

Quotidiano del Sole 24 Ore

Edilizia e Territorio

Stampa

Chiudi

27 Giu 2018

Appalti, quando le imprese vanno dal giudice: ecco su cosa si litiga di più

Massimo Frontera

Oltre trecento contestazioni del codice dei contratti di fronte al giudice amministrativo, tra ricorsi al Tar e appelli al Consiglio di Stato. La lista abbraccia quasi un anno e mezzo, da gennaio 2017 al 21 giugno 2018, ed è stata compilata dall'associazione utilizzando il motore di ricerca sul sito del Consiglio di Stato. Le pronunce raccolte - esattamente 334 - non sembra poi così elevato considerando il "volume di fuoco" della giustizia amministrativa. In ogni caso, la lista offre uno spaccato qualitativamente interessante dei motivi che spingono le imprese dal giudice. Nella stragrande maggioranza dei casi - 259 pronunce sulle 334 in totale - i contenziosi riguardano il nuovo codice dei contratti, entrato in vigore il 19 aprile 2016. Ancora: le contestazioni che riguardano le gare di lavori sono 89, di cui 66 riguardano le norme del nuovo codice appalti, mentre il resto delle contestazioni riguarda il "vecchio" decreto 163/2006.

Gli argomenti dei ricorsi al giudice amministrativo

La maxi-tabella offre spunti interessanti, che si prestano a varie letture. La prima chiave di lettura può essere quella dell'argomento del litigio. I ricorsi più frequenti riguardano l'anomalia dell'offerta (34 ricorsi), al secondo posto c'è il grave illecito professionale (29). A seguire il sottosoglia (23), l'avvalimento (21), il subappalto (18). Bisogna arrivare al sesto posto per trovare le cause (o i motivi) dell'esclusione dalla gara (con 14 ricorsi). Appena un po' più in basso si arriva al soccorso istruttorio e all'offerta economicamente più vantaggiosa (entrambi con 12, tra ricorsi e appelli).

Si litiga soprattutto sui servizi

La catalogazione dell'Ance offre anche un'altra chiave di lettura possibile: la distinzione tipologica tra lavori, servizi e forniture. Perché si litiga? I numeri dicono che si litiga soprattutto sui servizi, che riguardano 217 cause sulle 334. I ricorsi sulle gare di lavori sono 88, cioè poco più di un quarto del totale. Residuali sono i ricorsi che riguardano appalti di forniture: appena 31. Da segnalare anche un unico caso di ricorso per un appalto di concessione. (In alcuni, pochi, casi i ricorsi riguardano gare miste, pertanto il totale supera la cifra di 334).

Primo e secondo giudice

I numeri dei ricorsi si possono anche guardare dalla prospettiva del grado di giudizio, che vede un sostanziale equilibrio tra giudice di primo grado e secondo grado. Infatti, i ricorsi al Tar sono 222 mentre le pronunce del Consiglio di Stato sono 108, cui si aggiungono le quattro sentenze del Consiglio della giustizia amministrativa della Sicilia.

Blanchi (Ance): il codice è scritto male

L'Ance non ha dubbi sull'interpretazione da dare al monitoraggio condotto sulle sentenze del codice appalti. «In meno di 24 mesi - attacca Edoardo Bianchi, vicepresidente dell'Ance per le opere pubbliche - abbiamo contato circa 300 sentenze, e questo vuol dire che per lo meno una-

due volte al mese c'è qualche impresa o qualche stazione appaltante che solleva un problema sull'applicazione del codice. Questo vuol dire che il codice non è stato scritto bene e che la semplificazione che ci avevano promesso è fallita». «Oltre alle sentenze sui lavori abbiamo anche considerato le sentenze sulle forniture e i servizi - aggiunge Bianchi - per dimostrare che anche quelle parti sono scritte male».

Sul contenzioso, c'è anche una componente quantitativamente minore, ma significativa: quella delle remissioni alla corte Ue. «Ci sono già una decina di casi - commenta il vicepresidente dell'Ance - in cui il giudice italiano si è fermato per chiedere al giudice comunitario se la norma è conforme al diritto europeo, peraltro su questioni come il subappalto, su cui l'Ance aveva fatto un esposto due anni fa, e l'illecito professionale, sul quale avevamo lanciato un allarme preciso». «Ancora una volta - ribadisce Bianchi - questo significa che il codice è scritto male, come avevamo detto all'inizio».



P.I. 00777910159 - Copyright Il Sole 24 Ore - All rights reserved

Quotidiano del Sole 24 Ore

Edilizia e Territorio

Stampa

Chiudi

27 Giu 2018

Investimenti, Ambi: ferme opere idriche con 600 milioni pubblici, fondi Ue a rischio

Massimo Frontera

Fondi europei non spesi che rischiano di essere persi o di dovere essere restituiti a Bruxelles. L'allarme arriva dall'Ambi, l'associazione nazionale dei consorzi per la gestione e la tutela del territorio e delle acque irrigue. Proprio stamattina a Roma, presso la sua sede istituzionale, l'associazione denuncia la situazione particolarmente preoccupante di due maxi-capitolati di opere, che si trovano a un diverso stadio di procedura, ma che sono comunque accomunati da un ritardo sulla tabella di marcia. Al convegno di oggi dell'Ambi, intervengono anche i costruttori dell'Ance, portando numeri più generali sui "cantieri bloccati" in Italia.

«C'è un fiume di denari stanziati dall'Unione Europea che rischiamo di dover restituire perché l'apertura dei cantieri per la realizzazione di opere, i cui progetti sono esecutivi e definitivi, è bloccata dalle pastoie burocratiche», attacca il presidente dell'Ambi Francesco Vincenzi. «Considerati i tempi tecnici necessari agli adempimenti e alla realizzazione dei lavori - prosegue Vincenzi - è forte il pericolo di non riuscire a rispettare la scadenza del 2023 per la rendicontazione come indicato dagli organi comunitari».

