ANCE ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI

*Direzione Legislazione Opere Pubbliche*

# RACCOLTA DELLE NEWS PUBBLICATE

## 22 SETTEMBRE 2020
## 5 NOVEMBRE 2020

*Direzione Legislazione Opere Pubbliche*

**ID 41665 del 24 settembre 2020**

**Oggetto: ANAC: nelle SIOS vige ancora il limite del 30% a subappalto**

Considerato l'incerto quadro normativo sul subappalto, determinato dalle ultime sentenze della Corte di giustizia UE, **non appare giustificabile *sic et simpliciter* la disapplicazione del limite percentuale del 30% previsto dal Codice dei contatti** per le categorie super-specialistiche (o SIOS).

**E' quanto affermato dall'ANAC che** - approfondendo la portata delle sentenze della Corte di giustizia del 26/09/2019 (causa C-68/18) e del 27/11/2019 (causa C-402/18) – **ha ritenuto ancora vigente il suddetto regime speciale** riservato alle suddette categorie (*cfr.* deliberazione 4 agosto 2020, n. 704 adottata all'esito di una istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, relativa ad un affidamento di lavori per la realizzazione di una scuola).

La ragione di tale soluzione, secondo l'ANAC va **ricercata proprio nella *ratio* del Codice dei contratti**, d.lgs. 50/2016 (art. 89, co. 11) che prevede una disciplina speciale laddove sono «*necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali*» (ossia SIOS o super-specialistiche).
Infatti, per tali lavorazioni il legislatore ha voluto prevede a un regime normativo speciale, atto a **rafforzare l'esigenza di assicurare che l'esecuzione di tali opere sia effettuata da un appaltatore qualificato**.

Ciò trova conferma, nel divieto di avvalimento (art. 89, comma 11 *cit.*) e, specificatamente, nel divieto al superamento del limite percentuale del 30% al subappalto, oltre il quale l'appaltatore deve costituire un raggruppamento con impresa specificatamente qualificata per l'esecuzione di tali categorie (art. 105, comma 5).

Inoltre, nelle citate sentenze della Corte UE **neppure viene esplicitata la necessaria disapplicazione di queste ultime disposizioni**, non presentando alcun riferimento a tali tipologie di opere né tantomeno alla loro natura e al regime normativo speciale che le contraddistingue.

A fronte di un profilo di oggettiva incertezza applicativa delle norme sul subappalto, l'ANAC richiama:

- il **T.A.R. Lazio**, **secondo il quale** non contrasta con il diritto comunitario la disciplina in vigore sul subappalto dettata dall'art. 1, comma 18, d.l. n. 32/2019 conv. con modifiche con l. n. 55/2019 in quanto «*La Corte ha considerato in contrasto con le direttive comunitarie in materia il limite fissato, non escludendo invece che **il legislatore nazionale possa individuare comunque**, al fine di evitare ostacoli al controllo dei soggetti aggiudicatari, **un limite al subappalto proporzionato rispetto a tale obiettivo***» (sez. I, sent. 24 aprile 2020, n. 4183);

- il **Consiglio di Stato**, **che ha evidenziato la natura speciale della previsione** riferita a tali categorie di lavori, considerando che «*l'art. 105, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 introduce un espresso divieto di suddivisione del subappalto applicabile alle sole opere c.d. super-specialistiche (o SIOS) di importo superiore al 10% dell'intero appalto. Si tratta, con tutta evidenza, di una norma di carattere speciale **che, a contrario, consente di inferire l'insussistenza di una restrizione analoga per le opere non SIOS e/o che per importo non superino la soglia fissata ex lege***» (sez. III, ord. coll. 10 giugno 2020, n. 3702);
- il **T.A.R. Toscana**, **secondo cui la sentenza della Corte di Giustizia ha** statuito il divieto generalizzato di ricorrere al subappalto, senza escludere « *che in casi specifici, con riferimento a determinate tipologie di appalto come quelle riguardanti le opere super-*

*specialistiche, non possa essere* ***giustificato un limite percentuale all'esperibilità del subappalto in relazione alla natura particolare delle prestazioni da svolgere, come prevede l'art. 63, paragrafo 2, della direttiva UE n. 2014/24****. Quest'ultimo stabilisce infatti che (anche) nel caso di appalti di lavori le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che alcuni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente*» (sez. II, sent. 9 luglio 2020, n. 898).

Tanto evidenziato, secondo l'Autorità, l'incerto quadro normativo non appare giustificare *sic et simpliciter* la disapplicazione del limite percentuale del 30% per le SIOS, in ragione dei principi espressi dalla Corte di giustizia UE.

Ad avviso dell'ANCE, la **soluzione dell'ANAC presenta elementi di criticità**.

Infatti, se da un lato, l'esecuzione di lavorazioni super-specialistiche può rappresentare senz'altro quelle "prestazioni essenziali" dell'appalto, rispetto alle quali, secondo la normativa comunitaria, la stazione appaltante potrebbe valutare l'esigenza di richiedere l'esecuzione diretta dell'appaltatore; d'altro lato, l'apposizione *tout court* di un il limite invalicabile del 30% per l'esecuzione delle SIOS non appare però idonea a **rispondere alle contestazioni della Corte di giustizia, avversa all'apposizione un limite "generale ed astratto".**

A conclusioni simili è giunto anche il Supremo Consesso, il quale ha riconosciuto che il limite quantitativo posto al subappalto «*deve ritenersi superato per effetto delle sentenze della Corte di giustizia*» (Cons. St., sez. V, sent. n. 389 del 2020, da ultimo richiamata da TAR Aosta, Sez. unica, 3 agosto 2020, n. 34, in cui si ritiene che per tale motivazione sia superato anche il limite del 40% al subappalto previsto dalla L. n. 55/2019 di conversione al decreto "sblocca cantieri").

Giova inoltre ricordare che contro la sentenza del TAR Toscana, citata dall'ANAC, è stato proposto appello (n. 202006544/2020) e che nella stessa pronuncia viene peraltro osservato che il limite del 30% sussiste senza alcune riferimento alla percentuale che le stesse rivestono nell'economia generale del contratto da affidare, anche al di sotto del 10%.

Ciò con l'effetto di determinarne l'applicazione del suddetto limite anche per importi irrisori, laddove appare ancor più difficile identificare tali lavori con i *"compiti essenziali"* previsti – ai fini di giustificare l'eccezione al generale libertà di subappalto - dalla disciplina europea.
Da notare, infine, che strettamente connessa a tale problematica è quella dell'interpretazione dell'ulteriore limite previsto dall'art. 105, comma 5 del Codice, secondo cui il subappalto «*non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso*».

