



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**24 aprile
2017**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ La clausola di gara sul massimo ribasso è immediatamente impugnabile
- ❖ Principio di rotazione e precedente incarico di uno solo dei professionisti costituiti in RT
- ❖ Alla luce del nuovo codice dei contratti è illegittima per gli enti locali la scelta fiduciaria del legale esterno
- ❖ Esternalizzazione del servizio e impossibilità di considerare cessato il personale ceduto

SEDE CENTRALE - Piazzale Risorgimento n. 14 - 24128 Bergamo
Tel. 030/40.35.40 . Fax 035/25.06.82 - C.F. 95100580166
www.conord.org conord@conord.org

La clausola di gara sul massimo ribasso è immediatamente impugnabile

Con la sentenza numero 2014/2017, il Consiglio di Stato supera il principio di diritto affermato dall'adunanza plenaria 1/2003 riguardo ad un caso in cui era stato chiesto l'annullamento degli atti di una procedura di gara aperta indetta da una Asl per scegliere, con il criterio del prezzo più basso per l'aggiudicazione, un'agenzia per il lavoro a cui affidare la somministrazione di personale infermieristico e tecnico-sanitario, affermando invece che sia immediatamente impugnabile il bando che preveda un criterio di aggiudicazione del massimo ribasso.

Secondo l'articolo 95, comma 2, del decreto legislativo numero 50/2016 le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa da individuarsi sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o dell'elemento prezzo o del costo, procedendo alla comparazione costo/efficacia. Il comma 3 dello stesso articolo impone il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'assegnazione dei servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, oltre ai servizi ad alta intensità di manodopera, cioè quelli dove il costo della manodopera sia superiore al 50%, e dei servizi di ingegneria, architettura e gli altri servizi di natura tecnica ed intellettuale che superino l'importo di 40mila euro. Il comma 4 inoltre consente l'aggiudicazione sulla base del minor prezzo per i lavori di importo uguale o inferiore ad un milione, ma anche per i servizi e le forniture che abbiano caratteristiche standardizzate o le cui condizioni siano definite dal mercato, oltre che per i servizi e le forniture d'importo inferiore alla soglia comunitaria, che siano

caratterizzati da un'elevata ripetitività, con l'eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che abbiano un carattere innovativo.

La definizione di caratteristiche standardizzate si trova nelle linee guida dell'Anac, numero 2/2016, e si tratta di quelle che vengono stabilite dal produttore e non sono modificabili su richiesta della stazione appaltante, oppure quelle che devono rispondere a determinate normative nazionali, europee o internazionali. Secondo l'Autorità poi i servizi e le forniture "le cui condizioni sono definite dal mercato", sono quelli offerti sulla base di condizioni contrattuali definite dall'insieme dei produttori o dei prestatori in modo omogeneo. I servizi e le forniture ad elevata ripetitività sono quelli che soddisfano determinate esigenze generiche e ricorrenti, legate all'attività ordinaria delle stazioni appaltanti, che sono oggetto di approvvigionamenti frequenti e continuativi nel tempo necessari per garantire l'operatività della stazione. L'Anac specifica in particolare che nel caso in cui si decida di adottare il criterio del minor prezzo sia necessario motivare in modo adeguato la scelta.

Il Tar di Roma si è espresso il 13 dicembre 2016 con la sentenza numero 12439 sul rapporto che vi sarebbe fra la regola fissata dal comma 2 e l'eccezione contenuta nel comma 4 dell'articolo 95 del decreto legislativo numero 50/2016. Configura invece una deroga autonoma alla regola del comma 2, per i magistrati, quanto previsto dal comma 3 cioè la prescrizione obbligatoria dell'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo. Il Tar del Lazio nella sentenza richiama pure i principi contenuti nella legge delega secondo cui, nei casi in cui si acquistino dei servizi ad alta intensità di manodopera non è possibile affidarsi mai al criterio del solo prezzo o del costo.

Il Tar Abruzzo invece, tramite la sentenza numero 30 del 13 gennaio, ha definito come regola quella del comma 3 ed eccezione quella del comma 4 dell'articolo

95 del decreto legislativo numero 50/2016. Quindi hanno ritenuto i giudici abruzzesi che possa essere aggiudicato al prezzo più basso un appalto che sia contemporaneamente ad alto contenuto di manodopera e rientri in una delle fattispecie del comma 4 avendo ad oggetto una prestazione fortemente ripetitiva.

Per il Consiglio di Stato a prevalere nella gerarchia dei metodi di aggiudicazione come criterio principale deve essere quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre quello del massimo ribasso deve essere residuale ed utilizzabile solo in casi tassativi, con specifica ed adeguata motivazione. Questo in quanto vi è un rapporto di specie e genere fra il comma 3 ed il comma 4 dell'articolo 95 del decreto legislativo numero 50/2016. Tutte le fattispecie contenute nel comma 3 quindi devono obbligatoriamente essere aggiudicate col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, senza che siano ammesse deroghe, neanche per i casi di cui al comma 4.

Per il Consiglio di Stato, adunanza plenaria 1/2003, l'effetto lesivo si concretizza in seguito alle operazioni di gara. Per questo motivo vanno impugnate insieme all'atto lesivo le clausole del bando di gara riguardanti sia i criteri di aggiudicazione, che i parametri di determinazione delle soglie di anomalie dell'offerta, sia le clausole che precisano l'esclusione automatica dell'offerta anomala. Oggi invece per il consiglio di Stato la lesione attuale e concreta deriva dalla previsione del massimo ribasso in mancanza dei presupposti di legge, legittimando l'immediata impugnabilità del bando. Questo siccome il ricorrente potrà conseguire l'utilità di una sentenza demolitoria che obbligherà la stazione appaltante ad usare il criterio generale dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tutelando così anche l'interesse pubblico alla scelta della offerta migliore sotto il profilo della qualità e del prezzo.

Principio di rotazione e precedente incarico di uno solo dei professionisti costituiti in RTP

Un ingegnere ha impugnato innanzi al TAR Salerno, in proprio e nella qualità di capogruppo di un costituendo Raggruppamento Temporaneo di Professionisti, il provvedimento con cui un Comune ha, da un lato, escluso il suo Raggruppamento dalla procedura e, dall'altro, aggiudicato ad altro RTP l'incarico di progettazione e pianificazione della fase strutturale ed operativa del PUC.

Detta esclusione è stata disposta in quanto l'ingegnere capogruppo aveva, in forma singola, partecipato alla redazione del preliminare di piano del PUC quale supporto esterno e coordinatore scientifico e, pertanto, la Stazione appaltante ha ritenuto di dover fare applicazione del principio di rotazione a cui devono informarsi le procedure di selezione del contraente, specie se sotto le soglie comunitarie.

Da parte sua, però, il ricorrente ha eccepito non essere suscettibile di applicazione nel caso in questione il principio di rotazione stante la diversità degli incarichi, nonché in ragione del fatto che il precedente incarico era stato comunque svolto da uno solo dei professionisti invece che dal soggetto raggruppato.

Ciononostante il TAR Salerno ha, con la sentenza 16.5.2017, n. 926, confermato la legittimità di tale esclusione, evidenziando in particolare che, anzitutto, il rapporto professionale precedentemente instaurato con la medesima Amministrazione risultava anch'esso strettamente afferente alla redazione del PUC.

Inoltre il principio di rotazione, così come coniato dalla legge generale, avendo carattere cogente non richiede necessariamente di essere richiamato dalla disciplina di *lex specialis* ed, inoltre,

assume particolare rilievo nelle procedure sotto soglia in quanto, secondo le coordinate ermeneutiche seguite in sede pretoria, “la rotazione dunque, che nei contratti sotto soglia è la regola e non l’eccezione, si configura come strumento idoneo a perseguire l’effettività del principio di concorrenza” (cfr. TAR Napoli, Sez. II, 8 marzo 2017, n. 1336).

Inoltre viene ribadito che la ricaduta applicativa del principio in oggetto vale anche per il caso, come quello in questione, in cui il conferimento del servizio in appalto è stato preceduto da indagine di mercato, come esattamente previsto dall’art. 36, comma 2, lett. b) e dalle Linee guida ANAC n. 1/2017.

In coerenza con tali assunti si pone, inoltre, anche la Delibera ANAC n. 917 del 31 agosto 2016 con cui è stato precisato che “il criterio di rotazione comporta in linea generale l’esclusione dell’affidatario del contratto uscente, salvo motivare la decisione contraria nei termini indicati connessi alla competenza e all’esecuzione a regola d’arte del precedente contratto”.

Infine, a nulla rileva il fatto che alla selezione il professionista precedentemente incaricato abbia partecipato nella veste di soggetto raggruppato, in quanto il raggruppamento temporaneo non è persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che vi fanno parte, come si evince sia dalla definizione che dello stesso è data dall’art. 3, comma 1, lett. u) del D.Lgs. 50/2016, (“un insieme di imprenditori, o fornitori, o prestatori di servizi, costituito, anche mediante scrittura privata, allo scopo di partecipare alla procedura di affidamento di uno specifico contratto pubblico, mediante presentazione di una unica offerta”) sia da quanto previsto dall’art. 48, comma 16, del medesimo plesso normativo (“Il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali”).

Alla luce del nuovo codice dei contratti è illegittima per gli enti locali la scelta fiduciaria del legale esterno

La Corte dei Conti, sezione di controllo per l’Emilia Romagna, con la deliberazione numero 75/2017, analizza come un Comune abbia operato nell’organizzazione e nel funzionamento dell’ufficio legale, rilevando molte criticità sia riguardo alla gestione dei servizi legali e di patrocinio, sia nella scelta dei professionisti esterni incaricati.

Nella delibera, dopo aver analizzato le procedure dell’ente locale, i magistrati contabili rilevano una serie di problematiche e cioè: il mancato inserimento degli incarichi di patrocinio nel documento di programmazione unico o in un altro atto di programmazione; la mancata adozione di apposite norme regolamentari finalizzate a disciplinare le modalità di affidamento dei patrocini legali e l’omissione di un accertamento sull’impossibilità di svolgerli all’interno dell’ente; il conferimento di un alto numero di patrocini e di incarichi esterni, considerato anche il numero di legali interni dipendenti dell’ufficio interno; il ricorso privo di giustificazioni dell’affidamento diretto degli incarichi, in netto contrasto con la giurisprudenza consolidata della magistratura contabile.

Queste conclusioni ci danno il metro di come l’interpretazione della vicenda da parte dei giudici abbia seguito un percorso estremamente rigoroso.

La Sezione spiega che la disciplina da applicarsi al tema degli incarichi di patrocinio legale deve essere aggiornata sulla base del decreto legislativo numero 50/2016 del 16 aprile, cioè il nuovo codice dei contratti, siccome questa nuova normativa, in linea con i principi del diritto comunitario, fa sua una nozione molto ampia dell’appalto di servizi, dentro a cui rientra per forza di cose ogni incarico di patrocinio legale.

Ne consegue che l'affidamento di questi incarichi deve avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, trasparenza, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità. Mai prima d'ora era stato espresso in modo così chiaro questo concetto, dato che la giurisprudenza contabile, dalla deliberazione numero 19/2009/PAR della Sezione Basilicata, ha considerato per anni l'incarico di patrocinio legale come contratto d'opera intellettuale, disciplinato dall'articolo 2230 del codice civile, e allo stesso tempo non disciplinato al pari di un incarico esterno ex articolo 7, comma 6 e seguenti del decreto legislativo numero 165/2001, essendo conferito per adempimenti obbligatori per legge.

La teoria interpretativa appena esposta ha favorito spesso la prassi di scegliere legali esterni sulla base di valutazioni di tipo fiduciario, ma oggi questo tipo di prassi non è giustificabile se non in due casi isolati.

La Sezione Emilia Romagna nella pronuncia sul tema evidenzia che quando vi siano *“ragioni di urgenza, dettagliatamente motivate e non derivanti da un'inerzia dell'ente conferente, tali da non consentire l'espletamento di una procedura comparativa, le amministrazioni possono prevedere che si proceda all'affidamento diretto degli incarichi, sulla base di un criterio di rotazione”*.

Anche in questi casi però l'Amministrazione ha l'onere di predisporre degli elenchi di operatori qualificati, così che l'affidatario sia individuato fra i legali iscritti in tali elenchi.

Stiamo comunque parlando di una eccezione, che conferma la regola secondo cui in condizioni normali è necessario avviare una procedura comparativa per scegliere un legale esterno.

A sostegno di questa interpretazione, i magistrati citano una recente sentenza del Tar Sicilia, Sezione III, la numero 334 del 6 febbraio 2017, in cui riguardo all'affidamento di un appalto di servizi

legali nel quadro del nuovo codice dei contratti, è stato evidenziato come per quel tipo di appalto *“debba essere assicurata la massima partecipazione mediante una procedura di tipo comparativo idonea a permettere a tutti gli aventi diritto di partecipare, in condizioni di parità e uguaglianza, alla selezione per la scelta del contraente”*.

Per il Collegio questa impostazione va accolta, ritenendo che sia l'unica via obbligata per garantire il corretto utilizzo delle risorse pubbliche, con la conseguenza che viene meno qualsiasi margine di discrezionalità degli enti locali su questa materia.

Esternalizzazione del servizio e impossibilità di considerare cessato il personale ceduto

Un sindaco di un comune ha rappresentato alla Corte dei conti, sezione di controllo per la Regione Lombardia, di aver indetto una procedura aperta per l'esternalizzazione del servizio di farmacia comunale, in precedenza gestito direttamente con proprio personale dipendente, prevedendo la concessione del servizio al soggetto aggiudicatario per la durata di anni venti con il trasferimento del personale dipendente in capo al concessionario con cessione dei contratti di lavoro, senza che sia stata inserita la clausola della reinternalizzazione del personale al termine della concessione ventennale.

In presenza di siffatte condizioni viene pertanto domandato al Giudice se, a seguito della cessione dei contratti di lavoro al concessionario, l'ente dovrà procedere alla ridefinizione della dotazione organica sopprimendo i posti dei dipendenti trasferiti e, fatto salvo il principio generale della riduzione della

spesa del personale, potrà utilizzare il numero dei suddetti dipendenti nel computo dei cessati ai fini del calcolo della capacità assunzionale per l'anno successivo.

La Sezione adita, dopo aver richiamato le numerose disposizioni che, negli ultimi anni, hanno in sostanza limitato le capacità assunzionali degli enti locali, ha ribadito il noto principio per cui non ogni cessazione può essere computata per la quantificazione della spesa di personale.

In particolare, nel caso di esternalizzazione del servizio, viene evidenziato come computare per la determinazione del budget assunzionale, anche il costo dei dipendenti cessati (rectius trasferiti) per l'esternalizzazione del servizio si porrebbe in contrasto con l'art 6 bis comma 2 e 6 comma 3 del decreto legislativo 165/2001 che, invece, sanciscono il congelamento dei posti e la rideterminazione in riduzione della pianta organica in esito all'esternalizzazione del servizio stesso.

Se quindi, venisse computata la spesa del personale cessato per la formazione del plafond da utilizzare ai fini delle assunzioni, sarebbe frustrata la ratio della norma prevista dal decreto legislativo 165/2001 (art 6 bis e 6) che intende, tra l'altro, conseguire una riduzione degli organici con conseguente risparmio di spesa.

Ed infatti, se fosse possibile comprendere la spesa del personale cessato in seguito ad esternalizzazione di servizi come spesa utile per procedere ad assunzioni (nuove), non vi sarebbe alcuna economia di spesa così come prescrive la disposizione del comma 2 dell'articolo 6 bis del decreto legislativo 165/2001, e verrebbe così elusa la norma.

Ma ciò che appare decisivo nel caso portato all'attenzione della Sezione lombarda è che, anche a voler prescindere dal suddetto principio, non può ritenersi "cessato" quel personale che svolgeva un servizio che l'amministrazione non intende più espletare direttamente, stante l'esternalizzazione dello stesso.

La norma, infatti, consente in buona sostanza, nuove assunzioni (sebbene con un turn over non integrale), per garantire l'espletamento di servizi e l'esercizio di funzioni che l'amministrazione continua a svolgere.

Qualora l'amministrazione esternalizzi un servizio, non può considerare cessato, secondo la ratio che governa la disposizione dei commi 557 e 557 quater, il personale interessato dall'esternalizzazione, in quanto, diversamente, si consentirebbe di utilizzare la spesa relativa alla cessazione del rapporto di lavoro del dipendente (o dei dipendenti), indipendentemente dalla causa che ha determinato la cessazione stessa.

Infatti la ratio che consente il turn over, è quella di garantire evidentemente all'amministrazione la continuità nell'espletamento dei servizi e delle funzioni: pertanto, nel caso in questione, viene a mancare lo stesso presupposto per l'applicazione della disciplina che consentirebbe nuove assunzioni.