«Con un decreto del 30 dicembre 2016 - spiega il presidente dell'Ambi - il ministero delle politiche agricole ha approvato il bando per selezionare le proposte progettuali del Piano di sviluppo rurale 2014-2020, sottomisura 4.3, che prevede un finanziamento ai Consorzi di bonifica di 291 milioni di euro per infrastrutture irrigue. Al riguardo sono stati presentati 84 progetti esecutivi per oltre un miliardo di euro ma l'iter per la individuazione delle opere da finanziare ad oggi non risulta ancora completato». Oltre ai fondi a valere del piano di sviluppo rurale (Psrn) ci sono anche 295 milioni di fondi Fas per i quali si è ancora in attesa dell'uscita dei bandi.

P.I. 00777910159 - Copyright Il Sole 24 Ore - All rights reserved

Quotidiano del Sole 24 Ore

Edilizia e Territorio

Stampa

Chiudi

27 Giu 2018

Codice vs Europa/1. Subappalto e grave illecito, scontro frontale con Bruxelles

Laura Savelli

Nell'attesa delle future decisioni del Governo sulla sorte della disciplina dei contratti pubblici, sul fronte della giurisprudenza nazionale e comunitaria si continua a lavorare. Ad oggi, infatti, sono dieci le ordinanze di rimessione dei giudici italiani alla Corte di giustizia, alla quale è stata così affidata la risoluzione di diversi problemi interpretativi posti dall'applicazione del Codice, e le cui risposte saranno destinate inevitabilmente a condizionare le regole di gara, a prescindere dall'apertura di eventuali cantieri normativi.

Il subappalto

Di certo, l'attesa maggiore sembra essere rivolta alle risposte che la Corte di giustizia dovrà fornire rispetto ai diversi quesiti formulati in materia di subappalto, essendo infatti ben tre - ad oggi - le ordinanze di rimessione dei giudici nazionali sull'articolo 105 del Codice dei contratti. La prima questione è stata sollevata dal Tar Lombardia, che ha portato sui banchi dei giudici di Lussemburgo il problema della tenuta comunitaria del limite interno di subappaltabilità delle prestazioni nella misura massima del trenta per cento del valore complessivo del contratto (Tar Lombardia, Milano, sez. I, 19 gennaio 2018, n. 148), con riferimento appunto ad un caso in cui un'impresa è stata esclusa da una gara per aver superato la soglia imposta dall'articolo 105, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016. Nell'ambito del giudizio di primo grado, la ricorrente ha pertanto contestato che tale limite quantitativo non sarebbe conforme alla normativa Ue, la quale - dal canto suo - non prevede invece alcuna limitazione: ragion per cui, il Collegio ha ritenuto di sospendere il giudizio, e di sollevare la questione pregiudiziale di interpretazione del diritto comunitario, per accertare se le regole nazionali possono imporre che il subappalto sia contenuto entro la quota del trenta per cento dell'importo complessivo del contratto.

LA PRONUNCIA DEL TAR LOMBARDIA 148/2018

Dello stesso tenore, è in realtà anche la seconda ordinanza rimessa alla Corte di giustizia dal Consiglio di Stato, sez. VI, 11 giugno 2018, n. 3553, che pone analogamente il problema del subappalto oltre il limite del trenta per cento del valore totale della commessa con riferimento alla precedente edizione della disciplina contenuta nell'articolo 118, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006. In aggiunta, i giudici nazionali hanno però sollevato la questione di compatibilità comunitaria anche per l'ulteriore limite posto dalla disciplina del subappalto, vale a dire la soglia del venti per cento al ribasso da applicare ai subappaltatori, prevista dall'articolo 118, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006, e poi ripresa dall'articolo 105, comma 14, del Codice. Chiude infine il cerchio la terza ordinanza a firma dei giudici del Tar Lazio, che hanno invece soffermato l'attenzione sul diverso profilo dell'esclusione di un concorrente, da disporre ai sensi dell'articolo 80 del Codice, per mancanza dei requisiti generali in capo ai subappaltatori indicati nella terna (Tar Lazio, Roma, 29 maggio 2018, n.6010). Nella vicenda controversa, è stato infatti adottato un provvedimento di esclusione dalla gara a carico di un'impresa, la quale aveva indicato un subappaltatore che - a seguito delle verifiche condotte dalla stazione appaltante -

non risultava essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, come richiesto dall'articolo 80, comma 5, lettera f), del Codice.

LA PRONUNCIA DEL CONSIGLIO DI STATO N.3553/2018

LA PRONUNCIA DEL TAR LAZIO N.6010

Pertanto, il Collegio romano ha interrogato la Corte di giustizia sulla possibilità che la norma nazionale ammetta questa sanzione ai danni dell'appaltatore per fatti dipendenti da uno dei subappaltatori indicati in sede di offerta, evidenziando peraltro da questo punto di vista che, nel nostro ordinamento, le conseguenze del riscontro di un motivo di esclusione a carico di un subappaltatore risultano stabilite in maniera differente a seconda che tale situazione venga accertata in fase di gara ovvero in un momento successivo alla stipulazione del contratto. Infatti, da un lato, nel corso della procedura, il riscontro di un motivo di esclusione a carico di un subappaltatore facente parte della terna determina l'esclusione del concorrente; mentre, dall'altro lato, durante la fase esecutiva, l'articolo 105, comma 12, del Codice consente, in tali ipotesi, la sostituzione del subappaltatore.

Ma, anche nel caso in cui la Corte dovesse ritenere che l'opzione dell'esclusione dell'offerente rientri tra quelle consentite allo Stato membro, i giudici nazionali chiedono se sia conforme al principio di proporzionalità, enunciato dall'articolo 5 del Trattato Ue e richiamato peraltro dal considerando 101 della direttiva 2014/24/UE, adottare un provvedimento di esclusione, se gli altri subappaltatori indicati nella terna siano comunque in possesso dei requisiti necessari per eseguire le prestazioni oppure lo stesso concorrente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti.

