



ANAC

AUTORITÀ
NAZIONALE
ANTICORRUZIONE

ATTO DI SEGNALAZIONE N. 1 DEL 20 luglio 2022

Concernente gli articoli 48, commi 2,5 e 6 e 83, comma 8, del codice dei contratti pubblici e l'articolo 93 del decreto del Presidente della Repubblica n. 207/2010.

Approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 333
Del 20 luglio 2022

ATTO DI SEGNALAZIONE N. 1 DEL 20 luglio 2022

Concernente gli articoli 48, commi 2,5 e 6 e 83, comma 8, del codice dei contratti pubblici e l'articolo 93 del decreto del Presidente della Repubblica n. 207/2010.

Approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 333 del 20 luglio 2022

1. Premessa

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito, ANAC), ai sensi dell'articolo 213, comma 3, lettere c) e d), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (nel seguito "codice"), ha il potere di segnalare al Governo e al Parlamento, con apposito atto, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore nonché di formulare al Governo proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore. Considerate le competenze riconosciute all'Autorità, si intende di seguito formulare osservazioni in merito all'articolo 48, commi 2, 5 e 6, del codice dei contratti pubblici e all'articolo 93 del decreto del Presidente della Repubblica n. 207/2010.

2. Osservazioni

2.1 Gli ultimi arresti della giurisprudenza europea in merito all'interpretazione dell'articolo 63 della direttiva 24/2014 UE.

Come noto, con la sentenza resa in data 28/4/2022 nella Causa C-642/2020, la Corte di Giustizia europea si è pronunciata in merito alla domanda pregiudiziale vertente sull'interpretazione dell'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE in combinato disposto con i principi di libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi enunciati agli articoli 49 e 56 TFUE, stabilendo che il citato articolo 63 deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria.

In particolare, nella sentenza è stato chiarito che l'articolo 63 della direttiva prevede, al paragrafo 1, che un operatore economico può, per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria nonché i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali, e che, alle stesse condizioni, un raggruppamento di operatori economici può fare affidamento sulle capacità di partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti.

Con riferimento ai requisiti di partecipazione, la sentenza ha evidenziato che l'articolo 19, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2014/24 prevede che gli Stati membri possano stabilire clausole standard che specifichino il modo in cui i raggruppamenti di operatori economici devono soddisfare le condizioni relative alla capacità economica e finanziaria o alle capacità tecniche e professionali di cui all'articolo 58 di tale direttiva. Tuttavia l'articolo 83, comma 8, terzo periodo, del Codice non si limita a precisare il modo in cui un raggruppamento di operatori economici deve garantire di possedere le risorse umane e tecniche necessarie per eseguire l'appalto, ma riguarda l'esecuzione stessa dell'appalto e richiede in proposito che essa sia svolta in misura maggioritaria dalla mandataria del raggruppamento.

Con riferimento all'esecuzione delle prestazioni, la Corte ha evidenziato che l'articolo 63 della direttiva precisa, al suo paragrafo 2, che, per taluni tipi di appalto, tra cui gli appalti di servizi, «*le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici (...), da un partecipante al raggruppamento*». Tuttavia, imponendo all'impresa mandataria del raggruppamento di operatori economici di eseguire le prestazioni «*in misura maggioritaria*» rispetto a tutti i membri del raggruppamento, vale a dire di eseguire la maggior parte dell'insieme delle prestazioni contemplate dall'appalto, l'articolo 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici fissa una condizione più rigorosa di quella prevista dalla direttiva 2014/24, la quale si limita ad autorizzare l'amministrazione aggiudicatrice a prevedere, nel bando di gara, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al raggruppamento di operatori economici.

Secondo il regime istituito da tale direttiva, infatti, le amministrazioni aggiudicatrici hanno la facoltà di esigere che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente dall'offerente stesso o, se l'offerta è presentata da un raggruppamento di operatori economici ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 2, della direttiva 2014/24, da un partecipante a detto raggruppamento; per contro, il legislatore italiano ha imposto, in modo orizzontale, per tutti gli appalti pubblici, che la mandataria del raggruppamento di operatori economici esegua la maggior parte delle prestazioni e dimostri il possesso dei requisiti in misura maggioritaria.

