rispetto dei principi generali in materia di appalti. Il principio di semplificazione consente, infatti, di non prendere in considerazione le offerte che eccedano un numero minimo previsto per legge o regolamentato preventivamente dalla stazione appaltante, quando la valutazione di offerte spontanee pervenute possa compromettere l'obiettivo della speditezza della procedura. Secondo quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa l'attuazione del principio di concorrenza effettiva deve essere bilanciato con il principio di rotazione. Tale principio ha carattere oggettivo e non determina discriminazione in quanto è diretto a garantire una concorrenza effettiva. Sulla base di tali considerazioni il Tar Lombardia (11) ha ritenuto legittimo

9) D.lgs. 163/06 art. 11, comma 10-bis: "Il termine dilatorio di cui al comma 10 non si applica nei seguenti casi: a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva; b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'articolo 59 e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 60 e nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328 del regolamento".

10) Per un approfondimento in ordine ai rapporti tra indagine di mercato e trattativa privata si rinvia a Consiglio di Stato sez. IV 5/4/2006 n. 1789: "deve essere rimarcata la differenza fra sondaggio esplorativo e gara ufficiosa istituiti entrambi utilizzabili nella trattativa privata: il primo tende solo ad acquisire una conoscenza dell'assetto del mercato e dunque dell'esistenza di imprese potenziali contraenti e del tipo di condizioni contrattuali che sono disposte a praticare; il secondo, oltre ad essere strumento di conoscenza implica una valutazione comparativa delle offerte, valutazione che è insita nel concetto stesso di gara e che pone l'obbligo per l'amministrazione di rispettare le prescrizioni assunte in sede di autovincolo, in ossequio ai canoni di trasparenza, buon andamento ed imparzialità". Sul punto si rinvia anche alla pronuncia del TAR LOMBARDIA - MILANO, SEZ. III - sentenza 19 novembre 2008 n. 5442 che analizza i rapporti tra indagine di mercato e successiva gara.

11) Tar Lombardia - Brescia, sez. II - sentenza n. 137/2011

l'operato di una stazione appaltante che in presenza di un'unica offerta ha escluso l'offerta spontanea proveniente da un operatore economico precedentemente invitato e risultato aggiudicatario. In un mercato caratterizzato, in un determinato contesto economico, dalla presenza di numerose imprese potenzialmente idonee e potenzialmente interessate all'appalto, il principio di rotazione risulta ancora più stringente dovendo essere applicato non solo ai soggetti affidatari, ma anche ai soggetti che abbiano partecipato a precedenti procedure.

L'amministrazione dovrà quindi valutare attentamente sulla base dei pregressi affidamenti e dell'esperienza maturata quale sia il mercato di riferimento di una determinato bene e/o servizio e sulla base di tale valutazione regolamentare anche nella stessa lettera invito come procederà in caso di offerte spontanee.

### La gara ufficiosa

Qualora la stazione appaltante proceda mediante gara ufficiosa (12), deve garantire, in virtù dell'autolimitazione implicita, il rispetto dei principi tipici delle gare. Pertanto, qualora emergano, in sede di offerta, ulteriori elementi di conoscenza che non erano stati presi in considerazione a monte, deve, al fine di salvaguardare la par condicio tra i concorrenti, invitarli ad un ulteriore negoziazione (13) alla luce dei nuovi criteri emersi.

La lettera di invito, in forma semplificata rispetto al contenuto di cui all'art. 334 del D.P.R. 207/2010, dovrà indicare:

1. l'oggetto della prestazione;
2. le eventuali garanzie;
3. le caratteristiche tecniche;
4. la qualità e le modalità di esecuzione;
5. i prezzi, le modalità di pagamento nonché la dichiarazione di assoggettarsi alle

condizioni e penalità

previste e di uniformarsi alle vigenti disposizioni;

6. i requisiti di moralità e capacità richiesti all'affidatario, nonché le modalità di documentazione degli stessi;

In ordine al punto 2 deve esser fatta una precisazione anche alla luce di un recente parere dell'AVCP. La richiesta di cauzione provvisoria è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante considerato che lo stesso art. 334, comma I lett.b) del D.P.R. 207/2010, per gli affidamenti di importo superiore ad € 40.000,00 si limita a richiedere la garanzia definitiva da parte dell'impresa aggiudicataria.

La stazione appaltante può esonerare i concorrenti dall'onere di presentare la cauzione provvisoria considerato che l'applicazione della più rigorosa disciplina in materia di cauzioni di cui all'art. 75 del d.lgs. 163/06 è inderogabile soltanto per le gare di rilievo comunitario.

Per quanto attiene al punto 6 relativo ai requisiti generali e di idoneità professionale l'art. 327 del D.P.R. 207/2010 prevede che, anche per gli affidamenti sottosoglia, gli operatori economici debbano essere in possesso dei requisiti generali e di idoneità professionale di cui agli artt. 38 e 39 del d.lgs. 163/06.

In ordine alla mancanza di dichiarazione di eventuali condanne riportate la stessa Authority accogliendo le esigenze di semplificazione e attenuazione degli oneri formali arriva ad affermare che la mera circostanza della mancanza di dichiarazione, negli affidamenti in economia, non può condurre all'automatica esclusione del concorrente anche alla luce della lex specialis di gara che nel caso oggetto del parere di precontenzioso richiedeva una generica dichiarazione circa il possesso dei requisiti soggettivi.

12) Consiglio Stato sez. VI, 29 marzo 2001, n. 1881

13) AVCP, parere sulla normativa del 25.03.2010: "La negoziazione implica, dunque, una valutazione comparativa delle offerte, la cui indizione comporta comunque il rispetto dei principi tipici della gara, come richiamati negli articoli in esame. E' quanto afferma anche il giudice amministrativo secondo il quale "l'informalità della gara non può dar luogo ad arbitri, dovendo comunque la scelta del contraente rispondere a criteri di logicità ed attenersi a principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento" (Consiglio di Stato n. 5095/2008)".



## Microaffidamenti e controlli

Nell'ambito dei controlli in prima battuta occorre ricordare la semplificazione prevista in materia di DURC.

Negli affidamenti mediante cottimo fiduciario, il D.L. 70/2011 ha introdotto una semplificazione (14) introducendo la possibilità per i microaffidamenti di chiedere all'impresa un'autocertificazione, senza acquisire in prima battuta il Durc. Tale previsione va letta alla luce di una recente ordinanza del C.d.S (15) e delle recentissime disposizioni introdotte dal c.d. decreto del fare (16) che sembrano allinearsi alle esigenze di semplificazione espresse dal giudice amministrativo considerato che:

- a) la validità del DURC è pari a 180 giorni, in linea con quanto previsto all'art. 41 del D.P.R. 445/00 in materia di certificazioni di stati soggetti a variazioni;
- b) è possibile utilizzare lo stesso DURC, qualora in corso di validità, per la verifica dell'autocertificazione, l'aggiudicazione e la stipula del contratto,
- c) dopo la stipula del contratto la stazione appaltante dovrà richiedere un nuovo durc, ogni 180 giorni per il pagamento degli stati avanzamento lavori o delle prestazioni relative a servizi e forniture nonché per il certificato di collaudo, il certificato di regolare esecuzione, il certificato di verifica di conformità, l'attestazione di regolare esecuzione;
- d) per il saldo finale deve comunque essere richiesto un nuovo DURC anche se la stazione appaltante sia in possesso di un

DURC in corso di validità

Per quanto attiene ai controlli in merito ai requisiti soggettivi si consiglia di procedere, nei confronti dell'aggiudicatario, mediante richiesta del casellario giudiziale alla Procura della Repubblica competente per territorio, ai sensi dell'art. 39 (17) del D.P.R. n. 313/2002 (Consultazione diretta del sistema).

## Stipula del contratto e termine dilatorio

La fase conclusiva attiene alla stipula del contratto che può essere sostituita con una semplice lettera d'ordine, superando anche gli ostacoli derivanti dall'applicazione pratica dell'art. 11, comma 13 del d.lgs. 163/06 che prescrive la conclusione del contratto in modalità elettronica. I problemi in fase finale attengono al c.d. stand still ovvero al rispetto di quanto prescritto dall'art. 11, comma 10 del d.lgs. 163/06 secondo cui: "Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79".

La giurisprudenza è intervenuta più volte sul punto confermando anche in caso di cottimo fiduciario il necessario rispetto dei termini richiamati per la stipula del contratto, considerando prevalenti le supreme esigenze di difesa cui è preordinato l'istituto in parola. La stazione appaltante può, tuttavia, procedere ad

14) DL. 70/2011 cov. Con la L. 106/2011: "Art. 4,14-bis. Per i contratti di forniture e servizi fino a 20.000 euro stipulati con la pubblica amministrazione e con le società in house, i soggetti contraenti possono produrre una dichiarazione sostitutiva ai sensi dell' articolo 46, comma 1, lettera p), del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in luogo del documento di regolarità contributiva. Le amministrazioni procedenti sono tenute ad effettuare controlli periodici sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive, ai sensi dell' articolo 71 del medesimo testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 445 del 2000".

15) Ordinanza C.d.S, sez III, n. 1465/2013: "considerato in particolare, quanto alla contestata efficacia probatoria di tale documentazione, che non vi sono norme primarie che prescrivano che il DURC per la partecipazione alle gare di appalto debba riferirsi alla specifica gara di appalto, mentre disposizioni contenute in circolari (come, ad esempio, nella circolare INAIL 5 febbraio 2008, n. 7; ma si veda anche la circolare del Ministero del lavoro 8 ottobre 2010, n. 35, e la circolare INPS 17 novembre 2010, n. 145), invocate dall'appellante, non appaiono rilevanti, non potendo essere considerate rilevanti le circolari che risultino contra legem (cfr., sul punto, Cons. St., sez. VI, 18.12.2012, n. 6487)";

16) D.L. 39/2013 art. 31

17) Mediante l'utilizzo del Modello 6A reperibile sui siti di tutte le procure

*non escludere, in tali fattispecie, obbligo di pubbliciz. di bando.*

un'esecuzione anticipata della prestazione (18).

Nella prassi, di fatto, per i microaffidamenti non viene rispettato l'obbligo di stand still. Qualora la stazione appaltante intenda procedere in tal senso si consiglia di effettuare il c.d. avviso volontario di trasparenza preventiva, ex art. 79 bis del d.lgs. 163/06 che come chiarito dalla giurisprudenza (19) deve essere effettuato prima dell'aggiudicazione. La norma disciplina contenuto e modalità dell'avviso in caso di affidamenti sopra soglia; nell'ipotesi di microaffidamenti si ritiene che sia sufficiente un avviso dal quale emerga la volontà dell'amministrazione di voler procedere ad un determinato affidamento con una stringata motivazione. Questo consente di salvare comunque il contratto alla luce delle vigenti disposizioni del codice sul processo amministrativo (20).

Per quanto attiene agli oneri pubblicitari si rinvia all'art. 331 (21) del D.P.R. che prescrive un obbligo di post-informazione da assolversi mediante pubblicazione sul profilo del committente.

## Conclusioni

Dall'analisi effettuata emerge che anche per i microaffidamenti le stazioni appaltanti sono chiamate a rispettare una serie di adempimenti che appesantiscono notevolmente il procedimento. Per questo motivo si suggerisce di focalizzare l'attenzione sulla fase iniziale relativa alla

programmazione ricorrendo a procedure sotto soglia, ex art. 121 del d.lgs. 163/06, ogni qualvolta i microaffidamenti sommati, in un arco temporale delimitato, finiscano per assumere importi consistenti.