Il grave illecito professionale

Allo stato attuale, tre sono anche le ordinanze di rimessione sull'interpretazione dell'articolo 80, comma 5, lettera c), del Codice, il quale individua come causa di esclusione dalla procedura di affidamento la sussistenza, a carico del concorrente, di gravi illeciti professionali, tra cui rientrano, a titolo esemplificativo, anche i provvedimenti di risoluzione contrattuale non contestati in giudizio ovvero confermati all'esito di un giudizio.

Le prime due ordinanze (Tar Campania, Napoli, sez. IV, 3 dicembre 2017, n. 5893; Consiglio di Stato, sez. V, 3 maggio 2018, n. 2639) sono nate nell'ambito di controversie del tutto analoghe, dal momento che, in entrambi i casi, le imprese sono state estromesse dalla gara per essere state destinatarie di un provvedimento di risoluzione per gravi carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto - che era stato poi contestato in giudizio e risultava pertanto ancora pendente al momento della partecipazione - disposto dalla stessa amministrazione che aveva bandito la nuova procedura di gara. Tuttavia, nel primo caso, la stazione appaltante consentiva l'ammissione dell'impresa, sulla base della mancata definitività dell'accertamento giudiziale; mentre, nel secondo caso, la P.a. non riteneva di poter consentire la partecipazione dell'impresa, proprio a causa della pendenza del giudizio sull'episodio risolutivo.

Da questo punto di vista, le due rimessioni hanno evidenziato innanzi tutto il disallineamento della norma nazionale rispetto all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE, che, da un lato, individua come prima ipotesi di esclusione dalla gara la commissione di gravi illeciti professionali, dimostrati con mezzi adeguati dall'amministrazione (lett. c), e identificabili con violazioni di obblighi ambientali o sociali, delle norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale; mentre, dall'altro lato, individua come diversa ipotesi di esclusione la presenza di significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto, che ne hanno causato la cessazione anticipata, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili (lett. g), senza mai richiedere - evidenziano i giudici nazionali - alcun accertamento definitivo della responsabilità dell'appaltatore. Pertanto, nel sollevare la questione dinanzi alla Corte, è stato posto in rilievo che l'articolo 80, comma 5, lettera c), del Codice preclude invece alla P.a. ogni valutazione sull'affidabilità del concorrente, per effetto della mera contestazione della

risoluzione contrattuale in un giudizio civile, e non sembra di conseguenza essere in linea con i principi dell'Unione.

LA PRONUNCIA DEL TAR CAMPANIA N.5893/2017

LA PRONUNCIA DEL CONSIGLIO DI STATO N.2639/2018

Con una terza ordinanza, il Tar Piemonte, Torino, sez. I, 21 giugno 2018, n. 770, ha però posto anche il problema della qualificazione di un illecito antitrust in termini di errore professionale nell'esercizio dell'attività, ai sensi del previgente articolo 38, comma 1, lettera f), del d.lgs. n. 163/2006 (confluito, seppur con profonde modifiche, nella generale ipotesi del grave illecito professionale).

In questo caso, la questione pregiudiziale è stata sollevata dinanzi ad una aggiudicazione che è stata annullata per avere la stazione appaltante accertato che l'affidatario era stato colpito da una multa dell'Agcom di importo pari a 56 milioni di euro (confermata con sentenza passata in giudicato), avendo partecipato ad un'intesa restrittiva della concorrenza con diverse forme di condotta, tra cui accordi, scambi di informazione e pratiche concordate in senso stretto, al fine di condizionare gli esiti di una gara mediante l'eliminazione del confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti più appetibili; e quindi, partendo dal presupposto che, nella vigenza del precedente Codice, la giurisprudenza ha escluso i comportamenti antitrust dal perimetro del grave errore professionale, i giudici italiani tornano sul problema - anche alla luce della evoluzione della disciplina - chiedendo alla Corte se non sia maggiormente compatibile con il diritto dell'Unione consentire alle P.a. di valutare autonomamente tali violazioni.

LA PRONUNCIA DEL TAR PIEMONTE N.770/2018

P.I. 00777910159 - Copyright Il Sole 24 Ore - All rights reserved

Quotidiano del Sole 24 Ore

Edilizia e Territorio

Stampa

Chiudi

27 Giu 2018

Codice vs Europa/2. Nodo «procedimento in corso» per l'impresa in concordato

Laura Savelli

A completare poi il quadro delle richieste interpretative della disciplina dei requisiti di ordine generale, interviene anche l'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato, sez. V, 2 febbraio 2018, n. 686, che si è interrogata invece sul diverso profilo della compatibilità comunitaria del previgente articolo 38, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 163/2006 (oggi riprodotto nell'articolo 80, comma 5, lettera b), del Codice), con riferimento al caso specifico dell'esclusione dalle procedure di gara delle imprese ammesse al concordato preventivo in bianco, o che hanno proposto solamente un'istanza di concordato preventivo.

Il concordato preventivo in bianco

In questo caso, la questione posta alla Corte di giustizia ha avuto origine dall'esclusione di un raggruppamento temporaneo di progettisti, causata dal fatto che la mandante, a seguito della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, aveva depositato istanza al tribunale per l'ammissione al concordato preventivo in bianco, riservandosi di produrre in un secondo momento, ai sensi dell'articolo 161, comma 6, della legge fallimentare, il piano concordatario con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis dello stesso regio decreto n.267/1942; ma, l'amministrazione ha ritenuto che l'ammissione a tale tipologia di concordato non consentisse la partecipazione alle gare, permessa invece, in via del tutto eccezionale, solo alle imprese in stato di concordato preventivo con continuità aziendale (e ciò, anche perché sia l'ammissione alla procedura di concordato, sia l'autorizzazione alla prosecuzione dell'attività relativa alla contrattazione con la pubblica amministrazione, erano state concesse a seguito dell'adozione del provvedimento di esclusione).