La Corte ha quindi stabilito che la volontà del legislatore dell'Unione, conformemente agli obiettivi di cui ai considerando 1 e 2 della medesima direttiva, consiste nel limitare ciò che può essere imposto a un singolo operatore di un raggruppamento, seguendo un approccio qualitativo e non meramente quantitativo, al fine

di incoraggiare la partecipazione di raggruppamenti come le associazioni temporanee di piccole e medie imprese alle gare di appalto pubbliche. Per contro, un requisito come quello enunciato all'articolo 83, comma 8, terzo periodo, del Codice dei contratti pubblici, che si estende alle «*prestazioni in misura maggioritaria*», contravviene a siffatto approccio, eccede i termini mirati impiegati all'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 e pregiudica così la finalità, perseguita dalla normativa dell'Unione in materia, di aprire gli appalti pubblici alla concorrenza più ampia possibile e di facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese.

La citata sentenza della Corte di giustizia incide profondamente sulla normativa nazionale dei raggruppamenti temporanei di impresa, scardinandone i principi fondamentali. Il legislatore italiano, infatti, ha scelto, per la disciplina di tali soggetti, di introdurre previsioni che limitano la libertà organizzativa del raggruppamento al fine di assicurare la corretta esecuzione delle prestazioni. La Direttiva comunitaria, invece, consente l'introduzione di limitazioni più circoscritte ad opera delle amministrazioni aggiudicatrici (e non del legislatore) a condizione che le stesse siano proporzionali e giustificate.

2.2 La normativa unionale

L'articolo 19 della direttiva prevede che, ove necessario, le amministrazioni aggiudicatrici possono specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici devono ottemperare ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali di cui all'articolo 58, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive. La norma prevede, altresì, che gli Stati membri possono stabilire le condizioni generali relative all'ottemperanza a tali modalità da parte degli operatori economici. La disposizione, inoltre, richiede che le condizioni per l'esecuzione di un appalto da parte di tali gruppi di operatori economici, diverse da quelle imposte a singoli partecipanti, siano giustificate da motivazioni obiettive e proporzionate. Infine, il comma 3, della norma in esame prevede che, in deroga al paragrafo 2, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre ai gruppi di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica una volta che sia stato loro aggiudicato l'appalto, nella misura in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell'appalto.

L'articolo 63, paragrafo 1 della direttiva prevede che se un operatore economico si affida alle capacità di altri soggetti per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, l'amministrazione aggiudicatrice può esigere che l'operatore economico e i soggetti di cui sopra siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto.

Alle stesse condizioni, un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 19, paragrafo 2, può fare valere le capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti. Infine, il paragrafo 2, della norma in esame prevede che nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o

installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 19, paragrafo 2, da un partecipante al raggruppamento.

2.3 La normativa nazionale

L'articolo 48 del codice dei contratti pubblici, disciplina in un'unica previsione per lavori, servizi e forniture la forma di collaborazione tra imprese, di natura temporanea, finalizzata alla partecipazione ad una gara, ed eventualmente, in caso di aggiudicazione, all'esecuzione del contratto.

Nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di operatori economici in cui il mandatario esegue le prestazioni indicate come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione. I raggruppamenti di tipo verticale possono trovare applicazione soltanto nell'ipotesi in cui la stazione appaltante abbia preventivamente individuato, negli atti di gara, le prestazioni principali e le prestazioni secondarie, non potendo tale operazione essere effettuata in autonomia dal partecipante alla gara al fine di ripartire le prestazioni medesime all'interno del raggruppamento verticale (cfr. Consiglio di Stato sez. V 22/10/2018 n. 6032).

Nel caso di lavori, per raggruppamento temporaneo di tipo verticale si intende una riunione di operatori economici nell'ambito della quale il mandatario realizza i lavori della categoria prevalente e i mandanti assumono i lavori scorporabili; per raggruppamento di tipo orizzontale si intende una riunione di operatori economici finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria. I raggruppamenti temporanei sono ammessi a partecipare alla gara se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento sono in possesso della qualificazione.

Per quanto concerne la qualificazione, nel caso di lavori, per i raggruppamenti temporanei di tipo verticale, i requisiti di cui all'articolo 84, sempre che siano frazionabili, devono essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo; per i lavori scorporati ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti per l'importo della categoria dei lavori che intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo. I lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorperate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale.

Nel caso di lavori, di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati.

L'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori. Per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario. La giurisprudenza ha sottolineato la differenza tra la responsabilità delle imprese riunite in a.t.i. orizzontale da quella delle imprese che partecipano ad un'a.t.i. verticale, evidenziando che «nelle a.t.i. orizzontali ciascuna delle imprese riunite è responsabile solidalmente nei confronti della stazione appaltante, mentre nelle a.t.i. verticali le mandanti rispondono ciascuna per le prestazioni assunte e la mandataria risponde in via solidale con ciascuna delle imprese mandanti in relazione alle rispettive prestazioni secondarie» (cfr. TAR Lombardia, sez. I, 14/02/2018, n. 439).