Infatti, è stato oggetto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE, da parte della sopracitata ordinanza Consiglio di Stato n. 3702/2020, **l'ammissibilità del subappalto "necessario" o "qualificante" nel caso in cui l'appaltatore**, in possesso della sola qualificazione per la categoria "prevalente" e non anche di quella scorporabile, ne **abbia frazionato i requisiti di partecipazione** tra più imprese subappaltatrici cumulando i relativi importi qualificazione (sulla ammissibilità del subappalto qualificante, *cfr.*, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 9 aprile 2020, n. 2330).

Non si dubita, ad avviso dell'ANCE, che una eventuale risposta negativa della Corte Ue complicherebbe ulteriormente una già complessa disciplina del subappalto.

---

***Link esterni***

- Autorità nazionale anticorruzione - delibera n. 704 del 4 agosto 2020
- Corte di giustizia UE, sentenza del 26 settembre 2019 (causaC-63/18)
- Corte di giustizia UE, sentenza del 27 novembre 2019 (C-402/18)
- Consiglio di Stato, sez. V, ord. coll. 10 giugno 2020, n. 3702

- Consiglio di Stato, sez. V, 9 aprile 2020, n. 2330
- Consiglio di Stato, sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389
- T.A.R. Val d'Aosta, Sez. unica, 3 agosto 2020, n. 34
- T.A.R. Toscana, sez. II, 9 luglio 2020, n. 898
- T.A.R. Lazio, sez. I, 24 aprile 2020, n. 4183

***Link interni***

- NEWS ID 41196 DEL 30 luglio 2020

*Appalti pubblici: nuova bocciatura per i limiti al subappalto*

- NEWS ANCE ID n. 40070 del 15 maggio 2020

*Sentenze "a confronto" su subappalto*

- NEWS ANCE ID n. 38646 del 25 febbraio 2020

*Appalti pubblici: focus sui nuovi limiti al subappalto*

ANCE ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI

*Direzione Legislazione Opere Pubbliche*

**ID 41691 del 25 settembre 2020**

**Oggetto: In Gazzetta la legge di conversione del "Decreto Semplificazioni": le novità per le opere pubbliche**

È stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale**,** Serie Generale n.228 del 14-09-2020 - Suppl. Ordinario n. 33, la **legge 11 settembre 2020, n. 120,** di conversione del **decreto 16 luglio 2020, n. 76,** recante "*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*" – entrato in vigore lo scorso 17 luglio.

Tale provvedimento è entrato in vigore il 15 settembre u.s.

L'ANCE fa il punto sulle principali novità per il settore dei lavori pubblici, tenuto conto anche delle modifiche introdotte in fase di conversione del decreto legge n. 76/2020, predisponendo un **DOSSIER DI ESAME E COMMENTO** dell'articolato.

Nell'ottica di facilitare gli operatori del settore – imprese e stazioni appaltanti - il Dossier offre **PRIME INDICAZIONI** per l'applicazione delle nuove disposizioni, analizzando i principali problemi operativi che le stesse stanno generando.

**2 allegati**
Dossier ANCE conversione DL Semplificazioni_DEF
Testo coordinato DL Semplificazioni

*Direzione Legislazione Opere Pubbliche*

**ID 41804 del 2 ottobre 2020**

**Oggetto: illecito professionale - analizzati gli effetti del falso reso dal concorrente**

Negli appalti pubblici, **la falsità di informazioni rese** dal concorrente sull'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, **è riconducibile all'ipotesi prevista dall'illecito professionale**, che richiede una valutazione **sulla loro idoneità a sviare le valutazioni** della stazione appaltante o di incidere integrità e affidabilità del concorrente.

Di contro, **è solo residuale l'ipotesi di automatica espulsione per falsa dichiarazione** che richiede una situazione di fatto per la quale possa porsi l'alternativa logica vero/falso.

È quanto deciso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in merito l'**esatta configurazione dell'omessa dichiarazione**, da parte della concorrente ausiliata, **riguardante la temporanea interruzione del rapporto consortile tra una consorziata e il Consorzio Stabile ausiliario** (*cfr.* sentenza 28 agosto 2020 n. 16, rimessa dalla sez. V con ord. 9 aprile 2020, n. 2332).

Nel caso specifico **la stazione appaltante aveva ritenuto** di poter applicare l'esclusione automatica prevista ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. *f-bis)*, del d.lgs. n. 50 del 2016, codice dei contratti pubblici, e, quindi, **di non dover svolgere alcuna valutazione di incidenza sull'integrità ed affidabilità del concorrente**, prevista nel caso di grave illecito professionale di cui alla (allora) lettera *c)* dello stesso articolo (ora *c-bis per effetto delle modifiche di cui al DL 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55*).
Al riguardo, l'Adunanza Plenaria censura anzitutto la valutazione della stazione appaltante, perché **la dichiarazione sulla cifra d'affari dell'ausiliario non può essere di per sé considerata falsa**.

Infatti, non è contestabile che la consorziata abbia conseguito la cifra d'affari esposta dal Consorzio, ma la valutazione di **carattere giuridico relativa alla persistente validità del rapporto consortile** - anche dopo la delibera di sospensione della consorziata, priva di un'attestazione SOA - **al fine di ammetterne eventualmente il cumulo in capo al Consorzio della cifra d'affari** realizzata.

**La necessità di interpretare le norme giuridiche** dell'art. 47 del codice dei contratti, concernente la qualificazione dei consorzi stabili, o i patti consortili, **esclude – secondo** l'Adunanza Plenaria - **l'ipotesi di falsità** prevista ai sensi della *lett. f-bis)* citata, **predicabile solo rispetto una situazione di fatto** per la quale possa porsi l'alternativa logica vero/falso, *vale a* dire una dichiarazione per la quale si possa predicare che *«la realtà cui essa si riferisce sia in rerum natura»* (è stata quindi esclusa, ad es., l'applicabilità di tale fattispecie escludente - Cons. St., Sez. V, n. 5627/2020 - nel caso di discordanza tra il dato formale e quello sostanziale di un importo economico indicato nell'offerta tecnica).

Diversamente, **l'illecito professionale** di cui alla *lett. c)* [***ora c-bis)***], non presuppone alcuna situazione fattuale per la quale si possa porre immediatamente l'alternativa vero/falso, ma che **l'informazione potenzialmente falsa** sia **diretta ed in grado di sviare l'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti concernenti la procedura di gara**.

Sotto tale profilo, l'Adunanza Plenaria valorizza l'importanza degli **obblighi dichiarativi posti a carico dei concorrenti**, che si estendono ad «*ogni dato o informazione comunque rilevante*», poiché **strumentali rispetto alla valutazione di competenza della stazione appaltante**.