Di conseguenza, i giudici nazionali hanno ritenuto di dover chiedere alla Corte di giustizia se la disciplina interna - nel prevedere l'esclusione delle imprese a carico delle quali sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una procedura concorsuale - sia compatibile con la speculare previsione comunitaria contenuta nell'articolo 45, paragrafo 2, lettere a) e b), della direttiva 2004/18/Ce, nel momento in cui consente non solo di considerare procedimento in corso anche il deposito di una mera istanza di concordato preventivo da parte del debitore, ma anche di ammettere come ostativa alla procedura di gara la dichiarazione dello stesso debitore di voler presentare nello specifico un'istanza di concordato preventivo in bianco.

LA PRONUNCIA DEL CONSIGLIO DI STATO N.686/2018

L'indicazione degli oneri per la sicurezza

Pur essendo stato oramai risolto dall'articolo 95, comma 10, del Codice il dilemma della obbligatorietà della indicazione separata degli oneri per la sicurezza nell'ambito della formulazione dell'offerta, dai giudici italiani (Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 25 luglio 2017, n. 525) proviene un'ulteriore richiesta di intervento da parte della Corte di giustizia.

L'occasione è stata offerta dalla contestazione dell'ammissione ad una procedura di gara in favore di un'impresa che non aveva indicato separatamente i costi aziendali per la sicurezza sul

lavoro, in quanto non era stata prevista nel modulo predisposto dall'amministrazione: ragion per cui, la stazione appaltante ha consentito la regolarizzazione dell'offerta mediante soccorso istruttorio, contrariamente a quanto stabilito dall'articolo 83, comma 9, del Codice. Da questa circostanza, è pertanto derivata la necessità dei giudici italiani di porre alla Corte la questione di interpretazione del diritto comunitario, per accertare se le regole nazionali che impongono, senza possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio, l'esclusione dalla procedura di gara nel caso di inosservanza dell'obbligo di indicazione separata dei costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, siano compatibili con la direttiva anche qualora tale indicazione non sia prevista nel modulo predisposto dall'amministrazione, che i concorrenti devono utilizzare per la presentazione delle offerte.

LA PRONUNCIA DEL TAR BASILICATA N.525/2017

P.I. 00777910159 - Copyright Il Sole 24 Ore - All rights reserved

Quotidiano del Sole 24 Ore

Edilizia e Territorio

Stampa

Chiudi

27 Giu 2018

Codice vs Europa/3. Dubbi del giudice italiano anche anche sulle questioni processuali

Laura Savelli

A "margine" dei problemi interpretativi posti dall'applicazione del Codice, dinanzi alla Corte di giustizia sono state portate anche questioni di stampo più strettamente processuale, riferite in maniera specifica ai profili di compatibilità comunitaria sia della legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione da parte dell'impresa che non ha preso parte alla gara, sia del cosiddetto rito super accelerato per l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione.

La legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione

Tale questione pregiudiziale è sorta nell'ambito di una controversia in cui l'amministrazione ha indetto una procedura di gara per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale ai sensi di una normativa regionale, la quale imponeva che l'affidamento di tale servizio fosse realizzato attraverso l'individuazione di un unico lotto relativo all'intero territorio regionale; da ciò, è derivato pertanto il ricorso di diverse imprese che non hanno avuto la possibilità di partecipare alla procedura di gara, a causa della richiesta di requisiti particolarmente onerosi rispetto a quelli che sarebbero stati previsti nella differente ipotesi di un affidamento su base provinciale. In realtà, sulla vicenda è stata sollevata anche una questione di costituzionalità delle norme a carattere regionale, all'esito della quale la Corte costituzionale, con la sentenza 22 novembre 2016, n. 245, non ha tuttavia ritenuto rilevante il quesito, sul presupposto della mancanza di una legittimazione a ricorrere da parte delle imprese che non avevano presentato domanda di partecipazione alla gara, e quindi, in aderenza alla consolidata giurisprudenza amministrativa secondo cui l'impresa che non prende parte alla gara non può contestare la relativa procedura e l'aggiudicazione in favore di imprese terze, perché la sua posizione giuridica sostanziale non è sufficientemente differenziata, ma riconducibile a un mero interesse di fatto; anche se, a tali regole, fanno eccezione le ipotesi in cui viene invece contestato che la gara sia mancata, o si impugnino clausole del bando di gara escludenti, che impongano oneri incomprensibili o del tutto sproporzionati, o che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta, e quindi, in tali casi, infatti, la domanda di partecipazione non rileva ai fini dell'impugnazione.

Ma, a questo punto, la parola passa ai giudici del Lussemburgo, poiché con l'ordinanza del Tar Liguria, Genova, sez. II, 29 marzo 2017, n. 263, è stato chiesto se sia compatibile con il diritto Ue la legittimazione di un'impresa a contestare in radice una procedura di gara per la quale non è stata presentata domanda di partecipazione, nel caso in cui la disciplina di gara renda certa o altamente probabile la sua impossibilità a conseguire l'aggiudicazione.

LA PRONUNCIA DEL TAR LIGURIA N.263/2017

Il rito super accelerato

Davanti alla Corte di giustizia, finisce anche la questione della tenuta comunitaria dell'articolo 120, comma 2-bis, del c.p.a., che, da un lato, impone ai concorrenti di impugnare l'ammissione o la mancata esclusione di un altro soggetto partecipante alla gara, entro il termine massimo di

trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento; e, dall'altro lato, preclude agli stessi concorrenti di far valere, a conclusione della procedura - anche con ricorso incidentale - l'illegittimità degli atti di ammissione dell'aggiudicatario o del ricorrente principale, se non è stato precedentemente impugnato il relativo atto di ammissione entro il termine di trenta giorni (Tar Piemonte, Torino, sez. I, 17 gennaio 2018, n. 88).

LA PRONUNCIA DEL TAR PIEMONTE N.88/2018

P.I. 00777910159 - Copyright Il Sole 24 Ore - All rights reserved

Quotidiano del Sole 24 Ore

Edilizia e Territorio

Stampa

Chiudi

27 Giu 2018

Contenzioso Codice/2. Il rebus della Corte costituzionale sul rito superaccelerato: forzatura o innovazione normativa?

Roberto Mangani

Un attacco a tutto campo nei confronti del rito superaccelerato in materia di contratti pubblici, nella formulazione introdotta dal D.lgs. 50/2016. Va in questa direzione l'Ordinanza del Tar Puglia n. 903 del 20 giugno 2018 - già segnalata da questa rivista - che solleva una serie di possibili profili di illegittimità costituzionale chiamando a pronunciarsi il giudice delle leggi. Nella sua articolata motivazione il Tar Puglia porta allo scoperto dubbi e perplessità che fin dall'inizio sono stati da più parti sollevati nei confronti della novità processuale introdotta dal Codice dei contratti pubblici con una funzione acceleratoria del contenzioso in materia di appalti.

La norma in discussione

La norma di cui si discute è quella contenuta all'articolo 120 del Codice del processo amministrativo attraverso l'inserimento del comma 2-bis, operato dal comma 1 lettera b) dell'articolo 204 del D.lgs. 50. Essa prevede che il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di 30 giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante. A completamento di questa previsione è stabilito che l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale.

Nello specifico, la questione di legittimità costituzionale è stata posta con riferimento all'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione. Numerosi sono gli articoli della Costituzione rispetto ai quali viene prefigurato il possibile contrasto.

Prima di entrare nel dettaglio occorre ricordare la ratio alla base dell'introduzione di questa norma fortemente innovativa. Tale ratio va individuata nella volontà di anticipare il più possibile il contenzioso relativo alle ammissioni e alle esclusioni, imponendo di sollevare le relative censure su questi aspetti in un momento immediatamente successivo all'adozione dei relativi provvedimenti. Ciò con la finalità di evitare che nelle successive fasi della procedura di gara, e in particolare nella fase dell'aggiudicazione, si possano proporre questioni (esclusioni ed ammissioni) la cui valenza può - e anzi deve - essere apprezzata in un momento anteriore. In definitiva, il risultato ultimo dell'innovazione introdotta con il così detto rito superaccelerato è quello di individuare con certezza la platea dei potenziali concorrenti in un momento anteriore alla valutazione delle offerte e alla conseguente aggiudicazione, evitando che nelle fasi successive della procedura si possano riproporre questioni che attengono alla fase anteriore relativa alle ammissioni e alle esclusioni dei concorrenti.

LA SENTENZA DEL TAR PUGLIA SULL'IMPUGNAZIONE IMMEDIATA

Il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale

La considerazione da cui parte il Tar Puglia è che la formulazione della norma attribuisce portata immediatamente lesiva a atti - quali i provvedimenti di ammissione ed esclusione - che hanno natura endoprocedimentale, collocandosi all'interno di un procedimento che si conclude con l'aggiudicazione. Si tratta di un'eccezione rispetto ai principi generali della giustizia amministrativa. Attraverso una previsione legislativa generale ed astratta si attribuisce valenza lesiva a un atto endoprocedimentale - in particolare il provvedimento di ammissione - che come tale non produce, per sua natura, una lesione immediata e concreta nei confronti degli altri partecipanti alla gara.

Viene quindi completamente ribaltata l'impostazione precedente, che precludeva l'impugnazione immediata dei provvedimenti di ammissione, proprio in quanto atti endoprocedimentali privi di immediata lesività.

Secondo il Tar Puglia la disciplina introdotta appare in primo luogo in contrasto con l'articolo 100 del codice di procedura civile - applicabile anche al giudizio amministrativo - e quindi in conflitto con l'articolo 24 della Costituzione, che sancisce il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Nel giudizio amministrativo, al fine della corretta attuazione dell'iniziativa giudiziaria, vi deve essere un'azione caratterizzata dalla concretezza e dell'attualità. Non è invece considerata ragione giustificatrice dell'azione giudiziaria l'astratta esigenza di ripristinare la legalità violata, che non trovi riscontro in un effettivo e attuale interesse del ricorrente che si assuma lesa nella propria posizione soggettiva.

Tutto questo si riassume nell'individuazione dei caratteri tipici del ricorso amministrativo. Esso presuppone una lesione effettiva e concreta della sfera giuridica del ricorrente nonché la possibilità di conseguire un vantaggio, anche solo potenziale, dal suo eventuale accoglimento.

Il fondamento del ricorso amministrativo

Il ricorso amministrativo deve inoltre trovare fondamento in un interesse a ricorrere attuale, che non può considerarsi sussistente quando il pregiudizio derivante dall'atto amministrativo sia meramente eventuale. Questo è proprio il caso del provvedimento di ammissione, che non produce una lesione immediata nella sfera giuridica dei partecipanti alla gara, essendo necessario un ulteriore provvedimento, costituito appunto dall'eventuale aggiudicazione a favore del soggetto ammesso.

Di contro, l'interesse a ricorrere non può esaurirsi nella rivendicazione astratta della legittimità dell'azione amministrativa, senza che ad essa si accompagni un vantaggio concreto ed effettivo in capo al ricorrente.

Nel caso del rito superaccelerato questi principi generali del processo amministrativo vengono completamente ribaltati. Sul concorrente viene radicato un onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione che potrebbe rivelarsi del tutto inutile: esso è infatti chiamato ad attivare un giudizio rispetto a una procedura di gara di cui potrebbe risultare aggiudicatario ovvero in cui potrebbe non essere utilmente collocato in graduatoria. In entrambi i casi viene sostanzialmente costretto ad attivare un'azione giudiziaria "al buio", cioè in un momento in cui ancora non conosce gli esiti della procedura e non è quindi in grado di valutare se dall'eventuale accoglimento del ricorso possa ricavare un vantaggio effettivo. L'insieme di queste considerazioni portano dunque il Tar Puglia a dubitare della coerenza del sistema introdotto dal legislatore con gli articoli 24, 103 e 111 della Costituzione che, sotto diversi profili, sanciscono il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Giurisdizione soggettiva e oggettiva

Le considerazioni svolte operano anche sotto un diverso profilo. La giurisdizione amministrativa è tradizionalmente considerata una giurisdizione di tipo soggettivo, nel senso

che tende a garantire la posizione di singoli soggetti puntualmente individuati cui viene riconosciuto il potere di agire a tutela dei propri interessi. In questo senso l'azione giudiziaria – oltre ai caratteri dell'attualità e della concretezza – deve avere il carattere della personalità, dovendo mirare a far conseguire un vantaggio a un soggetto specificamente individuato. In sostanza al singolo viene riconosciuto il potere di agire in giudizio ogni volta che esso valuti in maniera autonoma che può ricavare un'utilità, anche solo potenziale, dall'esito positivo del giudizio stesso.