Per quanto riguarda i raggruppamenti di tipo "misto", questa facoltà è prevista dal dettato normativo espressamente per i lavori pubblici, (cfr. art. 48, comma 6, secondo periodo del D.Lgs n. 50/2016) sebbene la giurisprudenza la riconosca anche nell'ambito degli appalti di servizi o forniture (sul punto, di recente la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 07/08/2018 n. 4860, in cui il giudice amministrativo, richiamando una precedente statuizione della Sez. V, n. 3769 del 1 agosto 2015, ha riconosciuto l'ammissibilità di tali raggruppamenti anche in un appalto di servizi).

I consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; qualora il consorziato designato sia, a sua volta, un consorzio di cui all'articolo 45, comma 2, lettera b), è tenuto anch'esso a indicare, in sede di offerta, i consorziati per i quali concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del codice penale.

Rispetto al passato, l'articolo 48 del codice dei contratti pubblici ha definitivamente superato il principio di corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione, originariamente previsto per i lavori dall'art. 37 comma 13 del codice, privilegiando il dato sostanziale costituito dall'effettivo possesso dei requisiti di qualificazione da parte dell'intero raggruppamento (TAR Toscana, sez. II, 17/07/2018, n. 1040). Permane tuttavia l'obbligo per le imprese raggruppate di indicare le parti del servizio o della fornitura facenti capo a ciascuna di esse e resta fermo il principio che ciascuna impresa deve essere qualificata per la parte di prestazioni che s'impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara (ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 13/06/2018, n. 3623, Consiglio di Stato, sez. V, 02/07/2018, n. 4036, TAR Piemonte, Torino, sez. I, 06/06/2018, n. 704). L'articolo 83, comma 8, del codice dei contratti pubblici (oggetto dell'intervento della Corte di giustizia) stabilisce che «*le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o*

nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. Per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle».

2.4 L'obbligo di disapplicazione

Sulla base della costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, un organo chiamato ad applicare il diritto dell'Unione deve poter disapplicare la norma contrastante senza aspettare l'intervento di un ulteriore organo per poter garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione (Sentenza Simmenthal, 9 marzo 1978, causa 106/77; Grande Sezione, sent. del 4 dicembre 2018, causa C-378/17). La Corte ha più volte precisato che «*il principio del primato del diritto dell'Unione impone non solo agli organi giurisdizionali, ma anche a tutte le istituzioni dello Stato membro di dare pieno effetto alle norme dell'Unione*», «*ivi comprese le autorità amministrative, incaricate di applicare, nell'ambito delle rispettive competenze il diritto dell'Unione*» (Cfr. sentenze della Corte 22 giugno 1989, Costanzo, causa C-103/88; 9 settembre 2003, CIF, causa C-198/01 e 14 settembre 2017, The Trustees of the BT Pension Scheme, causa C-628/15).

Pertanto, anche l'Autorità è tenuta alla disapplicazione dell'articolo 83, comma 8, terzo periodo, del codice dei contratti pubblici, il quale deve essere interpretato nel senso di consentire alle stazioni appaltanti di prevedere, nei bandi di gara, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al raggruppamento di operatori economici.

A tal fine, l'Autorità ha modificato le indicazioni contenute nel bando tipo recante «*Procedura aperta telematica per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo*», aggiornato al Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle pari opportunità, del 7 dicembre 2021 e al decreto legge 27 gennaio 2022, n. 4, convertito con legge n. 25 del 28 marzo 2022, con delibera n.154 del 16 marzo 2022, e nella relativa relazione illustrativa. Ciò al fine di agevolare le stazioni appaltanti nella predisposizione dei bandi di gara in conformità alla normativa unionale.

In tale sede, l'Autorità, non potendo sostituirsi al legislatore nazionale, ha limitato l'intervento sul bando tipo allo stretto necessario, incidendo esclusivamente sulle previsioni direttamente interessate dalla pronuncia della Corte di giustizia. Tuttavia, si ritiene che ci siano altre disposizioni del codice dei contratti pubblici che appaiono in contrasto con i principi enunciati dalla Corte di giustizia.

Ed invero, la Corte ha affermato che il legislatore nazionale non può imporre condizioni più rigorose di quelle previste dalla direttiva 2014/24, la quale si limita ad autorizzare l'amministrazione aggiudicatrice a prevedere, nel bando di gara, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al raggruppamento di operatori economici. Inoltre, ha chiarito che la volontà del legislatore dell'Unione, conformemente agli obiettivi di cui ai considerando 1 e 2 della medesima direttiva, consiste nel limitare ciò che può essere imposto a un singolo operatore di un raggruppamento, seguendo un approccio qualitativo e non meramente quantitativo, al fine di aprire gli appalti pubblici alla concorrenza più ampia possibile e facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese.