Quest'ultima, infatti, deve **stabilire se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante**; **se** inoltre la stessa **era in grado di sviare le proprie valutazioni**; ed infine **se il**

**comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità**. Del pari dovrà stabilire allo stesso scopo **se quest'ultimo ha omesso di fornire informazioni rilevanti**, sia perché previste dalla legge o dalla normativa di gara, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità.
La citata *lett. c)*, presuppone quindi **una valutazione sulla integrità e affidabilità del concorrente**, senza alcun automatismo espulsivo, **e qualora manchi tale valutazione**, in ragione del principio di separazione dei poteri, **non può essere rimessa al giudice amministrativo** (*cfr.* art. 34, comma 2, c.p.a., secondo cui il giudice non può pronunciare «*con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*»).

Di contro, **laddove tale valutazione sia stata svolta, operano per essa i consolidati limiti del sindacato di legittimità** rispetto a valutazioni di carattere discrezionale, per cui l'amministrazione rimane la sola che può fissare «*il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente*» (*cfr.* Cassazione, sezioni unite civili, nella sentenza del 17 febbraio 2012, n. 2312).

**Il sistema così descritto**, ricorda l'Adunanza Plenaria, ha carattere completo e **coerente con la causa di esclusione "facoltativa" prevista a livello sovranazionale**, consistente nella commissione di «*gravi illeciti professionali*» tali da mettere in dubbio l'integrità dell'operatore economico e da dimostrare con «*mezzi adeguati*», ai sensi dell'art. 57, par. 4, lett. c), della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, poi attuata con il codice dei contratti pubblici attualmente vigente.

Ne consegue che, a fronte di un potenziale conflitto di norme potenzialmente concorrenti ossia quelle contenute nelle *lett. c)* e *f-bis)*, deve applicarsi **il criterio di specialità** (art. 15 delle preleggi), **dando prevalenza alla lettera *c)*** [***ora c-bis)***], caratterizzata dall'elemento specializzante di informazioni false o fuorvianti finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante «*sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione*» e concretamente idonee ad influenzarle (come osservato dal Consiglio di Stato, nella suddetta sent. n. 627/2020, ciò esclude che l'illecito possa applicarsi in ragione di un elemento ritenuto irrilevante ai fini dell'attribuzione del punteggio).

Coerentemente, secondo l'Adunanza Plenaria, l'**ambito di applicazione della lettera *f-bis)* rimane confinata alle ipotesi in cui le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false**, **senza alcun margine di opinabilità**, e non siano finalizzate all'adozione dei provvedimenti di competenza dell'amministrazione suddetti o comunque relativa al corretto svolgimento di quest'ultima, secondo quanto previsto dalla lettera c).

Traslando le considerazioni ora svolte al caso di specie, la Stazione Appaltante avrebbe potuto/dovuto verificare l'ipotesi di illecito di cui alla lett. *c)*, constatando l'irrilevanza della cifra d'affari della consorziata contestata ai fini del raggiungimento dal requisito di capacità economico-finanziaria minimo previsto dal bando di gara.

In conclusione, a parere dell'ANCE, è apprezzabile l'orientamento suddetto che, in funzione visione teleologica dei motivi di esclusione, ne escludono l'applicazione laddove si riconosca la *dichiarazione/informazione contestata come* «*priva di qualsivoglia rilevanza sia […] ai fini della gara, sia ai fini dell'integrità e affidabilità del RTI aggiudicatario» dell'aggiudicatario (cfr. Cons. St.* sent. n. 627/2020).

---

***Link esterni***

- ***Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 28 agosto 2020, n. 16***
- ***Consiglio di Stato, Sez. V, 25 settembre 2020, n. 5627***

**ID 41991 del 15 ottobre 2020**

**Oggetto: esclusione dalle gare - la pratica concordata**

Nelle gare di appalto, ai fini dell'esclusione per aver reso offerte imputabili ad un unico centro decisionale, **l'eventuale parallelismo tra le offerte dei concorrenti può essere considerato prova di una pratica concordata qualora**, indipendentemente da riscontri diretti, **la concertazione ne costituisca l'unica spiegazione plausibile**.

E' quanto emerge in una sentenza del Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di una sanzione imposta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM). La sanzione era stata applicata ad alcuni concorrenti dopo l'esclusione - ex art. 80, comma 5, lett. *m)* del Codice dei contratti, d.lgs. 50/2016 - da una gara di servizi bandita da Consip AdA, per aver attuato una "pratica concordata" in danno della concorrenza (sent. Sez. VI, 6 ottobre 2020, n. 5885).

A tale proposito, il giudice amministrativo ha osservato che l'intesa restrittiva vietata può realizzarsi sia mediante un "accordo", sia mediante una "pratica concordata".

La "pratica concordata" realizza un'**intesa restrittiva volta a creare con una forma di coordinamento e cooperazione consapevole** (concertazione) tra imprese, per il quale non viene richiesto alcun accordo (che rappresenta un diversa fattispecie vietata), ma è **sufficiente che vi sia stato un mero contatto diretto o indiretto fra le imprese** (*cfr.* Corte Giustizia, causa 48/69).

Le prove indirette della "pratica concordata" che possono essere prese in considerazione sono quelle **indicative dell'esistenza di contatti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni non** corrispondenti alle condizioni **normali del mercato** (*cfr*. Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123).

Sotto tale aspetto, l'eventuale **parallelismo tra le condotte dei concorrenti** «*può essere considerato prova di una concertazione soltanto qualora la concertazione ne costituisca l'unica spiegazione plausibile*» e non può essere giustificata dalla libera volontà di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti, tenuto conto della natura dei prodotti, dell'entità e del numero delle imprese e del volume del mercato (Corte di Giustizia, cause riunite C- 23 89/85, C-104/85, C-114/85, C-117/85 e da C-125/85 a C-129/85 Woodpulp).

Aiuta in tal senso una valutazione complessiva delle condotte delle singole imprese, da considerare «*tasselli di un mosaico, i cui elementi non sono significativi di per sé, ma come parte di un disegno unitario, qualificabile quale intesa restrittiva della concorrenza*» (Consiglio di Stato, 2 luglio 2018, n. 4010).

Una volta ricostruito il meccanismo, in giudizio, l'eventuale giudice di merito adito potrà applicare **il principio di "*congruenza narrativa*"**, "*in virtù del quale **l'ipotesi sorretta da plurimi indizi concordanti può essere fatta propria nella decisione giudiziale** quando sia l'unica a dare un senso accettabile alla 'storia' che si propone per la ricostruzione della intesa illecita […] o sia comunque nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa astrattamente esistente*" (Consiglio di Stato, 18 maggio 2015, n. 2514).

Di contro, incomberà **sulle imprese *"l'onere di fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte e dei loro contatti"*** (Consiglio di Stato, 4 settembre 2015, n. 4123; Trib. UE, 2.4.2013, causa T-442/08, CISAC/Commissione).

Con riferimento alla fattispecie in esame, tali **principi venivano applicati al caso in esame** dove i concorrenti avevano evitato di competere in occasione della gara, presentando ognuna sconti (posizionati intorno a due valori pilotati di 30-32% e 10-15%) più elevati nei lotti "assegnati", senza mai sovrapporsi e, con riferimento ai lotti di interesse delle altre parti, non presentando offerta o presentando offerte di appoggio del tutto inidonee a vincere il lotto.

Motivo per cui sia la Stazione appaltante sia l'AGCM avevano dedotto che le parti, coordinandosi a livello di "network", avevano presentato delle offerte economiche differenziate per i vari lotti in gara, secondo uno schema comune che appariva indicativo di dinamiche concertative.

Il Consiglio di Stato, nel respingere il ricorso, valorizzava la chiara volontà sottesa alle evidenze del caso in esame, rispetto a cui risultavano inconferenti le "spiegazioni alternative" addotte dalle società a giustificazione della propria condotta anomala, anche sotto il profilo della razionalità economica della strategia di gara.

***Link esterni***

- Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 ottobre 2020, n. 5885
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 luglio 2018, n. 4010
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2514
- Corte Giustizia, Sentenza della Corte del 14 luglio 1972, causa 48/69
- Corte di Giustizia, cause riunite C- 23 89/85, C-104/85, C-114/85, C-117/85 e da C-125/85 a C-129/85 Woodpulp

*Direzione Legislazione Opere Pubbliche*

**ID 42097 del 22 ottobre 2020**

**Oggetto: Decreto Semplificazioni: Ricorso a procedure ordinarie**

In risposta a due quesiti sugli appalti sotto-soglia, il Ministero delle Infrastrutture chiarisce i limiti di utilizzo delle procedure ordinarie, in sostituzione delle procedure semplificate disciplinate D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con legge n. 120/2020, cd. decreto "Semplificazioni".

Come è noto, infatti, il **decreto "Semplificazioni"**, senza ulteriori precisazioni, **rende cogente per gli appalti sotto soglia comunitaria l'applicazione delle procedure semplificate**, previste all'art. 1, comma 2, in deroga agli articoli 36, comma 2 e 157, comma 2 del d.lgs. 50/2016, Codice dei contratti pubblici.

Per l'effetto, nella predetta fascia di importo, le procedure di affidamento nei lavori si sono ridotte a:
* affidamento diretto negli appalti di importo inferiore a 150.000 euro;
* procedura negoziata senza bando negli appalti sopra-soglia, previa consultazione di almeno 5 operatori economici (10 a partire da 350.000 euro, 15 da 1 milione di euro) e pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali delle Stazioni appaltanti.

A seguito dell'entrata in vigore di tale disciplina, sono tuttavia sorti **dubbi, anzitutto, relativi alla facoltà della stazione appaltante di fare comunque ricorso alle procedure ordinarie** (procedure aperte) e, **in seconda battuta**, laddove ciò fosse possibile, **sulla applicabilità delle ulteriori disposizioni derogatorie** del "Semplificazioni", che all'art. 1, commi 3 e 4 prevedono, tra l'altro:
* l'affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente;
* l'esclusione automatica dalla gara delle offerte anomale, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a 5 (e non 10 come previsto dall'art. 97 comma 8 del Codice);
* l'esenzione dalla richiesta delle garanzie provvisorie o nel caso di motivata necessità il dimezzamento del relativo ammontare (art. 93 del Codice).

Su tali problematiche **è intervenuto il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti**, esprimendo in proposito il proprio parere in risposta a due quesiti pervenuti (parere n. 735 del 24 settembre 2020).
Riguardo alla prima problematica, il Ministero ha definitamente chiarito che l**e modalità di affidamento suddette sono da intendersi come obbligatorie**, poiché sostituiscono, fino al 31 dicembre 2021, quelle contenute all'art. 36 del d.lgs. 50/2016. Tuttavia, lo stesso "***ritiene che non sia comunque precluso il ricorso alle procedure ordinarie****, in conformità ai principi di cui all'art. 30 del d.lgs. 50/2016, a condizione che tale possibilità non sia utilizzata per finalità dilatorie*".

La risposta del Ministero conferma quindi la posizione (sostenuta, ad esempio, anche da ANAC) che aveva fin da subito ritenuto utilizzabili, anche nel periodo emergenziale, le procedure ordinarie (vedi sul punto anche Vademecum ANCE del 25 settembre 2020).
Qualora la stazione optasse per la procedura ordinaria, il Ministero specifica che:
1. tali affidamenti **dovranno avvenire comunque nel rispetto dei tempi previsti dal nuovo decreto**;
2. **potranno essere utilizzate le semplificazioni procedimentali** introdotte dal decreto;
3. è **consigliabile dar conto di tale scelta mediante motivazione**.

Con riferimento al punto 1, il decreto "Semplificazioni" prevede che l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente avviene entro il termine di due mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento, aumentati a quattro mesi nei casi di cui al

comma 2, lettera b), ossia di affidamenti compresi tra 150.000 euro e soglia comunitaria. In questo contesto vale la pena rammentare anche le "accelerazioni" previste dall'art. 8, comma 1, (consegna in via d'urgenza, sopralluogo, **riduzione dei termini per ragioni di urgenza,** avvio delle procedure anche in assenza di documenti di programmazione di cui all'art. 8).

Con riferimento al punto 3, da evidenziare che è stata esplicitata, seppure come suggerimento, la motivazione per il ricorso a procedure aperte, previsto nelle bozze iniziali del decreto in esame seppure per le procedure sopra-soglia.

Sul punto **l'ANCE aveva** peraltro **già anticipato che**, anche in mancanza di uno specifico obbligo, **l'utilizzo dei sistemi di gara ordinari dovesse essere congruamente motivato**, in ragione del rispetto del principio di non aggravamento del procedimento, nonché del rispetto dei termini di conclusione del procedimento, come fissati dal decreto "Semplificazioni" e in conformità con gli obiettivi emergenziali di una gara improntata ai canoni di massima celerità e flessibilità (vedi sul punto Vademecum ANCE del 25 settembre 2020 e TAR Lazio, sent. 2020, n. 10268/2020).

Infine, il Ministero precisa che i commi 3 e 4 dell'art. 1 del decreto "Semplificazioni" si applicano solo laddove siano utilizzate le procedure previste al comma 2, (ossia affidamento diretto e negoziate senza bando, ivi disciplinati).

***Link esterni***

· TAR Lazio, Roma, Sez. I- quater, 9 ottobre 2020, n. 10268

· Testo presentato dall'ANAC, in occasione dell'audizione presso le Commissioni riunite 8^ Lavori pubblici, comunicazioni e 1^ Affari costituzionali del Senato della Repubblica

***Link interni***

- Vademecum ANCE - NEWS ID n. 41691 del 25 settembre 2020

**1 allegato**

parere735_2020_ pdf

*Direzione Legislazione Opere Pubbliche*

**NEWS ID N. 42239 DEL 3 NOVEMBRE 2020**

**Lancio:** **CCT: occorre fare riferimento al valore stimato dell'appalto**

**Abstract:** **Il MIT ha chiarito che per verificare l'obbligatorietà della costituzione del Collegio Consultivo Tecnico è necessario verificare il valore stimato dell'appalto, non l'importo a base di gara**

**(*Approfondimenti procedure di gara*)**

In riscontro ad un quesito postogli, il MIT ha dichiarato che al fine di stabilire l'obbligatorietà o meno della costituzione del Collegio Consultivo Tecnico occorre fare riferimento non all'importo a base d'asta, **bensì al valore stimato dell'appalto**.

Ciò sul presupposto che l'art. 6 del D.L. Semplificazioni ha introdotto l'obbligo di nominare un Collegio Consultivo Tecnico solo per gli appalti di lavori pari o superiori alla soglia comunitaria, attribuendo una mera facoltà alle stazioni appaltanti di costituire il suddetto organo negli appalti sotto-soglia

Tanto premesso, il Ministero ha chiarito che per **valore stimato** di un appalto - da prendere, quindi, in considerazione al fine di valutare l'eventuale superamento della soglia comunitaria - debba intendersi il valore derivante dalla somma dell'importo a base di gara (al netto di Iva e/o di altre imposte e contributi di legge), nonché degli oneri per la sicurezza dovuti a rischi da interferenze non soggetti a ribasso e di eventuali opzioni, rinnovi, premi e pagamenti.

Pertanto, **per determinare il valore stimato dell'appalto, all'importo a base d'asta devono esser aggiunti – eventualmente - opzioni, rinnovo, premi e pagamenti**.

Inoltre, è stato specificato che, trattandosi dell'indicatore cui fare riferimento per determinare l'importo dell'appalto, il suddetto valore stimato si rivela altresì fondamentale ai fini dell'individuazione della corretta procedura da seguire nell'aggiudicazione di un appalto, con gli annessi obblighi di pubblicità (differenti a seconda che si tratti di un contratto di rilevanza europea oppure contratto sotto-soglia), nonché per verificare l'adempimento degli obblighi previsti dall'art. 21 del Codice, relativi alla programmazione dei lavori pubblici.

In conclusione, il Ministero ha aggiunto che tale importo è anche quello da indicarsi in occasione di richiesta del Codice Identificativo di Gara (CIG).

**1 allegato**
PaereMIT 718_2020

*Direzione Legislazione Opere Pubbliche*

**NEWS ID N. 42247 DEL 3 NOVEMBRE 2020**

**Lancio:** **ANCE pubblica le FAQ sul "Decreto Semplificazioni", a seguito della sua conversione in legge**

**Abstract**: **Pubblicate le FAQ ANCE sulle principali questioni interpretative in materia di lavori pubblici relative al decreto Semplificazioni, n. 76 del 16 luglio 2020, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120.**

Il 15 settembre scorso, com'è noto, è entrata in vigore la **legge 11 settembre 2020, n. 120,** di conversione del **decreto 16 luglio 2020, n. 76,** recante "*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*" (vedi NEWS ANCE ID N. 41691 DEL 25 SETTEMBRE 2020).

ANCE fa il punto sulle principali questioni interpretative sorte a seguito delle novità che tale provvedimento ha introdotto in tema di lavori pubblici, pubblicando le relative FAQ.

**1 allegato**
FAQ - Questioni aperte DL SEMPLIFICAZIONI

*Direzione Legislazione Opere Pubbliche*

**NEWS ID N. 42268 DEL 5 NOVEMBRE 2020**

Lancio: **pubblicato il nuovo Regolamento dell'AGCM sul rating di legalità**

Abstract: **dal 20 ottobre in vigore il nuovo Regolamento AGCM sul rating di legalità, approvato a seguito della consultazione pubblica degli operatori conclusa nel mese di febbraio**

Dal 20 ottobre u.s. è in vigore il nuovo Regolamento attuativo in materia di rating di legalità, adottato dall'AGCM con la Delibera del 28 luglio 2020 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 259 del 19 ottobre, nonché sul Bollettino dell'Antitrust n. 41/2020.

Il nuovo Regolamento è frutto di alcune modifiche apportate al testo a seguito della consultazione pubblica degli stakeholder avviata dall'AGCM e conclusa nel mese di febbraio, in occasione della quale ANCE ha potuto esprimere osservazioni e pareri sulla bozza di testo disponibile.

Si ricorda che il rating di legalità è un indicatore del rispetto di elevati standard di legalità da parte delle imprese che ne abbiano fatto richiesta.

Possono richiedere l'attribuzione del rating le imprese (sia in forma individuale che societaria) che soddisfano **cumulativamente** i seguenti requisiti:

- sede operativa in Italia;
- fatturato minimo di due milioni di euro nell'esercizio chiuso nell'anno precedente a quello della domanda;
- iscrizione nel registro delle imprese o REA da almeno due anni alla data della domanda;
- rispetto degli altri requisiti sostanziali richiesti dal Regolamento.

Tale riconoscimento avviene mediante l'attribuzione di un punteggio, compreso tra un minimo di una e un massimo di tre "stellette".

L'impresa che presenta la domanda ottiene il punteggio base ★, qualora rispetti tutti i requisiti di cui all'articolo 2 del Regolamento attuativo in materia di Rating di Legalità.

Tale punteggio base potrà essere incrementato di un "+" per ogni requisito aggiuntivo che l'impresa rispetta tra quelli previsti all'art. 3 del Regolamento. Il conseguimento di tre "+" comporta l'attribuzione di una stelletta aggiuntiva, fino a un punteggio massimo di ★★★.

Il rating di legalità ha durata di due anni dal rilascio ed è rinnovabile su richiesta.