Nel sistema del rito superaccelerato l'ottica sembra totalmente opposta, prefigurandosi una sorta di giurisdizione di tipo oggettivo. Nel momento in cui si grava il concorrente dell'onere di impugnare fin da subito i provvedimenti di ammissione, anche in mancanza di un'utilità concreta, il risultato – anche al di là delle intenzioni – è quello di prefigurare il ricorso come uno strumento avente la funzione oggettiva di verificare la legalità dell'azione amministrativa. L'ulteriore conseguenza è che non vi è più il potere di ricorrere, bensì si configura un vero e proprio dovere, posto che in mancanza di impugnativa al concorrente è preclusa la possibilità di far valere successivamente l'eventuale illegittimità dell'ammissione. Ed è un dovere che si caratterizza come particolarmente gravoso considerato che sul ricorrente incombe anche un contributo unificato che nella più recente legislazione ha raggiunto importi elevati. In definitiva anche sotto il profilo della prefigurata trasformazione della giurisdizione amministrativa da soggettiva ad oggettiva si delinea un possibile conflitto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale come delineato dagli articoli 24, 103 e 113 della Costituzione.

Una norma troppo innovativa?

La questione di costituzionalità del rito superaccelerato proposta dal Tar Puglia sembra fondarsi su argomentazioni tutt'altro che peregrine. L'obiettivo del legislatore era infatti quello di accelerare l'iter dei contenziosi dei contratti pubblici attraverso un sistema che potremmo definire di "segregazione" del contenzioso per fasi temporali. Così, i contenziosi inerenti le ammissioni e le esclusioni dovrebbero esaurirsi in una fase iniziale, senza che possano essere richiamati in una fase successiva.

Tuttavia appare difficilmente contestabile che in questo modo viene attribuito a un soggetto privato il dovere di intervenire nell'ambito della procedura di gara per tutelare non un proprio specifico interesse ma, più in generale, un generico interesse alla legalità. Inoltre la norma, proprio perché non attribuisce un vantaggio immediato al singolo ricorrente, potrebbe avere un effetto dissuasivo rispetto a possibili iniziative processuali, con ciò ponendosi in contrasto con il principio del diritto di agire in giudizio per la difesa dei propri interessi, sancito dall'articolo 24 della Costituzione.

Sembra quindi potersi affermare che la norma sull'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione - ma anche di esclusione - ha una forza innovativa che tuttavia rappresenta un'oggettiva forzatura delle regole processuali che governano il giudizio amministrativo. Da qui l'estremo interesse in merito al pronunciamento della Corte Costituzionale, per capire se il giudice delle leggi farà proprie le censure mosse dal Tar Puglia ovvero si aprirà - e con quali motivazioni - a soluzioni innovative che magari tengano conto della specificità della materia dei contratti pubblici.

Quotidiano del Sole 24 Ore

Edilizia e Territorio

Stampa

Chiudi

27 Giu 2018

Appalti, Boccia: «Semplificare il codice per aprire i cantieri delle infrastrutture»

Q. E. T.

Per il presidente di Confindustria, Vincenzo Boccia, «serve invece semplificare il codice appalti, per fare in modo che i fondi previsti per le infrastrutture possano essere immediatamente disponibili e aprire i cantieri». Lo ha affermato a margine dell'assemblea Anie a Milano, parlando dei primi provvedimenti che il governo dovrebbe adottare, sottolineando che «questo significa lavoro e rendere competitivo il Paese».

Di codice appalti ha parlato anche il presidente dell'Anac Raffaele Cantone, intervenuto a Roma a un convegno su "Regolazione e mercato negli appalti pubblici fra forma e sostanza". Cantone ha suggerito di evitare stravolgimenti ma di intervenire, semmai, con correttivi. «Evitiamo di fare come con la tela di Penelope - ha detto Cantone -. Proviamo ad attuare le leggi già esistenti. Abbiamo la necessità di una stabilità normativa, poi ben vengano i correttivi. I numeri degli appalti stanno ripartendo e l'idea di rimettere sempre tutto in discussione sarebbe un suicidio».

P.I. 00777910159 - Copyright il Sole 24 Ore - All rights reserved

«Chi usa contratti pirata restituisca sgravi e sconti»

L'Ispettorato del lavoro: «Applichiamo la legge». La Cisl: «Già presentato un esposto»

MILANO È scoppiata la guerra dei contratti. Ad accendere la miccia l'Ispettorato del lavoro. Con due circolari — la numero 3 e la numero 4 del 2018 — emanate una settimana fa. Il messaggio è chiaro: le aziende che applicano contratti firmati da organizzazioni dalla rappresentatività marginale si preparino a pagare. Prima di tutto la differenza che c'è tra i contributi calcolati con questi contratti e quelli definiti in base ai contratti firmati dalle associazioni comparativamente più rappresentative. Ma alle aziende che applicano contratti marginali toccherà anche restituire gli sgravi ricevuti

ad esempio per le assunzioni al Sud o per le assunzioni di giovani.

«L'Ispettorato del lavoro è un ente non solo inutile, ma estremamente dannoso. Mantenerlo in vita significa allmentare un carrozzone che non si capisce a chi e a cosa serve», è andato giù pesante nei giorni scorsi il segretario generale della Cisl Francesco Cavallaro. Dalle parole ai fatti: ieri la Cisl ha presentato un esposto contro l'Ispettorato «a tutela della propria dignità, immagine e onorabilità». «Auspiamo l'intervento urgente di governo e Parlamento affinché venga applicato l'articolo 39 della Costituzione»,

attacca Cavallaro.

E qui la questione si complica. Ci sarà un motivo se l'articolo 39 della Costituzione non è stato applicato in oltre 70 anni. Per firmare contratti validi per un'intera categoria i sindacati dovrebbero registrarsi. Ma non hanno nessuna voglia di sottoporsi a questo controllo. D'altra parte i sindacati un accordo per misurare la rappresentanza lo hanno firmato (nel gennaio 2014). Le associazioni datoriali neanche quello. Ora Confindustria, Confcommercio e Confartigianato si dicono pronti ad affrontare il problema. E quindi a contarsi. Ma come? Tutto da vedere.

Dal canto suo il vertice del-

l'Ispettorato tiene la posizione. «La legge riserva varie competenze ai sindacati comparativamente più rappresentativi. Il ministero del Lavoro ha fatto una rilevazione su questo nel 2016. Noi ci limitiamo ad applicare le leggi. E non abbiamo paura di andare in giudizio. È già successo con il mondo coop, quando non riconoscemmo i contratti firmati dall'Uncoi, l'Unione nazionale cooperative italiane. Alla fine abbiamo avuto ragione».

Per evitare che la materia venga discussa solo in tribunale, ora toccherebbe alle associazioni delle imprese battere un colpo.

Rita Querzè

© RIPRODUZIONE RISERVATA



Stretta sugli incentivi a chi riduce l'occupazione

VERSO IL DECRETO LEGGE

Contratti a termine: contributi più alti dello 0,5% dal secondo rinnovo

Stop allo staff leasing Penalizzati i rinnovi anche per la somministrazione

Sanzioni e recupero contributi a chi delocalizza anche all'interno della Ue

Favorire le assunzioni a tempo indeterminato con limiti più stringenti per i contratti a termine; abolire lo staff

leasing; introdurre forti multe alle imprese che incassano aiuti di Stato e poi delocalizzano le attività; colpire la ludopatia; introdurre un primo pacchetto di semplificazioni fiscali, compreso il rinvio dell'obbligo della fatturazione elettronica per i bezzi-
 nal. Prende forma il «decreto dignità», il primo provvedimento del governo Conte. Ma resta da sciogliere il nodo delle coperture: nell'ultima bozza del Dl compaiono solo i titoli delle norme sulla semplificazione fiscale, e scompare l'addio al reddito metro.
 Per rispettare la scadenza tecnica di sabato, ultimo giorno utile per approvare la proroga dell'entrata in vigore della fattura elettronica, restano due opzioni: c'è l'ipotesi di una convocazione questa sera, o al più tardi

domattina per approvare il Dl omnibus «salvo intese». Ma il Consiglio dei ministri potrebbe essere convocato direttamente sabato. Vanno trovate coperture per diverse centinaia di milioni, tanto che non è da escludersi che possa riprendere quota il tema della «pace fiscale», particolarmente caro alla Lega di Salvini, per reperire le risorse necessarie.

Le incertezze politiche intanto continuano a pesare sui mercati: sale allo 0,917% il tasso del Ctz da 1,75 miliardi di euro, con scadenza marzo 2020, assegnati ieri in asta dal Tesoro. L'aumento rispetto all'asta di maggio è di 57 punti base. Assegnati anche BTp1 per 412 milioni con scadenza 2019. Spread BTp-Bund a 254 punti.

Pogliotti, Fotina e Travati
 Pagina 5

Stretta sugli incentivi per chi taglia il lavoro, abolito lo staff leasing

Bozza «decreto dignità» Introdotte modifiche restrittive per le imprese. Varo tra stasera e sabato, ma resta il nodo coperture

Carmine Fotina
 Giorgio Pogliotti

Per il decreto estivo resta da sciogliere il nodo delle coperture, tanto che nell'ultima bozza del Dl compaiono solo i titoli delle norme sulla semplificazione fiscale, e scompare l'addio al reddito metro. Viene confermata la stretta sui contratti a termine, si abolisce lo staff leasing, si colpiscono anche le delocalizzazioni dentro la Ue e la ludopatia.

1. I tempi del provvedimento

Per rispettare la scadenza di sabato, ultimo giorno utile per approvare la proroga dell'entrata in vigore della fattura elettronica, restano due opzioni. Il consiglio dei ministri potrebbe essere convocato prima della due giorni del consiglio europeo in programma domani alle 14 a Bruxelles: questa sera o al più tardi domattina per approvare il Dl omnibus «salvo intese», in modo di aver tempo fino a sabato per trovare le coperture. Ma c'è anche la possibilità che il Cdm

venga convocato sabato, con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale la stessa giornata. Potrebbe riprendere quota il tema della «pace fiscale», particolarmente caro alla Lega di Salvini, per reperire le risorse necessarie. Per un'approvazione entro la settimana c'è anche una ragione più «politica»: il pressing del vicepremier Luigi Di Maio.

2. Stretta sui contratti a termine

Sul fronte lavoro, l'ultima bozza del Dl conferma la libera stipulazione del primo contratto a tempo determinato

di durata fino a 12 mesi senza causali, che scattano dal primo rinnovo. Con l'indicazione delle causali, già dal primo contratto sarà possibile apporre un termine fino a 36 mesi, per esigenze temporanee ed oggettive, estranee all'ordinaria attività del datore di lavoro, nonché sostitutive. Oppure connesse ad incrementi temporanei, significativi e non programmabili d'attività. O relative a lavorazioni e a picchi di attività stagionali, individuati con decreto del ministero del Lavoro. Per ogni rinnovo, a partire dal secondo, si applicherà un costo contributivo crescente di 0,5 punti (la versione precedente del Dl prevedeva un aumento di 2 punti per ogni rinnovo a partire dal primo). Le proroghe scendono dalle attuali 5 a 4. Le nuove norme si applicano alla disciplina in corso, dunque, si specifica che non c'è un periodo transitorio. Che invece si applica ai contratti di somministrazione in corso.

3. Abolito lo staff leasing

Viene abolita la somministrazione a tempo indeterminato, e per quella a tempo determinato è previsto un costo contributivo crescente di 0,5 punti per ogni rinnovo, a partire dal secondo. Inoltre la somministrazione verrà conteggiata ai fini del raggiungimento del limite del 20% che si applica alle assunzioni con contratti a tempo determinato (oggi per la somministrazione i limiti di impiego vengono definiti dai contratti). «Se la nuova norma dovesse computare anche i Ctd per il lavoro stagionale nella percentuale del 20% - commenta Arturo Maresca (diritto del lavoro, Università La Sapienza) cosa mai accaduta nel nostro Paese, sarebbe impossibile gestire una serie di attività stagionali specialmente nelle Pmi che sono un pezzo fondamentale del sistema produttivo italiano».

4. Stop incentivi se si taglia il lavoro

È più pesante del previsto le norme sulla tutela dell'occupazione nell'industria. La vera novità prescinde dalle delocalizzazioni ed è la revoca (totale o parziale in base alle situazioni e alle dimensioni) degli incentivi per le imprese che prima di 10 anni riducono l'occupazione nell'unità produttiva o attività interessata dall'aiuto. La norma si riferisce, va detto, agli aiuti di Stato «che prevedono la valutazione dell'impatto occupazionale ai fini dell'attribuzione dei benefici» ma in un successivo comma si prevede l'applicazione anche per altri aiuti: basta che

la riduzione dell'occupazione (non c'è un minimo stabilito) abbia impatti industriali o economici, è il caso ad esempio degli incentivi alla ricerca.

5. Non si delocalizza dentro la Ue

Quanto invece alle delocalizzazioni, colpisce soprattutto l'estensione a operazioni che avvengono anche all'interno della Ue (le norme già esistenti si riferiscono invece ai Paesi extra Ue). Da vedere la sostenibilità della misura a Bruxelles. Il vincolo vale 10 anni anche in questo caso e il contributo deve essere restituito con gli in-

teressi calcolati al tasso di riferimento vigente al momento dell'erogazione e maggiorati fino a 5 punti. Non solo. Si applica anche una sanzione, da due a quattro volte l'importo indebitamente fruito (contributo, finanziamento agevolato, garanzia ecc.). La norma, se confermata nella versione della bozza, sarebbe applicabile anche a interventi già in vigore. Confermata la stretta sull'iperammortamento fiscale di Industria 4.0. Ci si rivolge soprattutto alle multinazionali: in caso di cessione a titolo oneroso o di delocalizzazione all'estero dei beni e dei macchinari incentivati, l'impresa è tenuta a restituire - attraverso una variazione in aumento del reddito imponibile - i benefici fiscali applicati nei periodi di imposta precedenti.

6. Bonus ricerca e sviluppo

Spunta, almeno nell'attuale versione del testo, anche una «stretta» retroattiva sul credito di imposta per la ricerca finalizzata ad evitare abusi. Si stabilisce che i costi di acquisto da fonti esterne dei diritti di privativa industriale e degli altri beni intangibili non assumono rilevanza se si tratta di operazioni infragruppo. In deroga allo Statuto del contribuente, la norma si applicherebbe a decorrere dal 2018, anche in relazione ai costi per investimenti già effettuati ma da calcolare per la media triennale (il bonus si basa sulla spesa incrementale rispetto al periodo 2012-2014).

7. Proroga della e-fattura

Restano tre misure fiscali che - in attesa delle necessarie coperture - vengono solo elencate nei titoli, a partire dal rinvio della fatturazione elettronica dei carburanti. Il governo punta alla proroga dal 1° luglio al 1° gennaio 2019 dell'entrata in vigore della fattura elettronica per i benzina, ma l'opzione secca si stima produrrà un mancato gettito per 200 milioni. Nella

bozza compare anche il riferimento ai «correttivi allo split payment». Nei piani del governo c'è un addio che, se limitato alla platea dei professionisti avrebbe un impatto di alcune decine di milioni, mentre sarebbe molto costoso se venisse esteso a tutti i fornitori. Il Df fa riferimento allo stesso, anche in questo caso senza alcuna indicazione operativa: si punta al superamento anticipato a settembre.

È RIPRODUZIONE RISERVATA

Le novità

CONTRATTI A TEMPO DETERMINATO

Al via la stretta sui rinnovi

0,5%

Il costo contributivo crescente per ogni rinnovo. La bozza di decreto prevede un costo contributivo crescente di 0,5 punti per ogni rinnovo contrattuale a partire dal secondo. Il termine del contratto a tempo determinato non può essere prorogato per più di 4 volte in 36 mesi

SI RESTRINGE LA PLATEA

Meno assunzioni a termine

20%

Il limite in cui si calcolano anche i somministrati. La somministrazione verrà conteggiata ai fini del raggiungimento del limite del 20% che attualmente si applica per contingentare l'assunzione di lavoratori con contratto a termine. Ora nel computo si dovranno calcolare anche i lavoratori somministrati a tempo determinato

INCENTIVI

Alt aiuti se calano occupati

10

Gli anni in cui si deve garantire l'occupazione. Prevista la revoca degli incentivi per le imprese che riducono l'occupazione prima di 10 anni. Per le aziende che hanno ricevuto aiuti di Stato che delocalizzano le attività prima che siano trascorsi dieci anni arriveranno sanzioni da 2 a 4 volte il beneficio ricevuto

CONTRASTO ALLA LUDOPATIA

Gioco d'azzardo, spot vietati

5%

La multa sul valore di sponsorizzazioni o spot. Vietata qualsiasi forma di pubblicità del gioco d'azzardo, su qualunque mezzo (TV, radio, giornali), comprese le sponsorizzazioni. La multa non deve essere inferiore a 50 mila e a carico del committente, del proprietario, del mezzo di diffusione