## I microaffidamenti in 10 step

1. Programmazione art. 271, 330 del D.P.R. 207/2012;
2. Individuazione del Responsabile del Procedimento
3. Progettazione art. 279 D.P.R. 207/2012
4. Verifica Vetrina del Mercato Elettronico (Od/RdO)  
In caso di mancanza del prodotto e/o servizio
5. Procedure ordinarie: indagine di mercato e/o b) gara ufficiosa (sedute pubbliche valutazione offerte). (I termini per la presentazione delle offerte devono essere commisurati alla complessità e alla tipologia di offerta)
6. Richiesta smart CIG
7. Lettera invito con disciplina delle c.d. offerte spontanee
8. Aggiudicazione definitiva decorso dei termini ai fini del c.d. stand still period (A.P. n. 31 del 31/07/2012) - Controlli - Aggiudicazione definitiva esecutiva. (Valutare se procedere con l'esecuzione anticipata e con l'avviso volontario per la trasparenza preventiva ex art. 79 bis del codice)
9. Lettera d'ordine *N*
10. Post informazione art. 331 del D.P.R. 207/2010 *N*

18) Art. 11, comma 9 d.lgs. 163/06: "L'esecuzione di urgenza di cui al presente comma non è consentita durante il termine dilatorio di cui al comma 10 e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto previsto dal comma 10-ter, salvo che nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari".

19) Tar Lazio (Sezione Prima ter) n. 04997/2012 punto 6: "L'avviso, infatti, ha lo scopo di informare dell'intenzione di affidare l'appalto ad un determinato operatore economico e, quindi, precede e non segue l'aggiudicazione (rectius, l'affidamento), come emerge anche dall'art. 64 Dir. 2009/81CE".

20) Art. 121, comma 5 d.lgs. 104/2010: "La inefficacia del contratto prevista dal comma 1, lettere a) e b), non trova applicazione quando la stazione appaltante abbia posto in essere la seguente procedura: b) abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto".

21) D.P.R. 207/2010 Art. 331 Pubblicità e comunicazioni

1. Le procedure di acquisto in economia di beni e servizi non sono sottoposte agli obblighi di pubblicità e di comunicazione previsti dall'articolo 124 del codice per gli altri appalti di servizi e forniture sotto soglia.
2. Le stazioni appaltanti assicurano comunque che le procedure in economia avvengano nel rispetto del principio della massima trasparenza, contemperando altresì l'efficienza dell'azione amministrativa con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza tra gli operatori economici.
3. L'esito degli affidamenti mediante cottimo fiduciario di cui all'articolo 334 è soggetto ad avviso di post-informazione mediante pubblicazione sul profilo del committente.



# Prestazioni professionali fra incarichi di consulenza e appalti di servizi

di Paola Cartolano

## 1. Premesse

Il tema dell'affidamento di incarichi professionali a personalità esterne alla Pubblica Amministrazione è di frequente oggetto di discussione in ambito interpretativo. Ad oggi, infatti, né in ambito normativo né in ambito giurisprudenziale risulta ancora definita la distinzione tra l'incarico di consulenza ex art. 7 del D.Lgs. n. 165/2001 s.m.i. (di seguito anche "Testo Unico sul Pubblico Impiego" o "Testo Unico") e il contratto di appalto di servizi di cui la D.Lgs. n. 163/2006 s.m.i. (di seguito anche "Codice dei Contratti Pubblici" o "Codice"). A tale riguardo la giurisprudenza, trovandosi di fronte a una fattispecie unica, la "prestazione professionale", regolata da norme diverse, ovvero l'art. 7 del Testo

Unico sul Pubblico Impiego - qualora si tratti di consulenza, studio o ricerca - e le disposizioni del Codice dei Contratti Pubblici - qualora si tratti di appalto di servizi -, ha tentato di compiere delle distinzioni. Nel breve excursus che qui ci si accinge a tracciare, dopo aver delineato i tratti distintivi delle singole fattispecie e i criteri distintivi delle stesse, si cercherà di fornire, alla luce delle più recenti pronunce in

ambito giurisprudenziale, un criterio interpretativo idoneo a inquadrare sistematicamente alcune specie di prestazioni lavorative esterne alla Pubblica Amministrazione, in

particolare gli incarichi ai legali esterni all'ente, fornendo, quindi, una risposta, agli interrogativi posti dagli operatori del diritto che, a seconda delle prestazioni di cui necessitano gli enti di appartenenza, richiedono delle risposte.

## 2. Incarichi professionali e incarichi di consulenza

L'art. 7 del Testo Unico sul Pubblico Impiego ai commi 6 (1) e 6-bis (2) consente alle Pubbliche Amministrazioni, in caso di

1) 6. Per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei seguenti presupposti di legittimità:

a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente;

b) l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno;

carenza di risorse interne adeguate, di far ricorso, per fronteggiare necessità temporanee relative ad attività non ordinarie a professionalità esterne. Più specificamente, le Pubbliche Amministrazioni, al fine di affrontare situazioni per le quali le risorse al momento in servizio non dispongono delle adeguate tecniche e professionalità, possono conferire incarichi individuali a soggetti con comprovata esperienza e specializzazione.

Si evidenzia, inoltre, che con specifico riferimento agli enti locali il D.Lgs. n. 267/2000 s.m.i. (cd. TUEL) all'art. 110 comma 6 prevede che le province e i comuni possono inserire, nei propri regolamenti sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, disposizioni che prevedano "per obiettivi determinati e con convenzioni a termine" il ricorso a collaborazioni esterne "ad alto contenuto di professionalità". Tale comma, in combinato disposto con l'art. 192 (3) del TUEL, prevede la possibilità per le amministrazioni locali di ricorrere a collaborazioni esterne, nei casi in cui sia necessario avvalersi di un contributo di

alta professionalità, a condizione che la facoltà sia stata prevista nei loro regolamenti.

Con riferimento all'interpretazione delle norme di cui al Testo Unico sul Pubblico Impiego, più volte la giurisprudenza contabile si è espressa affermando che gli incarichi professionali in questione hanno "carattere eccezionale" e che le Pubbliche Amministrazioni possono farne ricorso "solamente alle condizioni previste dalla legge (in particolare, l'art. 7 del D.Lgs. n. 165/2001), che esprimono principi di stretta interpretazione" (cfr. Corte dei Conti, Sez. I, Giurisdizione Centrale d'Appello, 27 dicembre 2011, n. 577).

In particolare, la giurisprudenza contabile (cfr. Corte dei Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione n. 6 del 15 febbraio 2005 - Relazione allegata) ha anche precisato che le tipologie di incarichi professionali di cui all'art. 7 del Testo Unico sul Pubblico Impiego rientrano nell'ambito del contratto di prestazione d'opera intellettuale di cui agli artt. 2229 - 2238 del codice civile; in particolare, tra queste

APPALTI

adde:  
non ordinaria (!)

c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata; non è ammesso il rinnovo; l'eventuale proroga dell'incarico originario è consentita, in via eccezionale, al solo fine di completare il progetto e per ritardi non imputabili al collaboratore, ferma restando la misura del compenso pattuito in sede di affidamento dell'incarico;

d) devono essere preventivamente determinati durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione. Si prescinde dal requisito della comprovata specializzazione universitaria in caso di stipulazione di contratti di collaborazione di natura occasionale o coordinata e continuativa per attività che debbano essere svolte da professionisti iscritti in ordini o albi o con soggetti che operino nel campo dell'arte, dello spettacolo, dei mestieri artigianali o dell'attività informatica nonché a supporto dell'attività didattica e di ricerca, per i servizi di orientamento, compreso il collocamento, e di certificazione dei contratti di lavoro di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, purché senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ferma restando la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore. Il ricorso a contratti di collaborazione coordinata e continuativa per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei collaboratori come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti. Il secondo periodo dell'articolo 1, comma 9, del decreto-legge 12 luglio 2004, n. 168 convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2004, n. 191, è soppresso. Si applicano le disposizioni previste dall'articolo 36, comma 3, del presente decreto.

2) 6-bis. Le amministrazioni pubbliche disciplinano e rendono pubbliche, secondo i propri ordinamenti, procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione.

3) L'art. 192 del TUEL nello specifico prevede che ogni stipula di un contratto per il conferimento di un incarico esterno, fra cui rientra anche un incarico di consulenza, debba essere preceduto da una apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante:

a) il fine che con il contratto si intende perseguire;

b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali;

c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle P.A. e le ragioni che ne sono alla base.

occorre distinguere (4):

- **incarichi di studio**, il cui contenuto, in base ai parametri indicati dall'art. 5 del DPR n. 338/1994, consiste nello svolgimento di un'attività di studio, nell'interesse dell'amministrazione e per i quali è prevista al termine dell'incarico la consegna di una relazione scritta nella quale sono illustrati i risultati dello studio e le soluzioni proposte;

- **incarichi di ricerca**, i quali presuppongono la preventiva definizione del programma da parte dell'amministrazione;

- **incarichi di consulenza**, i quali riguardano le richieste di pareri ad esperti. La stessa giurisprudenza della Corte dei Conti (cfr. *Corte dei Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione n. 6 del 15 febbraio 2005 - Relazione allegata*), al fine di valutare la legittimità degli incarichi e delle consulenze esterni, ha elaborato i seguenti **criteri**:

a. rispondenza dell'incarico agli obiettivi dell'amministrazione;

b. inesistenza, all'interno della propria organizzazione, della figura professionale idonea allo svolgimento dell'incarico, da accertare per mezzo di una reale ricognizione;

c. indicazione specifica dei contenuti e dei criteri per lo svolgimento dell'incarico;

d. indicazione della durata dell'incarico;

e. proporzione fra il compenso corrisposto all'incaricato e l'utilità conseguita dall'amministrazione.

Come ha osservato sempre la giurisprudenza contabile, qualora manchino i suddetti requisiti, il relativo atto di conferimento di incarico deve essere ritenuto antigiusuridico e, quindi, produttivo di danno erariale (cfr. da ultimo Corte dei Conti, Sez. Regionale per il Controllo del Piemonte, 21 maggio 2012, n. 89).

Con riferimento, invece, alle **procedure per l'affidamento degli incarichi**, il legislatore nel comma 6-bis dell'art. 7 del Testo Unico sul Pubblico Impiego, data la necessità di assicurare l'attuazione del principio di trasparenza nel conferimento degli incarichi a soggetti estranei alle Pubbliche Amministrazioni, prevede l'obbligo per queste stesse di rendere pubbliche, secondo le formalità previste dai propri ordinamenti (nella forma del regolamento), le "procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione".

A tale riguardo la giurisprudenza amministrativa prevede che è illegittimo l'affidamento di un incarico intuitu personae ovvero non preceduto da una valutazione comparativa tra i curricula dei candidati e non sorretto da adeguata motivazione circa i criteri della scelta operata in poichè in violazione del principio di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione sancito dall'art. 97 della Costituzione nonché delle specifiche disposizioni di legge di cui al Testo Unico sul Pubblico Impiego (cfr. ex multis T.A.R. Piemonte Torino, Sez. I, 29 settembre 2008, n. 2106). Si impone pertanto il rispetto di una procedura comparativa di valutazione di diverse proposte, ovviamente preceduta dalla pubblicazione di un avviso, valutazione da esternare con una motivazione assistita dai consueti attributi dell'adeguatezza e della congruità. La necessità sottesa al suddetto principio è quella di disciplinare preventivamente e rendere pubblica la procedura comparativa per l'affidamento di incarichi esterni al fine di rendere legittimo l'incarico. In particolare si ritiene che sia illegittimo non solo la mancata previsione di una procedura comparativa ma anche "la mera previsione di questa senza la sua

4) "A titolo esemplificativo, si elencano alcuni tipi di prestazione che rientrano nella previsione normativa: studio e soluzione di questioni inerenti all'attività dell'amministrazione committente; prestazioni professionali finalizzate alla resa di pareri, valutazioni, espressione di giudizi; consulenze legali, al di fuori della rappresentanza processuale e del patrocinio dell'amministrazione; studi per l'elaborazione di schemi di atti amministrativi o normativi.

Non rientrano, invece, nella previsione dei commi 11 e 42: le prestazioni professionali consistenti nella resa di servizi o adempimenti obbligatori per legge, qualora non vi siano uffici o strutture a ciò deputati; la rappresentanza in giudizio ed il patrocinio dell'amministrazione; gli appalti e le "esternalizzazioni" di servizi, necessari per raggiungere gli scopi dell'amministrazione.

Non rientrano, in sostanza, nella previsione gli incarichi conferiti per gli adempimenti obbligatori per legge, mancando, in tali ipotesi, qualsiasi facoltà discrezionale dell'amministrazione" (cfr. Corte dei Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione n. 6 del 15 febbraio 2005 - Relazione allegata).

contestuale disciplina, anche minima" (cfr. Corte dei Conti, Sez. Regionale per il Controllo del Piemonte, 15 giugno 2009, n. 23).

Si evidenzia, inoltre, che le leggi finanziarie, oltre a fissare dei precisi limiti di spesa per gli incarichi esterni, hanno rafforzato il regime di trasparenza di affidamento a professionalità esterne, attraverso l'obbligo della pubblicità e dell'adeguatezza della motivazione, ed il controllo effettuato dagli organi interni e dalla Corte dei Conti (L. n. 662/1996; L. n. 191/2004; L. n. 311/2004; L. n. 266/2005; L. n. 244/2007).

In particolare, nella L. n. 244/2007 (Legge finanziaria per il 2008) sono contenute alcune disposizioni che incidono significativamente sullo sviluppo dei processi di affidamento degli incarichi professionali e delle consulenze a soggetti

esterni alle amministrazioni: nel dettare regole alle quali gli enti locali devono conformarsi per il conferimento di incarichi di collaborazione, studio e ricerca, nonché di consulenza, a soggetti estranei all'amministrazione, la predetta legge ha

previsto la necessaria emanazione, da parte di ciascun ente locale, di norme regolamentari, da trasmettere alla competente Sezione Regionale della Corte dei Conti entro 30 giorni dall'adozione.

### **3. Incarichi professionali e appalto di servizio**

Con una definizione molto ampia, l'art. 3, comma 10 del Codice dei Contratti Pubblici indica gli "appalti pubblici di servizi" come "appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture, aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II"

Il comma 19 del medesimo art. 3 del Codice dei Contratti Pubblici con i termini "imprenditore", "fornitore" e "prestatore di servizi" indica allo stesso tempo "una

*persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il Gruppo europeo di interesse economico (GEIE) [...] che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi".*

In termini generali, dunque, anche le prestazioni dei professionisti sono da considerare attività poste in essere da "imprenditori" secondo la definizione fornita dal Codice dei Contratti Pubblici; tuttavia, ai fini dell'individuazione del contraente, tali prestazioni devono soggiacere alla disciplina del Codice dei Contratti Pubblici solo nel caso in cui la prestazione di servizio richiesta rientri nel novero dei servizi presi in considerazione dall'Allegato II (distinto in IIA e IIB) dove abbiamo l'elencazione delle prestazioni di servizi prese in

considerazione dallo stesso Codice dei Contratti Pubblici. In particolare, le consulenze sono menzionate nel punto 11 dell'Allegato IIA ove si fa riferimento ai servizi di "consulenza gestionale", mentre al punto 21

dell'Allegato IIB si fa riferimento ai "servizi legali".

Ai sensi dell'art. 20, comma 2 del Codice dei Contratti Pubblici, "gli appalti di servizi elencati nell'allegato II A sono soggetti alle disposizioni del presente codice". Pertanto, anche le "consulenze gestionali" sono soggette alla disciplina del Codice dei Contratti Pubblici.

Ci si deve, tuttavia, chiedere se il concetto di consulenza formulato dalla Corte dei Conti (vedi paragrafo che precede) coincida con quello di consulenze gestionali, contenuto nell'allegato IIA del Codice dei Contratti Pubblici.

Il problema interpretativo deriva dal fatto che il Codice dei Contratti Pubblici si limita ad enunciare l'esistenza della consulenza gestionale, ma non chiarisce in cosa essa consista. Per la definizione dei limiti di applicazione della normativa codicistica,



dunque, è opportuno far riferimento alla casistica di volta in volta oggetto di pronunce giurisprudenziali - di cui si darà conto nel prossimo paragrafo - al fine di far rientrare le une e le altre tipologie di incarichi negli adeguati ambiti normativi.

#### 4. Distinzione tra incarichi di consulenza e appalto di servizi

Come già detto, non sono ancora chiari i criteri distintivi tra la fattispecie di incarichi di consulenza ai sensi del Testo Unico sul Pubblico Impiego e quella di incarichi professionali riconducibili al contratto di appalto di servizi.

In primo luogo occorre, quindi, comprendere se e in che misura l'interpretazione fornita dai giudici contabili (cfr. Corte dei Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione n. 6 del 15 febbraio 2005 - Relazione allegata) della nozione di "consulenza" rientri nella fattispecie della "consulenza gestionale" di cui all'Allegato II A del Codice dei Contratti Pubblici.

È bene evidenziare come la corretta qualificazione di un incarico rilevi soprattutto con riferimento alle procedure di affidamento caratterizzanti l'una o l'altra fattispecie. Come già indicato, infatti, per le fattispecie assoggettabili al Testo Unico sul Pubblico Impiego sono previsti dei precisi adempimenti atti a legittimare l'affidamento (espletamento di una procedura concorsuale adeguatamente pubblicizzata, la pubblicazione dell'incarico

e l'invio dello stesso alla competente sezione della Corte dei Conti). Al contrario, nel caso di incarico professionale riconducibile all'appalto di servizi il Codice dei Contratti Pubblici prevede della modalità di affidamento meno articolate: ai sensi dell'art. 125 comma 11 (5), infatti, per importi inferiori a 40.000 euro e nel caso di prestazioni incluse tra i servizi individuati dalla Pubblica Amministrazione affidante, la stessa con apposito provvedimento può affidare direttamente l'incarico in questione.

Sulla **distinzione tra appalto e consulenza/incarico** recentissimamente è intervenuta una nuova pronuncia della **Corte dei Conti di cui pare opportuno riportare qui alcuni stralci (cfr. Corte**

**dei Conti, Sez. Regionale di Controllo per la Regione Lombardia, 15 febbraio 2013 n. 51).** Ad avviso dei giudici contabili, in linea generale, ai fini della distinzione tra appalto e consulenza/incarico, l'interprete adotta due criteri: uno oggettivo, ovvero la natura della prestazione, e uno

soggettivo ovvero il soggetto giuridico destinatario della prestazione.

⑤ "La **consulenza** nell'accezione che qui rileva (rectius la collaborazione autonoma) è assimilata al contratto d'opera intellettuale, artistica o artigiana, disciplinato dagli artt. 2222 e seguenti del codice civile, che è considerato una species del genus contratto di lavoro. Tale tipo negoziale ricomprende l'esecuzione di una prestazione frutto dell'elaborazione concettuale e professionale di un soggetto

5) Art. 125, comma 11 Codice dei Contratti Pubblici "Per servizi o forniture di importo pari o superiore a quarantamila euro (1) e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per servizi o forniture inferiori a quarantamila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento".

competente nello specifico settore di riferimento, senza vincolo di subordinazione e in condizioni di assoluta indipendenza. Nel contratto d'opera la prestazione richiesta può assumere tanto i connotati di un'obbligazione di mezzi (ad es. un parere, una valutazione o una stima peritale), quanto i caratteri dell'obbligazione di risultato (ad es. la realizzazione di uno spartito musicale, o di un'opera artistica di particolare pregio)".

- ② Al contrario, i giudici contabili precisano che "Nel **contratto di appalto**, l'esecutore si obbliga nei confronti del committente al compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro, con organizzazione dei mezzi necessari (di tipo imprenditoriale) e con assunzione in proprio del rischio di esecuzione della prestazione (art. 1655 c.c.).

Nell'appalto, oggetto della prestazione non potrà mai essere un'obbligazione di mezzi, ma sempre di risultato (Cfr. Consiglio di Stato, V<sup>a</sup> sezione sent. n. 8/2009. Circa il superamento sul piano probatorio della diversificazione concettuale fra obbligazione di mezzi

e di risultato in tema di colpa medica, cfr. Cass. SS.UU. sent. n.15781/2005 e n.577/2008)".

Alla luce delle considerazioni svolte, i giudici contabili nella citata pronuncia chiariscono che "Ne consegue che le norme in tema di appalto si palesano nelle ipotesi in cui il professionista si sia obbligato a strutturare una stabile organizzazione per l'esecuzione della prestazione, mentre la carenza di tale requisito derivante dall'unicità, dalla singolarità e puntualità dell'incarico, nonché dalla determinatezza dell'arco temporale in cui si deve svolgere la prestazione professionale, inducono a qualificare la fattispecie quale contratto di prestazione d'opera e dunque quale consulenza e/o collaborazione autonoma".

Dunque, alla base della distinzione fra appalto di servizio e prestazione

professionale risiede la considerazione, più volte espressa, che mentre nel caso dell'appalto rileverebbe l'organizzazione di carattere imprenditoriale di mezzi e risorse, nel contratto d'opera professionale rileverebbe il carattere personale della prestazione in cui il prestatore realizza il servizio "con lavoro prevalentemente proprio" (art. 2222 c.c.).

#### 4. In particolare, gli incarichi legali e il patrocinio legale

La questione della corretta individuazione della fattispecie di riferimento e quindi del relativo regime da applicare riveste particolare rilievo in relazione agli **incarichi legali**.

È necessario, quindi, comprendere in che m i s u r a l'interpretazione fornita dai giudici contabili della nozione di "consulenza" con riferimento alle tipologie individuate dalla stessa giurisprudenza contabile con riferimento all'art. 7, comma 6 del Testo

Unico sul Pubblico Impiego (cfr. Corte dei Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione n. 6 del 15 febbraio 2005 – Relazione allegata) rientri nella fattispecie dei "servizi legali" di cui all'Allegato II B del Codice dei Contratti Pubblici. In particolare, con espresso riferimento al **patrocinio legale** si evidenzia, inoltre, quanto espresso dall'AVCP (cfr. AVCP determinazione n. 4 del 7 luglio 2011), la quale "ritiene che il patrocinio legale, cioè il contratto volto a soddisfare il solo e circoscritto bisogno di difesa giudiziale del cliente, sia inquadrabile nell'ambito della prestazione d'opera intellettuale, in base alla considerazione per cui il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richieda qualcosa in più, "un quid pluris per prestazione o modalità organizzativa" (cfr. Corte dei Conti, sezione regionale di

cont. di  
malavita

N

controllo per la Basilicata, deliberazione n. 19/2009/PAR)".

Ed ancora in ambito giurisprudenziale, di recente il Consiglio di Stato, dopo aver affermato che "diversamente dall'incarico di consulenza e di assistenza a contenuto complesso, inserito in un quadro articolato di attività professionali organizzate sulla base dei bisogni dell'ente, il **conferimento del singolo incarico episodico**, legato alla necessità contingente, **non costituisca appalto di servizi legali ma integri un contatto d'opera intellettuale** che esula dalla disciplina codicistica in materia di procedure di evidenza pubblica", precisa che "le norme di tema di appalti di servizi vengono, in definitiva, in rilievo quando il professionista sia chiamato a organizzare e strutturare una prestazione, altrimenti atteggiandosi a mera prestazione di lavoro autonomo in un servizio (nella fattispecie, legale), da adeguare alle utilità indicate dall'ente, per un determinato arco temporale e per un corrispettivo determinato" (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 2730 dell'11 maggio 2012). Ancora di recente i giudici di Palazzo Spada sono tornati ad esprimersi in materia specificando che gli enti locali non hanno l'obbligo di affidare il singolo incarico di patrocinio legale mediante una procedura ad evidenza pubblica (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 11 maggio 2012, n. 2730).

Nella predetta pronuncia è stata, infatti, dichiarata la legittimità dell'affidamento, da parte di una Provincia, dell'incarico di difesa per un singolo giudizio ad un avvocato del libero foro, senza previa indicazione di una procedura ad evidenza pubblica.

I Giudici di Palazzo Spada hanno fondato la decisione sulla base della differenti natura esistente tra l'incarico di assistenza e consulenza legale dell'Amministrazione, e l'incarico di difesa dell'Amministrazione per uno specifico giudizio. In relazione al primo dei due, stante la complessità dell'attività esercitata dal professionista, inserita in un quadro di operazioni articolate, organizzate sulla base dei bisogni dell'Ente, sono ravvisabili gli estremi dell'appalto di servizi legali il quale, a mente di quanto disposto dall'Allegato IIB del Codice dei Contratti Pubblici, deve

seguire le regole dell'affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica; mentre, per l'affidamento di un singolo incarico di patrocinio legale a favore dell'Ente, si è ritenuto che esso sia riconducibile alla figura del contratto d'opera intellettuale, che, in quanto tale, esula dal campo d'applicazione del Codice dei Contratti Pubblici, ed è quindi possibile oggetto di affidamento diretto da parte dell'Amministrazione.

In particolare, il Consiglio di Stato nella citata pronuncia chiarisce che "la differenza ontologica [...], ai fini della qualificazione giuridica delle fattispecie e delle ricadute a essa conseguenti in materia di soggezione alla disciplina recata dal codice dei contratti pubblici": l'attività di assistenza e di consulenza giuridica si caratterizza, infatti, per la sussistenza di una specifica organizzazione, dalla complessità dell'oggetto e dalla predeterminazione della durata. Pertanto affinché si possa configurare un "servizio legale" ai sensi del Codice dei Contratti Pubblici è necessario che la prestazione del professionista si caratterizzi per un quid pluris rispetto al singolo incarico occasionale.

Il Consiglio di Stato, dunque, non riconduce l'incarico di difesa legale nell'ambito delle consulenze ex art. 7 del Testo Unico sul Pubblico Impiego, bensì lo ritiene come "una semplice obbligazione di mezzi ovvero quella di porre in essere un comportamento teso al risultato ma non necessariamente, ovviamente, a garantirlo/assicurarlo" configurandolo come "**una sorta di tertium genus (quasi) innestato tra il contratto d'appalto e la specifica consulenza**".

Quanto affermato dal Consiglio di Stato è conforme con quanto precisato nelle ultime pronunce della Corte dei Conti secondo cui "i "servizi legali" di cui all'allegato II B sarebbero oggetto di appalto solo se e quando la prestazione sia riconducibile a tale tipo di contratto. In altre parole, il servizio legale per essere oggetto di appalto richiederebbe un quid pluris, per prestazione o per modalità organizzativa, rispetto alla mera prestazione di patrocinio legale" (cfr. Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Basilicata

deliberazione n. 19/2009).

Il conferimento del singolo incarico per la difesa in giudizio di un ente non è soggetta alla disciplina del Codice dei Contratti Pubblici prevista per i servizi legali di cui all'Allegato II B, anche se devono comunque essere rispettati i principi di imparzialità, trasparenza e adeguata motivazione dell'atto di incarico.

Ancora più di recente sul tema si è di nuovo espressa la Corte dei Conti; in particolare, al fine di individuare entro quali limiti sia consentito l'affidamento diretto dell'incarico, i giudici evidenziano che "In taluni casi, le amministrazioni fanno riferimento ai limiti previsti nel Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 163/2006. Tuttavia, la materia è estranea a quella degli appalti di lavori, di beni o servizi e, pertanto, non può farsi ricorso a detti criteri. Deve invece affermarsi che il ricorso a procedure concorsuali deve essere generalizzato e che può prescindere solo in circostanze del

tutto particolari, come per esempio procedura concorsuale andata deserta, unicità della prestazione sotto il profilo soggettivo, assoluta urgenza

determinata dalla imprevedibile necessità della consulenza in relazione ad un termine prefissato o ad un evento eccezionale" (cfr. Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia, parere n. 59, 19 febbraio 2013).

**Il conferimento del singolo incarico per la difesa in giudizio di un ente non è soggetta alla disciplina del Codice dei Contratti Pubblici prevista per i servizi legali di cui all'Allegato II B**

#### 4. Conclusioni

Alla luce di tutto quanto sin qui detto, e soprattutto dei criteri distintivi degli incarichi professionali e degli appalti di servizi forniti dalla giurisprudenza, è possibile concludere che:

1. qualora il professionista non sia obbligato a operare per l'esecuzione della prestazione con un'organizzazione stabile poiché trattasi di incarico unico, che si deve svolgere in un arco temporale determinato si configura un contratto di prestazione d'opera e, dunque, una consulenza e/o collaborazione autonoma (riconducibile alla nozione di consulenza di cui anche alla deliberazione n. 6/2005 della Corte dei Conti) non soggetta alle norme del Codice dei Contratti Pubblici ma alle norme del Testo Unico sul Pubblico Impiego; (art. 7 TUP)
2. qualora il professionista sia obbligato a operare per l'esecuzione della prestazione

c o n  
un'organizzazione stabile si configura un appalto di servizi e, dunque, trovano applicazione le norme del Codice dei Contratti Pubblici le quali prevedono

forme di affidamento più snelle fra cui l'affidamento diretto per importi inferiori a 40.000 euro ex art. 125 comma 11.

APPALTI



# L'esclusione dalle gare pubbliche per irregolarità fiscale e grave negligenza

MediAPPALTI

di *Giangiuseppe Baj*

## Premessa

Il presente contributo costituisce l'aggiornato approfondimento delle tematiche sviluppate negli articoli pubblicati ai numeri 3 e 7, anno II, di questa rivista, vertenti sulla violazione dei doveri professionali e sulla irregolarità fiscale quali cause di esclusione dalle gare pubbliche. La disamina, in coerenza all'evolversi dei contesti giurisprudenziali, affronterà le questioni attinenti, per un verso, all'individuazione del momento utile alla verifica del requisito della correttezza fiscale e alla rilevanza che, ai predetti fini, esplica la scadenza del termine di presentazione dell'offerta (o della domanda di partecipazione); per altro verso, alla configurabilità della fattispecie ostativa della grave negligenza o malafede

nell'esecuzione di precedenti prestazioni contrattuali affidate da una stazione appaltante diversa da quella che ha indetto la gara, nel caso in cui il nuovo soggetto appaltante che abbia disposto l'esclusione si sia formato a seguito della fusione per incorporazione con la precedente P.A.

## Accertamento definitivo dell'irregolarità fiscale e scadenza del termine di presentazione dell'offerta

La nozione di "violazione definitivamente accertata" è stata delineata nell'articolo pubblicato sul numero 7, anno II (pag. 19), al quale, pertanto, si rimanda. (1) In questa sede, giova invece rammentare che la circolare dell'Agenzia delle entrate n. 34/E del 25 maggio 2007 fornisce già indirizzi operativi in merito alle modalità di attestazione della regolarità fiscale delle imprese partecipanti a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici. In particolare, secondo la menzionata circolare vi è regolarità fiscale quando, alternativamente:

- a carico dell'impresa non risultino contestate violazioni tributarie mediante atti ormai definitivi per decorso del termine

1) Quanto alla "gravità" della violazione tributaria definitivamente accertata, la relativa ricorrenza postula l'omesso pagamento di imposte e tasse per l'importo superiore a diecimila euro (ex art. 48 bis, commi 1 e 2 bis del D.P.R. n. 602/1973), ai sensi dell'art. 4 comma 2 lett. b del D.L. n. 70/2011 conv. in L. n. 106/2011.

2) Cfr. Mediappalti, pag. 19, numero 7, anno 7, giurisprudenza citata alla nota n. 13.

di impugnazione, ovvero, in caso di impugnazione, la relativa pronuncia giurisdizionale (che accerti la regolarità fiscale) sia passata in giudicato; - in caso di violazioni tributarie accertate, la pretesa dell'amministrazione finanziaria risulti, alla data di richiesta della certificazione, integralmente soddisfatta, anche mediante definizione agevolata. La circolare precisa inoltre che non può essere considerata irregolare la posizione dell'impresa partecipante qualora sia ancora pendente il termine di sessanta giorni per l'impugnazione (o per l'adempimento) ovvero, qualora sia stata proposta impugnazione, non sia passata ancora in giudicato la pronuncia giurisdizionale. La giurisprudenza ha dato applicazione ai principi contenuti in detta circolare, affermando che la definitività consegue ad una decisione giurisdizionale passata in giudicato o ad un atto amministrativo di accertamento tributario non impugnato e, quindi, divenuto incontestabile.<sup>(2)(3)</sup> Tanto premesso, la questione affrontata anche recentemente consiste nello stabilire se l'impugnazione dell'avviso di accertamento nel rispetto del termine di legge, ma successivamente alla scadenza di quello previsto dal regolamento di gara per la domanda di partecipazione, sia idonea (o meno) ad integrare il requisito della regolarità fiscale.

La quinta sezione del Consiglio di Stato, con sentenza del 17 gennaio 2013, n. 261, ha avuto occasione di statuire che le violazioni fiscali non possano reputarsi definitivamente accertate allorquando siano contestate in ossequio alle modalità temporali all'uopo fissate dalla legge, anche se in epoca successiva al termine stabilito per la presentazione dell'istanza partecipativa alla gara.

Il precedente non appare in linea con la consolidata giurisprudenza, secondo la quale, nella normativa nazionale vigente,

la soglia temporale entro la quale gli aspiranti concorrenti hanno l'obbligo di dimostrare il possesso dei requisiti prescritti (tra cui quello della regolarità fiscale) coincide con il termine ultimo per la presentazione delle offerte (procedure aperte) o delle domande (procedure ristrette) preventivamente individuato dalla stazione appaltante. Tale limite, secondo il giudice amministrativo, è rispettoso dei principi di trasparenza e di parità di trattamento posti a presidio del corretto svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: infatti, come puntualizzato dalla Corte di Giustizia (nella pronuncia del 9 febbraio 2006 resa nei procedimenti riuniti C226/04 e C228/04), le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto devono essere chiaramente definite in anticipo e richiedono che il termine sia determinato con certezza assoluta e reso pubblico, affinché gli interessati possano conoscere esattamente gli obblighi di gara ed essere assicurati della circostanza che gli stessi valgano per tutti i concorrenti.

Pertanto, la correttezza fiscale, come qualificazione soggettiva dell'impresa in termini di rispetto degli obblighi di legge, espressione di affidabilità della stessa, deve ritenersi esistente (e verificabile) al momento della partecipazione alla gara. Resta irrilevante, per converso, l'eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione fiscale, seppure ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento. <sup>(4)</sup>

Alla stregua delle surriferite considerazioni, quindi, anche l'impugnazione della cartella esattoriale, per escludere il presupposto della definitività dell'accertamento fiscale richiesto ai fini dell'operatività della causa di esclusione dalle procedure di evidenza pubblica, dovrebbe intervenire

3) L'art. 1 comma 5 del D.L. n. 16/2012, definisce il concetto di "violazioni definitivamente accertate" annettendo valenza ostativa, in tema di partecipazione alle procedure di affidamento, al mancato pagamento di debiti fiscali "certi, scaduti ed esigibili". La previsione recepisce l'indirizzo giurisprudenziale di cui si è dato conto nel testo, in quanto: a) la "certezza" postula l'assenza di contestazioni innanzi al giudice tributario (per decorso del termine a ciò preordinato), oppure il passaggio in giudicato della statuizione giurisdizionale che confermi l'accertamento effettuato dalla Agenzia delle entrate; b) la "scadenza" sottende lo spirare del termine per l'adempimento, anche in forma di definizione agevolata, rateizzazione (etc.); c) la "esigibilità" implica che il debito non abbia costituito oggetto di condono o sanatoria fiscale.

4) Cons. Stato, sez. VI, 11 agosto 2009, n. 4928, cit.; idem sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8215.

anteriormente alla scadenza del termine della domanda di partecipazione o dell'offerta.

Invece il Consiglio di Stato, nel precedente sopra richiamato, sembra assegnare decisiva rilevanza alla circostanza che nei confronti della violazione tributaria addebitabile l'impresa abbia formulato contestazione nei termini decadenziali imposti dalla legge, indipendentemente dal momento in cui venga a scadenza il diverso termine di presentazione dell'istanza di ammissione alla gara o dell'offerta.

### **Grave negligenza commessa in danno di altre amministrazioni pubbliche**

Ferma restando la disamina compiuta nell'articolo pubblicato sul numero 3, anno II (pagg. 25-28), alla quale si rinvia, giova qui ribadire, in relazione ai presupposti applicativi dell'art. 38 comma 1 lett. f) del D.lgs. n. 163/2006, che tale disposizione si giustifica con la necessità di garantire, fin dal momento genetico, l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione.

L'esclusione non è automatica, ma deve essere il risultato di una "motivata valutazione" in ordine alla gravità dei pregressi inadempimenti, la quale riveste natura discrezionale ed è soggetta al sindacato del giudice amministrativo nei soli limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti.<sup>(5)</sup> Sul tema, peraltro, si è reiteratamente affermato che non è necessario un definitivo accertamento in sede amministrativa o giurisdizionale della responsabilità del contraente per l'inadempimento riguardante il rapporto contrattuale pregresso, essendo sufficiente la valutazione fatta dalla stessa amministrazione sulla rilevanza della precedente risoluzione per inadempimento

contrattuale, determinata da grave negligenza (o malafede) nell'esercizio delle prestazioni affidate.<sup>(6)</sup>

Da tale premessa la giurisprudenza ha tratto il corollario, logico e giuridico, secondo cui non ha rilievo sui fatti accertati in sede amministrativa la circostanza che il procedimento penale avviato a carico del legale rappresentante dell'impresa concorrente sia stato poi archiviato con decreto del tribunale.<sup>(7)</sup>

Sotto ulteriore profilo, il supremo consesso di giustizia amministrativa ha avuto modo di precisare che l'art. 38 comma 1 lett. f) del D.lgs. n. 163/2006 deve trovare applicazione non solo nel caso di grave negligenza (o malafede) commessa nei confronti della stessa stazione appaltante ma anche nel caso in cui il nuovo soggetto appaltante possa considerarsi il successore del precedente soggetto appaltante (nei cui confronti si è verificata la negligenza). Quindi se due (o più) Asl si fondono in una nuova Azienda sanitaria la grave negligenza commessa nei confronti di una delle Asl fuse può determinare, a seguito di motivata valutazione della nuova stazione appaltante, l'esclusione da una nuova gara dell'impresa nei cui confronti era stata accertata (dalla precedente Asl) la grave negligenza.<sup>(8)</sup>

Tale indirizzo interpretativo, in sostanza, mostra di aderire alla tesi della rilevanza della violazione dei doveri professionali commessa (anche) nei rapporti con stazioni appaltanti diverse da quella che ha indetto la gara.<sup>(9) (10)</sup>

In sintesi, la grave violazione dei doveri professionali è riferibile indistintamente ai contratti stipulati sia 1) dalla stazione appaltante che ha bandito la gara, sia 2) da altre stazioni appaltanti, con la particolarità che nella prima ipotesi la norma invocabile è quella che figura nella prima parte dell'art. 38 comma 1 lett. f),

5) Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2012, n. 3078.

6) Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2012, n. 3078, cit.; Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2012, n. 3666.

7) Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2013, n. 149.

8) Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2013, n. 149, cit.

9) T.A.R. Lombardia, Brescia, 23 giugno 2011, n. 925; Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2010, n. 1500, Determinazione A.V.C.P. n. 1 del 12 gennaio 2010.

10) I giudici accolgono la tesi menzionata nel testo muovendo da un'interpretazione c.d. "comunitariamente orientata" della norma nazionale di riferimento, così articolata: a) poiché il vigente D.lgs. n. 163/2006 si presenta come fonte di recepimento della disciplina comunitaria, l'art. 38 comma 1 lett. f) deve essere

D.lgs. n. 163/2006 (che corrisponde all'abrogato art. 75 comma 1 lett. f, D.P.R. n. 554/1999), mentre nella seconda ipotesi acquista rilevanza applicativa la seconda parte del medesimo disposto.

La differenza attiene altresì alla profondità del discorso motivazionale atto a sorreggere il provvedimento di esclusione, la quale si atteggia diversamente proprio a seconda che la valutazione circa il precedente professionale dell'impresa concorrente sia effettuata dalla stazione appaltante che bandisce la gara, oppure da una diversa. Nel primo caso, infatti, è sufficiente il

richiamo ob relationem all'atto con il quale, in altro rapporto contrattuale di appalto, la stessa Amministrazione abbia provveduto alla risoluzione per inadempimento contrattuale; in altre parole, la motivazione può essere costituita dal riferimento all'episodio già contestato. (1) Nel secondo caso, invece, occorre un approfondito apprezzamento in ordine alla importanza e incidenza negativa sul rapporto fiduciario delle precedenti risoluzioni contrattuali comminate da Amministrazioni diverse da quella che indice la procedura. (12)(13)

APPALTI



interpretato in modo coerente con le indicazioni desumibili dall'art. 45 par. 2 lett. d) della Direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE; b) la predetta norma comunitaria consente l'esclusione di ogni operatore economico che "nell'esercizio della propria attività professionale abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice"; c) tale formula corrisponde a quella della seconda parte dell'art. 38 comma 1 lett. f), D.lgs. n. 163/2006; d) dunque, in via generale, la normativa comunitaria consente di qualificare come ostativo qualsiasi episodio di errore che caratterizzi la storia professionale degli aspiranti concorrenti, purché sia abbastanza grave da metterne in dubbio l'affidabilità; e) la norma nazionale vigente riproduce quella comunitaria e di conseguenza rende rilevanti tutti gli errori professionali ovunque commessi.

11) Ex multis: Cons. Stato, sez. V, n. 296/2010.

12) Tra le tante, cfr. T.A.R. Marche, Ancona, 21 aprile 2008, n. 244.

13) Per una esemplificazione sul punto, cfr. Mediappalti, numero 3, anno III, pag. 28.



## [PARERI SENTENZE]

Giuseppe Morolla

PARERI SENTENZE | APPALTI

### Consiglio di Stato, Sez. III, 03/07/13, n. 3568

La stazione appaltante, nel periodo di "standstill", può stipulare il contratto per evitare un grave danno all'interesse pubblico per la mancata erogazione della prestazione oggetto di gara

Sussisteva, nel caso di specie, la causa esonerativa dall'osservanza dello standstill prevista dall'art. 11, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006, e successive modificazioni, in presenza di grave danno all'interesse pubblico per la mancata erogazione della prestazione oggetto di gara. Non è, invero, in discussione il carattere essenziale delle prestazioni di radio diagnostica per la cura di specifiche e gravi patologie, da erogarsi nei confronti dell'utenza in via continuativa e stabile del tempo. Quanto precede è, inoltre, avvalorato dalla circostanza dell'esito negativo delle domande cautelari presentate dalla società ricorrente in via principale. Si versa, quindi, a fronte di una causa che giustifica l'immediata stipula del contratto, venendo così meno i presupposti per l'irrogazione della sanzione prevista dall'art. 123 cod. proc. amm., in presenza di prestazioni di carattere essenziale per l'erogazione di servizi di assistenza e di cura non procrastinabili nel tempo.

### Consiglio di Stato, Sez. III, 3/7/2013, n. 3565

Gli oneri aziendali di sicurezza devono essere indicati in sede di offerta, quale adempimento imposto dagli artt. 86 comma 3 bis e 87 comma 4 del d.lgs. 163 del 2006

Il Consiglio di Stato torna a pronunciarsi in ordine all'indicazione degli oneri di sicurezza aziendali secondo cui:

- 1) L'indicazione in sede di offerta degli oneri aziendali di sicurezza, non soggetti a ribasso, costituisce - sia nel comparto dei lavori che in quelli dei servizi e delle forniture - un adempimento imposto dagli artt. 86, co. 3 bis, e 87, co. 4, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 ss.mm.ii. all'evidente scopo di consentire alla stazione appaltante di adempiere al suo onere di verificare il rispetto di norme inderogabili a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura da affidare;
- 2) stante la natura di obbligo legale rivestita dall'indicazione, resta irrilevante la circostanza che la lex specialis di gara non abbia richiesto la medesima indicazione, rendendosi altrimenti scusabile una ignorantia legis;
- 3) poiché la medesima indicazione riguarda l'offerta, non può ritenersene consentita l'integrazione mediante esercizio del potere/dovere di soccorso da parte della stazione

appaltante (ex art. 46, co. 1 bis, cit. d.lgs. n. 163 del 2006), pena la violazione della par condicio tra i concorrenti.

## **TAR Sardegna, Sez. I, 21/6/2013, n. 487**

### **Sull'incompatibilità ex art. 90, comma 8, d.lgs. 163/2006 tra progettista ed esecutore**

La disciplina dettata in tema d'incompatibilità dall'art. 90 comma 8, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 va intesa come espressione di un principio generale in forza del quale ai concorrenti ad una procedura di scelta del contraente da parte della p.a. deve essere riconosciuta una posizione omogenea, implicante ex se la più rigorosa parità di trattamento, dovendo comunque essere valutato se lo svolgimento di pregressi affidamenti presso la stessa stazione appaltante possa aver creato, per taluno dei concorrenti stessi, vantaggi incompatibili con i principi, propri sia dell'ordinamento italiano che di quello comunitario, di libera concorrenza e di parità di trattamento; tale valutazione deve peraltro essere effettuata in concreto dalla stazione appaltante, e non con ricerca di eventuali ipotesi tipiche, normativamente individuate dal legislatore, ma deve essere finalizzata ad accertare - per l'appunto, in concreto - l'esistenza di una differente posizione di partenza nella partecipazione alla procedura per l'affidamento dell'incarico di progettazione, che abbia dato origine a un possibile indebito vantaggio per taluno dei partecipanti (Consiglio di Stato, sez. IV, 23 aprile 2012, n. 2402).

## **Consiglio di Stato, Sez. VI, 21/6/2013, n. 3379**

### **In caso di RTI la misura minima del 40% richiesta in capo alla mandataria non può essere raggiunta attraverso l'incremento del quinto**

La questione verte sull'interpretazione da darsi agli artt. 95, comma 2, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e 3 d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, al fine di stabilire se il beneficio dell'aumento del 20% contemplato dalla seconda disposizione sia "spendibile" dall'impresa per dimostrare il possesso del requisito di partecipazione percentuale prescritto dalla prima, ovvero, in altre parole, se in relazione al precetto di cui all'art. 95 citato rilevi la classifica di iscrizione ovvero la capacità tecnica "aumentata" ai fini della qualificazione in concreto per la singola gara. L'art. 3, comma 2, del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 stabilisce che "la qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara". Sul piano letterale, la disposizione di cui all'art. 95, comma 2, facendo riferimento al possesso dei requisiti ivi previsti in una "misura minima" rapportata ai requisiti richiesti in capo alle imprese singole, sembra univocamente riferirsi alla soglia di qualificazione attinta attraverso la mera classifica d'iscrizione, e non già all'entità quantitativa dei lavori realizzabili attraverso il beneficio dell'aumento del quinto, di cui parimenti fruiscono anche le imprese partecipanti individualmente alla gara. Manca inoltre un dato testuale che, attraverso un

richiamo dall'una all'altra disposizione, legittimi l'interprete ad integrare la portata dispositiva dell'una attraverso quella dell'altra.

## Consiglio di Stato, Sez. V, 12/6/2013, n. 3239

### In ordine alle scelte della Amministrazione circa l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

In virtù di consolidati principi elaborati dalla giurisprudenza (cfr. Cons. St., sez. V, 18 febbraio 2013, n. 978; sez. V, 10 gennaio 2013, n. 88; sez. V, 27 giugno 2012, n. 3781, cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74, co. 1, 88, co. 2, lett. d), e 120, co. 10, c.p.a.):

a) nelle gare pubbliche, la formula da utilizzare per la valutazione dell'offerta economica può essere scelta dall'amministrazione con ampia discrezionalità e di conseguenza la stazione appaltante dispone di ampi margini nella determinazione dei criteri da porre quale riferimento per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nonché nella individuazione delle formule matematiche;

b) nella scelta dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sono connaturati i seguenti limiti:

I) i criteri devono essere coerenti, con le prestazioni che formano oggetto specifico dell'appalto e essere pertinenti alla natura, all'oggetto e al contenuto del contratto;  
II) in base all'art. 83, co. 1, d.lgs. 163/2006, il criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa impone alla stazione appaltante di determinare nella legge di gara i criteri di valutazione dell'offerta «pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto»;

III) una volta optato per un determinato sistema (quale l'offerta economicamente più vantaggiosa) il quale riconosce adeguato rilievo alla componente-prezzo nell'ambito della dinamica complessiva dell'offerta, è poi illegittimo l'operato dell'amministrazione la quale fissi regole di gara tali da annullare il rilievo dell'offerta economica nell'economia complessiva dei fattori idonei a determinare l'aggiudicazione.

## Consiglio di Stato, Sez. IV, 10/6/2013, n. 3152

### L'obbligo di specificazione delle parti del servizio da eseguire dalle singole imprese raggruppate o consorziate, sancito dall'art. 37 comma 4, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, costituisce espressione di un principio generale

Il soggetto che intenda partecipare alla gara per l'affidamento di un appalto pubblico deve indicare la ripartizione dei servizi e delle attività oggetto di gara fra le singole imprese affidatarie per consentire all'Amministrazione di verificare se le imprese esecutrici finali delle lavorazioni siano in possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento delle stesse. Anche di recente è stato del resto affermato che l'obbligo di specificazione delle parti del servizio da eseguire dalle singole imprese raggruppate o consorziate, sancito dall'art. 37

comma 4, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, costituisce espressione di un principio generale che non consente distinzioni legate alla natura morfologica del raggruppamento ("verticale" o "orizzontale"), alla tipologia delle prestazioni (principali o secondarie, scorporabili o unitarie) o al dato cronologico del momento della costituzione del raggruppamento temporaneo di imprese (cfr. sul punto Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2012 n. 6513).

## Consiglio di Stato, Sez. III, 10/6/13, n. 3146

### La mancanza della prima pagina del fac-simile di dichiarazione non determina l'esclusione dalla gara

Sebbene la prima pagina del fac-simile di dichiarazione risultava mancante, è altrettanto vero che le altre due pagine erano senz'altro esistenti, complete dei dati richiesti e sottoscritte, datate e timbrate dal legale rappresentante, che le ha espressamente qualificate come "dichiarazione" e con allegazione della copia del documento identificativo fronte retro; pertanto non si vede come non potessero considerarsi atti perfettamente idonei a comprovare le attestazioni in essi contenute risultando del tutto irrilevante che la parola "dichiarazione" e, si badi, il conseguente impegno, fosse rinvenibile nella terza pagina, prima della firma, e non anche all'inizio della dichiarazione, quasi a configurare, a pena di inesistenza, una rigidità sacramentale della dichiarazione stessa, comunque sconosciuta al nostro ordinamento.

## TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 3/6/2013, n. 1295

### Il raggruppamento temporaneo di imprese quale autonomo centro di imputazione di effetti giuridici

Nel caso in oggetto, l'avvalimento è stato effettuato in favore non già di una singola impresa del raggruppamento temporaneo, né di ciascuna delle imprese destinate a costituirlo in caso di aggiudicazione, bensì in favore di un'entità, quale la "costituenda ATI", del tutto priva di soggettività giuridica. L'impostazione prescelta dalle ditte controinteressate disattenderebbe la ratio delle norme che il codice appalti dedica al raggruppamento temporaneo di impresa, le quali non mirano a dar vita ad un soggetto unitario ma, semmai, tendono esclusivamente a individuare l'interlocutore unico dell'Amministrazione appaltante nella gestione del rapporto contrattuale inerente l'appalto. La tesi sostenuta dalla ricorrente principale è suggestiva ma è smentita, in primo luogo, dal tenore letterale dell'articolo 49 del d.lgs 163 del 2006. Infatti, l'articolo 49 del d.lgs 163/2006 stabilisce, invero, che "il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto". Quando il legislatore utilizza l'espressione "concorrente singolo, o consorziato, o raggruppato ai sensi dell'articolo 34" lo fa per affiancare, ai fini del ricorso all'avvalimento, all'ipotesi del concorrente unipersonale quella del concorrente che partecipa alla gara dando vita ad una soggettività



giuridica distinta e separata dalla persona singola o dalle singole imprese che in essa si riuniscono ossia appunto, il consorzio o il raggruppamento temporaneo di impresa. Che il raggruppamento temporaneo di impresa costituisca un autonomo centro di interessi e, del pari, un autonomo centro di imputazione di effetti giuridici è dimostrato, del resto, proprio dalla filosofia di fondo del codice degli appalti che è quella di permettere, anche attraverso l'articolo 49, di ampliare la platea dei concorrenti alle procedure di affidamento di contratti pubblici agevolando, per tal via, il meccanismo concorrenziale.

## **Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture**

**Parere n. 39 del 27/03/2013**

**PREC 283/12/S**

### **In ordine ai c.d. "servizi di punta"**

La giurisprudenza, in materia di enucleazione dei requisiti di accesso alle gare, ha recentemente osservato che "Mediante il contratto di punta la Stazione appaltante seleziona a priori la partecipazione di concorrenti con un certo grado di esperienza, comprovata dall'aver svolto singoli servizi di un rilievo economico certo complessivamente considerati, con l'avvertenza che il valore e la durata di questo singolo contratto devono essere stabiliti con carattere di proporzionalità e di adeguatezza rispetto alla tipologia e all'oggetto della prestazione per la quale è stata indetta la gara" (cfr. TAR Milano, Sez. I, n. 1356 del 15 maggio 2012).

## **Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture**

**Parere n. 34 del 13/03/2013**

**PREC 284/12/L**

**Il contratto di avvalimento non può sostanzarsi nell'impegno generico "a mettere a disposizione in caso di aggiudicazione le risorse necessarie di cui il concorrente è carente"**

L'elemento centrale dell'art. 49 "è dato dall'obbligo di indicare l'oggetto del contratto di avvalimento, vale a dire le risorse e i mezzi prestati, da elencare "in modo determinato e specifico". Nessun dubbio, pertanto, in ordine al fatto che tali elementi debbano essere

specificati analiticamente; diversamente opinando, infatti, si profilerebbe una violazione di legge che potrebbe configurare una causa di esclusione del concorrente dalla gara. Dalle argomentazioni esposte si ricava che il contratto di avvalimento non può sostanziarsi nell'impegno generico "a mettere a disposizione in caso di aggiudicazione le risorse necessarie di cui il concorrente è carente". A ben vedere, quello riportato potrebbe essere il contenuto della dichiarazione prevista dal Codice all'art. 49, comma 2, lett. d), ma poiché viene richiesto un elemento ulteriore, all'art. 49, comma 2, lett. f), il contratto di avvalimento, non vi è dubbio che lo stesso deve offrire un quid pluris, pena il concretizzarsi in un'inutile ripetizione di quanto già fornito alla stazione appaltante. Del resto, al fine di evitare il pericolo che l'avvalimento possa tradursi in una mera circolazione di requisiti, svincolata da qualsivoglia collegamento con le risorse sottostanti, diventa cruciale il passaggio, come più volte sottolineato dalla giurisprudenza, dell'attenta verifica da parte della stazione appaltante della "prova dell'effettiva disponibilità delle risorse prestate". Verifica che presuppone, in primis, una specificazione dei mezzi prestati, quindi il generico impegno a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le risorse necessarie è, in generale, non sufficiente in quanto, pur soddisfacendo in apparenza la lettera della norma, finisce in realtà per tradirne lo spirito. In ogni caso, spetta alla stazione appaltante valutare se il contratto di avvalimento prodotto dall'impresa ausiliaria sia adeguato rispetto alla carenza di requisiti che è chiamato a colmare e fornisca sufficienti garanzie per una corretta esecuzione del contratto" (cfr. AVCP determinazione n. 2 del 1.8.2012). Inoltre, non si ritiene che la stazione appaltante possa ricorrere al potere di soccorso istruttorio ex art. 46, comma 1, D.Lgs. 163/2006, in quanto si tratterebbe, nello specifico caso in esame, non già di chiedere chiarimenti sull'effettiva portata delle dichiarazioni rese, essendo il significato di queste ultime ben chiaro, bensì di integrare ex post la dichiarazione negoziale dell'ausiliaria.

**[A. R. | MOD. APPALTI] RISPONDIAMO**

Massimo Rizzi

**A.D.R.****Quesito:**

**Il Segretario comunale, quale responsabile per la prevenzione della corruzione può, al tempo stesso, essere nominato responsabile dell'ufficio per i procedimenti disciplinari, ovvero si potrebbe configurare una situazione di conflitto di interesse o di incompatibilità?**

**Risposta**

Nel caso in esame, la Commissione indipendente per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche, c.d. CIVIT ha espresso l'avviso che, anche alla luce di quanto previsto dalla circolare n.1/2013 del Dipartimento della Funzione pubblica,

il responsabile della prevenzione della corruzione non può rivestire contemporaneamente il ruolo di responsabile dell'ufficio per i procedimenti disciplinari, versandosi in tale ipotesi in una situazione di potenziale conflitto di interessi.

**Quesito:**

**È consentito a una pubblica amministrazione stipulare un contratto di locazione passiva?**

**Risposta**

La locazione passiva è quel contratto di locazione dove la pubblica amministrazione è conduttore di un immobile di proprietà di terzi.

Gli ultimi interventi del legislatore in

materia, in un'ottica di contenimento della spesa pubblica, tendono a disincentivare l'utilizzo di questa tipologia contrattuale da parte delle pubbliche amministrazioni. In particolare, l'art. 3 del decreto legge sulla spending review prevede la riduzione

del canone di locazione del 15% rispetto a quanto attualmente corrisposto anche per i contratti in corso, nonché molte limitazioni al rinnovo del rapporto di locazione.

L'art. 3 del decreto sulla spending review, nell'ambito di una serie di misure finalizzate alla razionalizzazione del patrimonio

pubblico, esprime pertanto un generalizzato disfavore per le locazioni passive, limitando la possibilità di rinnovare i contratti dopo la scadenza e di stipularne di nuovi e imponendo la riduzione dei relativi costi (cfr. Deliberazione della Corte dei conti, sez. regionale di controllo per il Lazio 09/01/2013 n. 3)

### **Quesito:**

**E' ancora possibile il rilascio del certificato camerale, da richiedere alle C.C.I.A.A. con la dicitura antimafia?**

### **Risposta**

Dal 13 febbraio 2013 le Camere di Commercio non sono più competenti a rilasciare il certificato del registro imprese integrato con la dicitura antimafia che per legge era parificato alla «comunicazione» antimafia, mentre «l'informazione» antimafia era rilasciata solo dalle Prefetture. Il cambio di competenze è stato previsto dal D. lgs. n. 218/2012 e precisato dal ministero dell'Interno.

Fino al 12 febbraio il certificato veniva richiesto alle Camere di Commercio dagli enti pubblici (soprattutto i Comuni) e dai gestori di servizi pubblici, nelle procedure per gli appalti e il controllo delle attività economiche.

Questi enti e gestori devono ora richiedere:  
a) la comunicazione antimafia alla Prefettura che ha tempo 45 giorni dalla richiesta per rispondere - termine che peraltro non è perentorio - per gli affidamenti a partire da 150.000,00 Euro

e fino alle soglie comunitarie; b) l'informativa antimafia per gli affidamenti oltre la soglia comunitaria.

Queste regole sul rilascio della documentazione antimafia rimarranno in vigore fino al funzionamento della banca dati nazionale antimafia gestita dal ministero la quale dovrà rilasciare la stessa «immediatamente».

La Prefettura ha tempo 45 giorni per rispondere, e il termine non è perentorio. Questo comporta un allungamento dei tempi a carico delle imprese che hanno bisogno del certificato con la dizione antimafia per la partecipazione agli appalti. Si è così creata, ed era facilmente prevedibile, una situazione che danneggia sia le imprese sia gli enti pubblici perché i tempi per la stipula dei contratti e il rilascio delle autorizzazioni si allungheranno, mentre le Camere rilasciavano i certificati ai Comuni e altri organismi in media entro due giorni e, quando possibile, anche il giorno stesso.



**Quesito:**

**Come viene inquadrata la figura dell' "Institore" all'interno della normativa sugli appalti pubblici?**

**Risposta**

Il ruolo dell'institore disegnato dall'art. 2203 c.c. quale soggetto preposto dal titolare all'esercizio di un'impresa commerciale, lo caratterizza come alter ego dell'imprenditore. L'institore, infatti, è titolare di una posizione corrispondente a quella di un vero e proprio amministratore, munito di poteri di rappresentanza, cosicché deve anche

essere annoverato fra i soggetti tenuti alla dichiarazione ex art. 38 D. Lgs. n. 163/2006.

La peculiarità del ruolo, determinata dall'ampiezza dei poteri di rappresentanza allo stesso attribuiti dalla legge, lo differenzia in modo significativo dalla diversa figura del procuratore, che, infatti, non può ritenersi tenuto a rendere la dichiarazione de qua.

**Quesito:**

**In caso di presentazione della garanzia provvisoria sotto forma di fideiussione, il concorrente è tenuto a fornire il certificato da cui risultino i poteri di rappresentanza del soggetto che sottoscrive la fideiussione?**

**Risposta**

Sicuramente sì. Ai fini della prestazione della cauzione provvisoria per la partecipazione a pubbliche gare d'appalto, l'art. 75 del D.lgs. n. 163/2006 consente il ricorso alla fideiussione bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 106 del D.lgs.n. 385/1993.

In tali casi, se il soggetto garante è una persona giuridica (Istituto di credito, Compagnia assicuratrice), il sottoscrittore del documento fideiussorio deve essere titolare del potere di obbligare la società garante, ovvero un soggetto dotato dei poteri di rappresentanza, un institore, o anche un procuratore munito del potere di impegnare la società garante.

In base alle norme del codice civile sulla fideiussione, l'uso della modulistica propria dell'Istituto di credito (o della Compagnia assicuratrice), non è di per sé idonea e sufficiente a dimostrare il potere del sottoscrittore di impegnare l'istituto, né l'assunzione dell'obbligazione fideiussoria da parte dello stesso.

Ciò comporta che la stazione appaltante ha sempre la facoltà di esigere gli elementi giustificativi dei poteri di rappresentanza del sottoscrittore della garanzia fideiussoria, cui corrisponde un obbligo dei concorrenti di fornirli.

Dunque, l'operatore economico che intenda prestare la garanzia nelle forme della fideiussione, deve a tal fine fornire alla stazione appaltante, a semplice richiesta di questa, assieme al documento fideiussorio

anche il documento dal quale risultino gli elementi giustificativi dei poteri del sottoscrittore di impegnare il soggetto garante o, in alternativa, una semplice dichiarazione sostitutiva (cfr. T.A.R. Veneto, sent. n. 1037/2011; T.A.R. Lombardia, sent. n. 4555/2010).

La presentazione della fideiussione priva della documentazione richiesta circa i poteri del sottoscrittore non è causa di esclusione dalla gara, in virtù del principio di tassatività delle cause di esclusione, ma è soggetta a regolarizzazione (cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 3351/2012).

### **Quesito:**

**È obbligatorio utilizzare le Convenzioni Consip per la fruizione di prestazioni inerenti il Medico del Lavoro e simili?**

### **Risposta**

La Convenzione per "Servizi relativi alla Gestione Integrata della Salute e Sicurezza sui luoghi di lavoro negli immobili in uso a qualsiasi titolo alle Pubbliche Amministrazioni" - Lotto 3 (Liguria, Toscana, Umbria e Marche) prevede servizi indipendenti e singolarmente acquistabili, tra cui il Piano di Sorveglianza Sanitaria che include:

1. Gestione del PSS (redazione o revisione del PSS, aggiornamento del PSS e nomina del Medico Competente);
2. opzionalmente (ma non ordinabile senza la "Gestione del PSS") la Funzione di

coordinamento dei Medici Competenti nei casi previsti dall'art. 39 c. 6 del D.Lgs 81/08 e s.m.i.;

3. opzionalmente (ma non ordinabile senza la "Gestione del PSS") lo svolgimento di Visite mediche e accertamenti;

Se il fabbisogno prevede il solo servizio di cui al punto 3, non è applicabile la Convenzione, e con essa l'obbligo di acquisto, perché detto servizio non è acquistabile singolarmente. Per analogo motivo non è applicabile neanche l'obbligo di rispettare i parametri di prezzo del servizio non acquistato in Convenzione, sebbene sia consigliabile impiegare tale riferimento.

**Quesito:**

**Quali sono gli obblighi di un Ente Comunale con riferimento alle Convenzioni Consip inerenti le merceologie di energia elettrica, gas, carburanti rete e carburanti extra-rete, combustibili per riscaldamento, telefonia fissa e telefonia mobile?**

**Risposta**

Con riferimento alle merceologie indicate dal D.L. 6 luglio 2012, n. 95 (conv. in L. n. 135/2012), l'art. 1 individua l'obbligo per le Pubbliche Amministrazioni di approvvigionarsi attraverso le Convenzioni o gli Accordi Quadro messi a disposizione da Consip e dalle centrali di committenza regionali o ad esperire proprie autonome procedure utilizzando i sistemi telematici di negoziazione sul mercato elettronico e sul sistema dinamico di acquisizione messi a disposizione da Consip e dalle centrali di committenza regionali. In alternativa è consentito procedere ad

approvvigionamenti da altre centrali di committenza o da procedure di evidenza pubblica a corrispettivi inferiori a quelli indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip e dalle centrali di committenza regionali. Si rammenta infine che in tali casi i contratti dovranno essere sottoposti a condizione risolutiva con possibilità per il Contraente, nel caso di intervenuta disponibilità di convenzioni Consip e delle centrali di committenza regionali che prevedano condizioni di maggior vantaggio economico, di adeguamento a detti corrispettivi.

**Quesito:**

**In caso di ricorso ad una fornitura attraverso il MEPA, quali sono i controlli che devo eseguire sulle varie Imprese che inviterò alla RdO? Che cosa si intende per "Data di Scadenza Validità delle dichiarazioni necessarie rilasciate ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 445/2000 ai fini della partecipazione alle iniziative sotto riportate" che è segnalata per ogni ditta?**

**Risposta**

Un'Impresa per abilitarsi al MePA deve possedere dei requisiti di Capacità Tecnica e di Capacità Economica e Finanziaria indicati nello specifico Bando. Consip richiede esclusivamente una autocertificazione del possesso di tali requisiti, ma sarà compito dell'Amministrazione provvedere

successivamente alla comprova dei requisiti, prima della stipula del Contratto. L'impresa è tenuta a ripetere l'autocertificazione ogni 6 mesi ai sensi della normativa vigente. Ecco il motivo della affermazione "Data di Scadenza Validità delle dichiarazioni necessarie rilasciate ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 445/2000 ai fini della partecipazione alle iniziative sotto riportate".

## [ PILLOLE]

### La certificazione di esecuzione prestazioni ai sensi dell'art. 42, comma 3 bis del d. lgs. 163/2006

Mariarosaria di Canio

Secondo il disposto dell'art. 42, comma 3-bis, del D.Lgs. 163/06 "Le stazioni appaltanti provvedono a inserire nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 6-bis del presente Codice, secondo il modello predisposto e pubblicato dall'Autorità sul sito informatico presso l'Osservatorio, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, la certificazione attestante le prestazioni di cui al comma 1, lettera a), del presente articolo rese dai fornitori e dai prestatori di servizi, entro trenta giorni dall'avvenuto rilascio...". In virtù di quanto previsto, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ha elaborato il nuovo Modello unico di certificazione esecuzione prestazioni, valido per lavori, servizi e forniture, articolato in 7 sezioni:

- 1) dati anagrafici della stazione appaltante;
- 2) prestazioni previste negli atti di gara e riferite allo specifico contratto;
- 3) dati anagrafici dei soggetti affidatari;
- 4) dati relativi al contratto (date di inizio e di fine delle prestazioni, eventuali sospensioni, importi inizialmente previsti e importi rideterminati a seguito di eventuali variazioni contrattuali, ecc.);
- 5) riepilogo delle prestazioni, ovvero la

sommatoria degli importi di dettaglio riportati nelle altre sezioni;

6) dettaglio delle prestazioni eseguite;

7) dichiarazione sulla prestazione resa.

Mediante la predisposizione di un modello unico di certificazione CEP/CEL, si è inteso riassumere i dati delle prestazioni di un intero contratto (e, quindi, comprensivo tutti i lotti di cui l'appalto si compone, anche se riferiti a CIG diversi) in corso di esecuzione o già completato, diversamente da quanto avviene oggi per i CEL in cui ciascun certificato riporta esclusivamente i dati relativi ad un solo CIG ed alla sola componente lavori.

In caso di RTI, GEIE o Consorzio, il certificato rilasciato dalla stazione appaltante è uguale per tutti i soggetti riuniti e riporta in maniera distinta le informazioni relative a ciascun soggetto, in modo da assicurare una maggiore trasparenza delle prestazioni eseguite.

La trasmissione di tali dati in un unico documento garantirebbe una maggiore trasparenza nella comunicazione delle vicende contrattuali che coinvolgono più soggetti (RTI, GEIE, Consorzio), in quanto, in tal caso il certificato sarà uguale per ogni soggetto, riportando in maniera distinta le informazioni relative a ciascun componente. Sino al primo luglio 2013 sarà possibile per tutti gli interessati far pervenire le loro osservazioni in merito utilizzando l'apposito modulo disponibile sul sito dell'Autorità di Vigilanza. Sulla base di queste ultime, l'Autorità implementerà la procedura informatica affinché possano assorbirsi le informazioni già presenti nei sistemi SIMOG e Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti nella precompilazione automatica dei relativi



campi, anche al fine di ampliare le banche dati dei requisiti speciali disponibili sul sistema dell'Avcpass.

Infine, il certificato potrà essere richiesto

per tutti gli appalti, tuttavia, potrà essere diverso il livello di precompilazione del modello in relazione alle informazioni già disponibili nei sistemi dell'Autorità.

# **Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture**

## **Certificati Esecuzione Lavori Indicazioni alle stazioni appaltanti, alle SOA ed alle imprese sulle emissioni CEL**

**Deliberazione n. 24 del 23 maggio  
2013**

**Indicazioni alle stazioni appaltanti,  
alle SOA e alle imprese in materia di  
emissione dei certificati di esecuzione  
lavori**

**Il Consiglio**

Visto l'art. 40, comma 3, lett. b) del D. Lgs 12 aprile 2006, n. 163 (d'ora innanzi "Codice") che, in tema di qualificazione per eseguire lavori pubblici, dispone che tra i requisiti tecnico-organizzativi rientrano i certificati rilasciati alle imprese esecutrici di lavori pubblici (d'ora innanzi "CEL") da parte delle stazioni appaltanti.

Visto l'art. 8, comma 7, lett. a), del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (d'ora innanzi "Regolamento") per il quale le stazioni appaltanti inseriscono nel casellario informatico, secondo le modalità telematiche previste dall'Autorità, i CEL entro 30 giorni dalla richiesta dell'esecutore.

Visto l'art. 83, comma 7, del Regolamento ai sensi del quale, qualora le SOA nell'attività di attestazione rilevano l'esistenza di CEL non presenti nel casellario informatico, provvedono a darne comunicazione alle stazioni appaltanti e

Pubblicata la Deliberazione n. 24 del 23 maggio 2013 con cui l'Autorità fornisce indicazioni sulla corretta emissione dei Certificati di Esecuzione Lavori ai soggetti interessati: stazioni appaltanti, Società Organismi di Attestazione (SOA) ed imprese.

Il procedimento previsto nella Delibera, che sarà pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, riguarda tutti i CEL utili ai fini della qualificazione dell'impresa, indipendentemente dalla loro data di emissione. Dalla data di pubblicazione dell'atto nella G.U., decadranno gli effetti della precedente Determinazione n. 6 del 27 luglio 2010.

all'Autorità per gli eventuali provvedimenti da emanarsi ai sensi dell'art. 6, comma 11, del Codice.

Visto l'art. 83, comma 7, del Regolamento, ultimo periodo, che sancisce che i CEL non sono utilizzabili fino al loro inserimento nel casellario informatico.

Visto l'art. 6, comma 11, del Codice in tema di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (d'ora innanzi "Autorità").

Visto l'art. 8, comma 8, del Regolamento per il quale, in caso di inosservanza di quanto prescritto al comma 7, si applicano le sanzioni di cui all'art. 6, comma 11, del Codice.

Considerato che l'art. 6 bis del Codice dispone che, dal 1° gennaio 2013, le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori verifichino il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per le procedure disciplinate dal Codice esclusivamente tramite la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (d'ora innanzi "BDNCP"), istituita presso l'Autorità.

Vista la Deliberazione n. 111 del 20.12.2012 con la quale è stata data attuazione alla previsione

normativa di cui al predetto art. 6 bis del Codice.

Considerato il notevole rallentamento nell'attività di attestazione delle imprese provocato dal mancato rilascio dei CEL per via telematica con le conseguenti gravi ripercussioni sul regolare andamento del mercato dei contratti pubblici.

Ritenuto di concorrere a ridurre gli oneri amministrativi derivanti degli obblighi informativi che gli operatori economici devono sostenere per partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Considerata l'esigenza di semplificazione del processo di partecipazione, qualificazione e verifica dei requisiti per l'aggiudicazione di appalti pubblici avvertita

da tutti gli attori del sistema, di ridurre i costi, accelerare e rendere più trasparente il processo di gara.

Ritenuto pertanto di fornire indicazioni ai soggetti interessati in ordine alla corretta emissione dei CEL.

### **Delibera**

**Art. 1.** L'impresa esecutrice di lavori pubblici interessata alla utilizzazione di CEL ai fini della qualificazione, deve avanzare apposita, formale richiesta di emissione alla stazione appaltante ai sensi dell'art. 8, comma 7, lett. a), del Regolamento.

**Art. 2.** La stazione appaltante è tenuta ad emettere i CEL secondo le modalità telematiche indicate dall'Autorità; a tale scopo è possibile consultare il Manuale Utente presente sul sito dell'Autorità all'indirizzo [www.avcp.it](http://www.avcp.it), nella Sezione Servizi ad accesso riservato. Vai alla guida al servizio. L'emissione deve avvenire entro il termine di trenta giorni dalla richiesta dell'impresa esecutrice. La stazione appaltante rilascia all'impresa richiedente copia del CEL emesso con modalità telematiche ovvero comunica il numero di inserimento prodotto dalla procedura informatica.

**Art. 3.** L'impresa che intende avvalersi, ai fini della qualificazione SOA, di un certificato relativo a lavori eseguiti presso una determinata stazione appaltante, presenta alla SOA medesima copia del CEL telematico ovvero comunica il numero di inserimento informatico del CEL. L'impresa esecutrice che non ha ricevuto riscontro dalla stazione appaltante a seguito di formale istanza di emissione di CEL, può presentare alla SOA la documentazione attestante l'anzidetta richiesta.

**Art. 4.** La SOA, qualora nell'attività di attestazione di cui all'art. 40, comma 3, lett. b) del Codice, riscontra che il CEL non è presente nel casellario informatico, ne

dà diretta comunicazione alla stazione appaltante e all'Autorità per l'eventuale adozione del provvedimento sanzionatorio.

La segnalazione delle SOA di mancata ottemperanza deve essere inviata all'Autorità corredata della documentazione di comprova dell'avvenuta ricezione da parte della stazione appaltante della richiesta avanzata dall'impresa esecutrice dalla quale sono computati i prescritti 30 giorni per l'emissione del CEL.

**Art. 5.** Il procedimento previsto nei precedenti articoli riguarda tutti i CEL utili ai fini della qualificazione dell'impresa, indipendentemente dalla loro data di emissione.

**Art. 6.** A decorrere dalla data di pubblicazione della presente Deliberazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, cessa di svolgere i propri effetti la Determinazione n. 6 del 27 luglio 2010.

Il Consigliere Relatore: Luciano Berarducci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositata presso la Segreteria del Consiglio in data 28 giugno 2013





## SCHEDA DI ABBONAMENTO

### MEDIAPPALTI

Da compilare e spedire via fax al numero 0883.570189 con la ricevuta del pagamento oppure si colleghi al sito [www.mediappalti.it/abbonamenti.php](http://www.mediappalti.it/abbonamenti.php).

Sì, desidero abbonarmi alla rivista MediAppalti per un anno.

- ☐ Scelgo l'abbonamento on-line a € 120,00
- ☐ Scelgo l'abbonamento cartaceo a € 160,00
- ☐ Scelgo l'abbonamento on-line+cartaceo a € 200,00

Il sottoscritto

|                                        |  |                                           |  |
|----------------------------------------|--|-------------------------------------------|--|
| Nome e cognome                         |  | In nome del soggetto/ente (cui fatturare) |  |
| Sede del soggetto/ente (cui fatturare) |  | Partita Iva e C.F. (cui fatturare)        |  |
| Recapito fax e telefono                |  | Recapito e-mail                           |  |

In caso di abbonamento cartaceo la consegna avverrà

|     |       |       |
|-----|-------|-------|
| A:  |       |       |
| Via |       | N.    |
| CAP | Città | Prov. |

Pago l'importo dovuto con:

☐ **Bonifico bancario intestato a:** Mediagraphic srl, IBAN: IT77 X030 1503 2000 0000 3448 502, causale: abbonamento Rivista MediAppalti

☐ **C/c postale n° 53970661 intestato a:** Mediagraphic srl, Via Palmitessa 40 - 76121 Barletta, causale: abbonamento Rivista MediAppalti.

Dichiaro di aver preso visione dell'informativa (consultabile tramite il link <http://www.mediappalti.it/privacy.php>) e di accettare le modalità di utilizzo dei dati per le finalità indicatemi nell'informativa stessa

Data     /    /    

Firma \_\_\_\_\_

N.B. Il riepilogo dei seguenti dati sarà inviato tramite e-mail all'indirizzo su indicato.

**MEDIAPPALTI**

[www.mediappalti.it](http://www.mediappalti.it)  
 Pubblicità: [pubblicita@mediappalti.it](mailto:pubblicita@mediappalti.it)  
 Servizio abbonamenti: [abbonamenti@mediappalti.it](mailto:abbonamenti@mediappalti.it)

**Mediagraphic**

Redazione: Mediagraphic s.r.l.  
 Voi Palmitessa, 40 - 76121 Barletta  
 Telefono: 0883.527171 Fax: 0883.570189

NOTE

**A.D.R.**  
A Domanda  
Rispondiamo

IL NUOVO SERVIZIO CHE OFFRE  
RISPOSTE PUNTUALI E SPECIFICHE  
AI QUESITI CHE INERISCONO ALLE  
SEGUENTI AREE DI INTERVENTO:

Appalti pubblici

Responsabilità Pubblica Amministrazione  
e dei propri dipendenti

Atti e procedimento amministrativo

Convenzioni Consip e acquisti sul MePa

## Le forme del servizio

- ✓ Risposta al singolo quesito.
- ✓ Abbonamento a un numero predefinito di quesiti.
- ✓ Abbonamento annuale, senza limiti di quesiti.
- ✓ Parere "pro - veritate"

Oltre al servizio di risposte ai quesiti,  
Mediaconsult mette a disposizione dei propri  
Clienti, l'accesso  
all'archivio di  
tutti i quesiti a cui  
precedentemente  
ha già dato



risposta per permettere un confronto indiretto  
con colleghi di altri Enti e un processo di  
autodidazione che sicuramente è di ausilio  
nello svolgimento del lavoro quotidiano.

**MEDIA  
CONSULT**

Mediaconsult Srl  
tel. +39 045 43 11 05 74  
www.mediaconsult.it

MEDIA APPALTI®



IN MANI SICURE

## SERVIZI MEDIACONSULT

### - A.D.R. - A Domanda Rispondiamo

Forniamo soluzioni ai quesiti nelle seguenti aree di intervento: Appalti Pubblici, MEPA e convenzioni Consip, Responsabilità della P. A. e Procedimento Amministrativo.

### - Albo Fornitori qualificati all'interno del MEPA

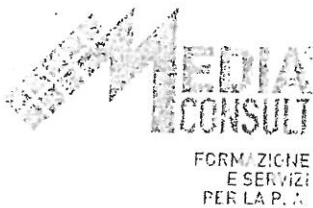
Forniamo una soluzione per gestire all'interno del MEPA il proprio Albo di fornitori qualificati

### - Albo Fornitori - Professionisti e Gara Telematica

Offriamo un software che garantisce la possibilità di gestire in maniera intuitiva, sicura e pratica l'Albo Fornitori e Professionisti e la Gara Telematica.

### - Attività di assistenza per acquisti effettuati attraverso il MePA e/o per adesioni a Convenzioni Consip

Alfianchiamo le Stazioni Appaltanti, sia nelle questioni normative sia nelle problematiche di natura tecnica, nel corretto utilizzo del Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione e nella ricerca ed eventuale adesione a convenzioni Consip.



### - Verifica dei contratti in uso finalizzata alla "messa a norma" ed alla razionalizzazione della spesa

Contratti di telefonia e sulle utenze, gli Enti si ritrovano contratti "tacitamente rinnovati" che rischiano di comportare aumenti di spesa, danno erariale e debito fuori bilancio. Il nostro servizio individua queste situazioni ed individua le soluzioni che minimizzano il rischio e la spesa.

### - Seminari

Organizziamo seminari e corsi brevi su tutto il territorio nazionale. Sono occasioni per approfondire tematiche di aggiornamento tecnico e professionale, per confrontarsi sulle più recenti disposizioni normative, per acquisire metodologie utili per la gestione operativa.

### - Corsi di formazione in house

Costruiamo progetti di formazione su misura. L'approccio, in questo caso, è specialistico e prevede il coinvolgimento di un team di progettisti e di esperti di tematiche tecniche, manageriali e di aggiornamento professionale.

### - Questionario dei fabbisogni formativi

Abbiamo progettato un questionario telematico al fine di individuare, per ciascun profilo, le esigenze di formazione e di aggiornamento professionale del singolo e dell'intera Organizzazione.