Di seguito, le principali novità del Regolamento, e le osservazioni formulate da ANCE in sede di consultazione.

**AMBITO DI APPLICAZIONE SOGGETTIVO ED OGGETTIVO**

➢ **All'articolo 1, relativo alle definizioni**, viene introdotta la possibilità di fare domanda per l'ottenimento del rating per le imprese che siano iscritte da almeno due anni al **Repertorio Economico ed Amministrativo (REA).**

Con tale previsione, si estende quindi la possibilità di richiedere il rilascio del rating ai soggetti non obbligati ad iscriversi al registro delle imprese, ossia:

- imprese con sede principale al di fuori del territorio nazionale, che aprano un'unità locale in Italia;
- associazioni o altri enti non societari che esercitano, oltre alla propria attività istituzionale, anche, in via sussidiaria, una attività economica.

In sede di consultazione, intervenendo sull'articolo 1, ANCE aveva evidenziato la necessità di **eliminare l'importo dei 2 milioni di fatturato** quale soglia minima per poter ottenere il rating di legalità.

Ciò, in quanto, ad avviso dell'Associazione:

- in piena coerenza con il carattere facoltativo di tale strumento, è necessario consentirne l'accesso a tutti i soggetti potenzialmente interessati;
- è necessario non discriminare l'accesso al rating sulla base di un elemento che, essendo meramente economico (il fatturato), appare del tutto estraneo alle finalità che la stessa normativa si propone, e che, considerata la crisi ultra decennale che ha colpito il settore, rischia di penalizzare in modo eccessivo le imprese di più piccole dimensioni, oltre che quelle di nuova costituzione;
- occorre garantire la parità di trattamento fra le imprese concorrenti alle gare di appalto, considerato che l'articolo 95, comma 13, del Codice dei contratti pubblici prevede il rating di legalità fra i criteri premiali attribuibili dalla stazione appaltante ai fini dell'aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa.

Tale osservazione, tuttavia, non è stata recepita nel documento finale.

➢ **All'articolo 2, relativo ai requisiti per l'attribuzione del rating di legalità,** è stato **ampliato il novero dei soggetti dell'impresa da sottoporre a verifica ai fini dell'attribuzione del rating.**

Tra essi, sono stati ricompresi:

- nelle imprese individuali, gli institori ed i soggetti con delega sulle materie di cui ai reati previsti dall'art. 2;
- nelle imprese collettive, i medesimi soggetti di cui sopra, oltre ai soci persone fisiche titolari di partecipazioni di maggioranza o di controllo;
- nelle imprese con forma societaria, controllate o sottoposte ad attività di direzione e coordinamento da parte di altra società o ente, gli amministratori della società controllante o della società o dell'ente che esercitano attività di direzione e coordinamento.

**Dal punto di vista oggettivo**, è stato espressamente previsto il mancato rilascio del rating per decreto penale di condanna **divenuto irrevocabile**, o per **sentenza di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 del codice di procedura penale.**

Inoltre, tra i reati ostativi sono stati inseriti quello di **trasferimento fraudolento di valori, quello di usura e la bancarotta fraudolenta.**

È stato poi disposto che non ostano al rilascio del rating di legalità **le comunicazioni o informazioni interdittive antimafia di cui sia stata sospesa l'efficacia.**

Il rating potrà essere rilasciato nel caso in cui le partecipazioni di controllo dell'impresa siano state oggetto di sequestro ai sensi del codice di procedura penale, con nomina di un custode o amministratore giudiziario.

**Per quanto concerne l'ambito di operatività dell'articolo 2,** ad avviso di ANCE sarebbe stato opportuno **eliminare il riferimento alle misure cautelari personali e/o patrimoniali, già presenti nel testo della norma.**

Infatti, il mantenimento di detto riferimento testuale implica che non rileverebbero solo le (ben diverse) misure di prevenzione del "codice antimafia" e le condanne irrevocabili per i reati elencati, ma tutti i procedimenti penali pendenti (anche nella fase di indagini preliminari), per qualsiasi reato (anche non in elenco), nel cui ambito sia stato adottato un provvedimento cautelare (magari solo un sequestro). Collegare ad una situazione necessariamente eccezionale e provvisoria - qual è quella che consente all'autorità giudiziaria di adottare un temporaneo provvedimento limitativo della libertà o della disponibilità di beni – la perdita di un requisito rilevante quale il rating di legalità risulta assolutamente ingiustificato.

Inoltre, **sarebbe stato opportuno prevedere l'irrevocabilità delle le sentenze di condanna** e delle sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti (c.d "patteggiamento"), al fine di attribuire agli stessi valore di accertamento definitivo della responsabilità penale, così come la previsione tra i motivi ostativi della **mancata adozione di misure cautelari.**

Fino a che non abbiano acquisito valore di cosa giudicata, infatti, i provvedimenti del giudice penale non possono essere produttivi di effetti pregiudizievoli, in ragione dell'operare della presunzione di innocenza di cui all'art. 27, comma 2 Cost.

Infine, **ANCE aveva proposto l'eliminazione del riferimento ai reati in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro di cui al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81**.

**Con riferimento, poi, alla possibilità del rilascio del rating ove l'accertamento abbia ad oggetto un importo non superiore a 1.000 euro e, nel caso di più accertamenti, non superiore a 3.000, intervenuti nel biennio antecedente la richiesta di rating, Ance aveva criticato i suddetti** valori soglia, in quanto eccessivamente bassi e penalizzanti soprattutto per le imprese medio-grandi, che lavorano su una pluralità di cantieri.

Questa prescrizione, infatti, rischia di impedire a tali imprese l'accesso al rating in quanto inserita nell'attestazione del legale rappresentante dell'impresa con la quale si ottiene la prima stella. Il dato richiesto dal Regolamento – basandosi su requisiti prefissati e non variabili - non è compatibile con il fatturato delle imprese: il fatturato rappresenta un chiaro indice di produttività ed è correlato ai lavori realizzati dalle imprese stesse. Ed è evidente che quanto più un'impresa lavora, tanto più è esposta al sistema sanzionatorio in materia di salute e sicurezza dei lavoratori.

Pertanto, l'Associazione aveva proposto di:

**1. Modificare la prescrizione inserendo – in luogo di una soglia fissa - un dato percentuale da rapportare al fatturato dichiarato nell'ultimo bilancio approvato,**

**esprimendo contrarietà** – in caso di accoglimento della soluzione prospettata - al mantenimento di una soglia fissa da intendere come limite massimo da non superare.
**2. In alternativa, prevedere che il limite costituito da una percentuale sul fatturato, fosse riferito alla soglia complessiva da non superare (oggi 3.000 euro),** fermo eventualmente un limite di importo adeguatamente innalzato per la singola violazione, individuato in relazione alla gravità.

Anche tali osservazioni non sono state recepite nel documento finale.

**PROCEDIMENTO DI ATTRIBUZIONE**

- **All'articolo 5, sul procedimento per l'attribuzione del rating**, è stato previsto che, nel caso in cui l'impresa richiedente non risponda alla richiesta di integrazioni dell'AGCM nel caso di comanda incompleta, entro 30 giorni, l'istanza di rilascio del rating si intende respinta.

In ogni caso, a prescindere dall'incompletezza documentale, si prevede che l'AGCM possa chiedere all'impresa di fornire informazioni e documenti rilevanti, per il rilascio del rating.

- **All'articolo 6, in materia di durata, modifica, rinnovo, annullamento, sospensione e revoca**, si introduce la specificazione secondo cui, nel caso di sospensione del procedimento ai sensi dell'articolo 5, comma 3-ter (ossia nel caso in cui emergano o siano segnalati da autorità preposte al controllo della legalità, elementi o comportamenti dell'impresa che possano incidere sul rating, anche sotto il profilo della violazione di regole di diligenza e di mancato rispetto dei principi di legalità dell'ordinamento, da cui può derivare la sospensione del procedimento per 12 mesi prorogabili per ulteriori accertamenti) è altresì sospesa l'efficacia del rating di cui si chiede il rinnovo.

Si prevede, altresì, che il termine di rilascio del rating di cui all'art. 5, c. 1, pari a 60 giorni dal ricevimento della richiesta, nel caso in cui vi sia un subprocedimento di accertamento ai sensi del medesimo art. 5, decorre dalla data di presentazione delle osservazioni eventualmente richieste all'impresa o, in mancanza, dalla scadenza del termine di 15 giorni di cui l'impresa dispone per presentarle.

- **All'articolo 7, relativo agli obblighi informativi**, viene portato a 30 giorni il termine per comunicare all'Autorità le variazioni dei dati riportati nei certificati camerali, tra i quali rientrano evidentemente anche le variazioni societarie.

In caso di mancato rispetto del termine, si prevede la revoca del rating ed il divieto di presentare una nuova domanda prima di un anno dalla cessazione del motivo ostativo.

Si prevede, altresì, che, nel caso in cui l'evento comunicato rilevi ai fini della determinazione del punteggio, l'Autorità disponga gli aggiornamenti necessari, dandone conto nell'elenco delle imprese con rating. Tali aggiornamenti non incidono sulla data di scadenza del *rating.*

Adi avviso di ANCE, t**ale sanzione appare eccessivamente sproporzionata rispetto alla violazione, consistente in un mero ritardo comunicativo e non nella perdita dei requisiti sostanziali per l'accesso al rating.**

Infatti, considerato che il rating può incidere sia sull'ottenimento di finanziamenti pubblici che sulla possibilità di aggiudicarsi gli appalti, l'impossibilità di presentare una nuova domanda

prima di un anno appare un lasso di tempo ingiustificatamente gravoso, che può compromettere l'esercizio dell'attività di impresa.

- **All'articolo 8, relativo all'elenco delle imprese con rating**, si introduce il divieto dell'utilizzo del Logo dell'Autorità. In caso di violazione, si prevede la sospensione del rating fino alla sua rimozione.

**1 Allegato**
Estratto Bollettino 41_2020

**News ID N. 42271 DEL 5 NOVEMBRE 2020**

**Lancio: Il Consiglio di Stato dichiara l'illegittimità degli oneri di committenza nelle gare telematiche ASMEL**

**Abstract: Accogliendo le tesi dell'ANAC, il Consiglio di Stato ha confermato la gratuità delle piattaforme di *e-procurement* e ha ribadito che, per esercitare le funzioni di Centrale di committenza, occorre l'iscrizione nell'elenco dei soggetti aggegatori**

**(Approfondimenti: procedure di gara)**

**1. *Premessa***

Con la sentenza **n. 6787, pubblicata il 3 novembre 2020**, la sezione V del Consiglio di Stato, per la prima volta, si è pronunciata **nel merito** della *vexata quaestio* relativa alla legittimità dell'obbligo, posto a carico degli aggiudicatari delle gare ASMEL, di pagare un corrispettivo per i servizi di committenza erogati alle SS.AA. da ASMEL Consortile nell'ambito delle gare da quest'ultima gestite, usualmente pari all'1% dell'importo a base d'asta (cd "oneri di committenza"), e svolte sulla piattaforma telematica di negoziazione riconducibile a quest'ultima, Asmecomm.

Nella specie, la pronuncia in commento ha confermato – respingendo l'appello proposto da ASMEL Consortile S.c. a r.l., giudicato infondato nel merito – la sentenza del **TAR Lombardia – Milano, sez. II, n. 240/2020 del 3 febbraio 2020** (vedi **NEWS ANCE ID 38422 del 6 febbraio 2020**), pronunciata su impugnazione dell'ANAC in applicazione dell'art. 211, commi 1-*bis* e 1-*ter*, del d.lgs. n. 50/2016, che prevede un potere di **autonoma impugnazione, posto a tutela della legalità del mercato** delle pubbliche commesse, nelle ipotesi di riscontro di violazioni delle norme in materia di contratti pubblici.

La **legittimazione a ricorrere dell'ANAC nella vicenda in commento è stata confermata dal Consiglio di Stato**, con la precisazione che, per il valido esercizio della stessa, è sufficiente che l'Autorità dia conto della sussistenza dei presupposti ricavabili dall'art. 211 del Codice dei contratti pubblici e che può esser fatta valere anche prima della conclusione e dell'aggiudicazione della gara.

Invero, l'Autorità aveva provveduto all'**impugnazione diretta** di un bando di gara avente ad oggetto una procedura aperta per l'affidamento di una o più Convenzioni Quadro (della durata di 18 mesi, con ulteriori successivi 18 mesi in opzione), per la fornitura di apparecchi per illuminazione pubblica, dispositivi per il telecontrollo/telegestione e accessori smart city per gli Enti associati ASMEL (in questo particolare caso, infatti, il soggetto aggiudicatore era la ASMEL – Associazione per la Sussidiarietà e la Modernizzazione degli Enti Locali, mentre ASMEL Consortile S.c. a r.l. figurava quale Centrale di committenza).

A seguito del ricorso, il TAR milanese aveva accolto pressoché **integralmente le richieste dell'ANAC, riconoscendo la contrarietà all'articolo 23 della Costituzione e all'articolo 41, comma 2-bis, del Codice dei contratti pubblici**, del disciplinare di gara, laddove imponeva ai concorrenti di corredare l'offerta di un **atto unilaterale d'obbligo mediante il**

**quale impegnarsi**, in caso di aggiudicazione, a versare ad ASMEL la rilevante somma di 80,000 Euro oltre IVA.

Altresì, il Giudice di prime cure aveva rilevato il **difetto di legittimazione di ASMEL ad operare quale Centrale di committenza** in favore dei Comuni consorziati in essa, avendole negato la natura di organismo di diritto pubblico, che ASMEL Consortile sosteneva di possedere.

ASMEL Consortile ha, quindi, proceduto ad appellare la sentenza del TAR di fronte al Consiglio di Stato, contestando (oltre agli aspetti sopra citati, che verranno più diffusamente argomentati *infra*) anche altri profili giuridici.

## 2. *La sentenza*

### 2.1 *Illegittimità degli "oneri di committenza"*

La tematica è stata sottoposta al Consiglio di Stato con il terzo motivo d'appello proposto da ASMEL Consortile.

Nel particolare, quest'ultima ha giustificato la legittimità delle clausole della documentazione di gara (nello specifico, del disciplinare) che imponevano all'aggiudicatario il versamento della somma di 80,000 Euro (ossia, l'1% dell'importo a base d'asta) più IVA, individuando, come "norma di copertura", l'art.16-*bis* del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, ai sensi del quale, nei contratti pubblici, le spese contrattuali sono poste a carico del contraente privato ("*le spese di copia, stampa, carta bollata e tutte le altre inerenti ai contratti sono a carico dei contraenti con l'amministrazione dello Stato*").

Ebbene, il motivo è stato giudicato dai massimi giudici amministrativi **infondato nel merito**.

Secondo il Supremo Consesso, infatti – sul punto pienamente concorde con la pronuncia di primo grado, **tale clausola della *lex specialis* comporta la violazione dell'art. 41, comma 2-*bis*, del Codice dei contratti pubblici** (a tenore del quale "*è fatto divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme di cui all'articolo 58"*), norma che – prosegue il Collegio – **"*preclude alle stazioni appaltanti di riversare i costi derivanti dall'utilizzo delle piattaforme telematiche di negoziazione, non solo nei confronti dei concorrenti ma anche dell'eventuale aggiudicatario*"**.

Tale rilievo è di per sé già sufficiente, quindi, ad ammettere **l'illegittimità dei costi di committenza** imposti agli aggiudicatari.

Peraltro, a parere dei Supremi giudici, **l'art.16-*bis* del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 non è comunque idoneo a fondare la richiesta degli oneri in discorso**, dal momento che quest'ultima norma e l'art. 41, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 50/2016 hanno **oggetti diversi**: la prima è relativa alle spese per la stipula e la registrazione dei contratti, mentre la disposizione del Codice dei contratti pubblici è specificamente riferita ai **costi di gestione delle piattaforme telematiche**.

### 2.2 *Assenza della qualifica di Centrale di committenza in capo ad ASMEL S.c. a r.l.*

Con il secondo motivo d'appello, ASMEL Consortile ha sostenuto che la qualifica di Centrale di committenza deriva dall'essere un'associazione tra amministrazioni aggiudicatrici (ossia, i piccoli comuni associati) e, a sua volta, amministrazione aggiudicatrice per l'art. 3, comma 1, lett. *a)*, del Codice dei contratti pubblici (ai sensi del quale, tra le Amministrazioni

aggiudicatrici rientrano: le *«amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti»).*

Anche tale motivo è stato giudicato **infondato** dai Giudici d'appello.

Infatti, il Collegio ha ricordato che, per operare come Centrale di committenza, costituisce **requisito indispensabile la preventiva iscrizione nell'apposito elenco dei soggetti aggregatori**, disciplinato dall'art. 9 del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, (convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89) e tenuto dall'ANAC, il quale effettua altresì la verifica dei requisiti d'iscrizione.

Ora, **ASMEL Consortile non risulta essere iscritta al predetto registro**, non potendo, quindi, operare come soggetto aggregatore per i Comuni consorziati in essa.

Sul tema, peraltro, i Supremi giudici hanno richiamato la pregressa *querelle* ANAC-ASMEL relativa proprio alla sussistenza dei requisiti di operatività come Centrale di committenza, ricordando che, fin dal 2015, l'Autorità ha espressamente negato che *Asmel Consortile* sia in possesso dei requisiti soggettivi e organizzativi necessari per l'inserimento nell'elenco dei soggetti aggregatori di cui all'art. 9 del decreto-legge n. 66 del 2014, escludendone, conseguentemente, la legittimazione ad espletare attività di intermediazione negli acquisti pubblici.

Tale vicenda è stata, da ultimo, recentemente oggetto (come pure ricordato dal Consiglio di Stato) della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea C 3/19 (per maggiori dettagli, si veda **NEWS ANCE ID 40643 dell'11 Giugno 2020**).

### 3. *Conclusioni*

Alla luce dei rilievi sopra esposti, risulta evidente che la sentenza **del Consiglio di Stato in tema di oneri di committenza** (che, è bene ricordarlo, per la prima volta si è pronunciato **nel merito** della questione) **conferma le tesi da sempre sostenute da ANCE**, circa l'invalidità delle clausole che richiedano agli aggiudicatari l'esecuzione di tali prestazioni, e, per l'effetto, che gli operatori economici vengano sollevati dal relativo obbligo di pagamento.

Un supporto, questo, azionato sia nei confronti delle Stazioni appaltanti, sia davanti al Giudice amministrativo (come dimostra la sentenza **TAR Puglia – Lecce, n. 1664 del 31 ottobre 2019,** giudizio promosso, in qualità di ricorrenti, da ANCE e ANCE Lecce, a fianco di due imprese associate), oltre che nei confronti **dell'ANAC**, la quale, sul tema, ha sempre mantenuto una **ferma posizione avversa** all'introduzione degli oneri di committenza, come espresso in numerose sue delibere (tra le quali, diverse sollecitate proprio da ANCE), e come confermato in sede di impugnazione diretta del bando oggetto della sentenza in commento.

In conclusione, il Consiglio di Stato (all'esito della valutazione anche degli agli altri motivi di appello, comunque giudicati infondati), **ha concluso rigettando l'appello proposto da ASMEL**, confermando, per l'effetto, la decisione del TAR Lombardia n. 240/2020 di annullare il bando impugnato, unitamente a tutti gli altri documenti di gara e gli altri atti comunque connessi.

Si allega la sentenza in commento.

**1 allegato**
CdS n. 6787.2020