Da tali principi si ricava che gli Stati membri sono legittimati a stabilire le condizioni generali relative alla dimostrazione dei requisiti da parte degli operatori economici.

Le amministrazioni aggiudicatrici, invece, possono:

- specificare nei documenti di gara le modalità con cui gli RTI devono ottemperare ai requisiti, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive;
- esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti da un partecipante al raggruppamento;
- esigere che i partecipanti all'RTI siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto;
- imporre agli RTI di assumere una forma giuridica specifica una volta che sia stato loro aggiudicato l'appalto, nella misura in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell'appalto.

Da tali considerazioni emerge, quindi, tra le altre, la difformità della normativa nazionale in tema di responsabilità dei partecipanti al raggruppamento temporaneo. A tale proposito, infatti, la direttiva stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere la responsabilità solidale delle imprese raggruppate, prevedendo tale circostanza come una facoltà. La normativa nazionale, invece, all'articolo 48, comma 5, del codice dei contratti pubblici prevede che *«L'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori. Per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario»*, imponendo la responsabilità solidale.

Altra questione riguarda il comma 2 dell'articolo 48, secondo cui, nei raggruppamenti di tipo verticale, la prestazione principale è eseguita dalla mandataria e le prestazioni secondarie sono eseguite dalle mandanti e una prestazione può essere considerata principale anche in termini economici, quindi solo quantitativi. Tale previsione appare in contrasto con quanto sancito dalla Corte di Giustizia, secondo cui la volontà del legislatore dell'Unione, conformemente agli obiettivi di cui ai considerando 1 e 2 della direttiva 24/2014, consiste nel limitare ciò che può essere imposto a un singolo operatore di un raggruppamento, seguendo un approccio qualitativo e non meramente quantitativo.

Infine, per esigenze di organicità occorrerebbe valutare l'impatto della decisione della Corte di Giustizia sulla normativa relativa ai lavori. Anche tale disciplina, infatti, prevede indicazioni di natura quantitativa che appaiono non conformi rispetto alle statuizioni della Corte di Giustizia. Ed invero, il comma 6 dell'articolo 48 prevede che, nel caso di lavori, per i raggruppamenti temporanei di tipo verticale, i requisiti di cui all'articolo 84, sempre che siano frazionabili, devono essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo; per i lavori scorporati ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti per l'importo della categoria dei lavori che intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo. Inoltre, l'articolo 92, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica n. 207/2010, (ancora in vigore ai sensi dell'art. 216 co. 14 del codice dei contratti pubblici), per i raggruppamenti orizzontali, stabilisce che i requisiti di qualificazione devono essere posseduti dalla mandataria nella misura minima del 40% e cumulativamente dalle mandanti, ciascuna nella misura minima del 10% dell'importo dei lavori, per l'ulteriore 60%. La norma prevede, altresì, che la mandataria in ogni caso dimostri i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti.

Per i raggruppamenti verticali, l'articolo 92, comma 3, del citato decreto n. 207/2010, prevede che i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla mandataria nella categoria prevalente e che, nelle categorie scorporate, ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola. La norma prevede, altresì, che i requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte dalle mandanti siano posseduti dalla mandataria con riferimento alla categoria prevalente.

Per i raggruppamenti misti è prevista l'applicazione delle disposizioni di cui ai precedenti punti, a seconda della loro composizione e in relazione alle prestazioni prevalente e scorporabili. In tali raggruppamenti, il ruolo di mandataria è ricoperto dall'impresa che è qualificata ed esegue i lavori relativamente alla categoria prevalente, oppure, nel caso in cui le lavorazioni di cui alla categoria prevalente siano svolte da più imprese, dal soggetto qualificato e che esegue i lavori in misura maggioritaria in relazione alla categoria prevalente.

3. L'Autorità segnala

l'opportunità di intervenire in modifica degli articoli 48, commi 2, 5 e 6 e 83, comma 8, del codice dei contratti pubblici e dell'articolo 93 del decreto del Presidente della Repubblica n. 207/2010, al fine di superare le difformità rispetto alla normativa comunitaria evidenziate nella sentenza della Corte di Giustizia resa in data 28/4/2022 nella Causa C-642/2020. Si ritiene che la sede più opportuna per l'intervento possa essere rappresentata dall'attuazione della legge 21 giugno 2022, n. 78 recante delega al governo in materia di contratti pubblici.

Approvato dal Consiglio nella seduta del 20 luglio 2022

Il Presidente
Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 25 luglio 2022

Per il Segretario, Maria Esposito

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente