



DELIBERA N. 357 del 20 luglio 2023

Oggetto

.....OMISSIS..... – art. 3, comma 1, lett. d) d.lgs. 50/2016 – organismo di diritto pubblico – Ordinanza Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione n. 974/2023 - Richiesta parere.

AG2-2023

Riferimenti normativi

Art. 3, comma 1, lett. d), art. 108 d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Codice dei contratti pubblici - Contratti pubblici - Disciplina – Codice dei contratti pubblici - Ambito Soggettivo – Organismo di diritto pubblico – contratto – risoluzione – CIG – contributo di gara – qualificazione delle stazioni appaltanti.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'Adunanza del 20 luglio 2023

Premessa

Con nota pervenuta in data 17 maggio 2023, acquisita al prot. Aut. n. 37662,OMISSIS..... ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere in ordine agli affetti dell'Ordinanza emessa dalla Suprema Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, n. 974/2023, con riguardo all'attività contrattuale dell'Istituto stesso.

Più in dettaglio il richiedente ha in primo luogo evidenziato cheOMISSIS..... è un Ente di Diritto Pubblico, costituito con Legge 24 dicembre 1957, n. 1295, iscritto all'Albo delle banche autorizzate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'articolo 13 del D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 ed opera nel settore del credito per lo sport e per le attività culturali.

Per quanto rileva ai fini del parere, l'Istituto ha rappresentato inoltre di aver svolto la propria attività bancaria operando in regime di concorrenza, quale soggetto privato, provvedendo all'acquisto di beni e servizi nel rispetto dei Regolamenti all'uopo adottati che, pur informandosi ai principi declinati nella disciplina in materia di contratti pubblici, non ne prevedono l'applicazione diretta, non ritenendo l'Istituto di essere qualificabile come organismo di diritto pubblico.

Con sentenza del Consiglio di Stato n. 6272 del 13 settembre 2021, sono stati riconosciuti per l'ente, i caratteri tipici dell'organismo di diritto pubblico, come sanciti dall'art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. 50/2016. Gli effetti della sentenza sono stati sospesi con Ordinanza n. 430 del 31 gennaio 2022, nelle more della definizione del ricorso per motivi di giurisdizione ai sensi dell'art. 110 C.p.A., promosso innanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

L'istituto, pertanto, ha continuato a fare applicazione del proprio Regolamento interno per gli acquisti di beni e servizi.

Con Ordinanza del 13 gennaio 2023, n. 974 della Suprema Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, è stata riconosciuta perOMISSIS..... la natura di organismo di diritto pubblico ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di contratti pubblici.

Pertanto l'ente ha avviato una serie di attività finalizzate ad adeguare la propria organizzazione alla necessaria applicazione della predetta disciplina (come meglio descritto nell'istanza di parere).

Alla luce di quanto sopra,OMISSIS..... ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità numerosi quesiti in ordine agli effetti della predetta Ordinanza n. 974/2023 sull'attività contrattuale svolta dall'ente in precedenza e a seguito della pronuncia medesima.

Più in dettaglio, è stato chiesto all'Autorità di esprimere avviso sulle seguenti questioni: *(i)* con riguardo agli affidamenti pluriennali disposti e contrattualizzati prima della predetta Ordinanza, nonché quelli disposti prima ma contrattualizzati dopo la stessa, se possano ritenersi non travolti dagli effetti della pronuncia, mantenendone la validità fino alla naturale scadenza e se sia consentito ritenere per gli stessi, non dovuto il pagamento del contributo di gara; *(ii)* altri quesiti, in ragione del momento in cui sono stati affidati i predetti contratti, attengono alle modalità di acquisizione postuma del CIG; *(iii)* si chiede inoltre se possa ritenersi non applicabile la delibera Anac n. 214/2022 alle fattispecie di cui all'art. 17, co. 1, lett. f) del Codice, essendoOMISSIS..... soggetta alla disciplina antiriciclaggio (d.lgs. 231/2007) e vigilata da Banca d'Italia; *(iv)* si chiede, infine, all'Autorità, ai fini della qualificazione della stazione appaltante, di procedere al riconoscimento della stessa mediante differimento ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. 36/2023 e se sia corretto, ai fini della predetta qualificazione, considerare tutti gli affidamenti e i contratti stipulati nel quinquennio precedente, in corso e conclusi, indicando le modalità di attestazione degli stessi in ragione della straordinarietà della situazione rappresentata nell'istanza di parere.

Considerazioni

Al fine di esprimere avviso sulle numerose questioni sollevateOMISSIS..... (di seguito ".....OMISSIS....."), sembra opportuno osservare in via preliminare che ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a), del d.lgs. 50/2016, sono «*amministrazioni aggiudicatrici*», tenute all'applicazione del Codice, le «amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti».

In ordine alla figura dell'organismo di diritto pubblico, di derivazione comunitaria, i requisiti che connotano tale figura, sono così elencati nell'art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. 50/2016: «1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico». Detti requisiti devono sussistere cumulativamente, con la conseguenza che la mancanza anche di uno solo di essi non consente di qualificare l'ente come organismo di diritto pubblico e con la precisazione che il requisito dell'influenza dominante, descritto nel punto 3), della disposizione *de qua* è integrato anche in presenza di uno soltanto dei presupposti ivi contemplati (*ex multis* CGE, Sez. IV, 3 febbraio 2021, cause C-155/19 e C-156/19).

Nel rinviare alle numerose pronunce dell'Autorità sul tema, contenenti utili indicazioni in ordine ai profili interpretativi ed applicativi della norma sopra richiamata (*ex multis* pareri sulla normativa AG41/2010,

AG12/2011, AG 20-09, AG47/2013, AG 29/2014, AG 41/2011, AG66/15/AP, AG 3/2021), con riferimento al caso di specie, può osservarsi quanto segue.

.....OMISSIS..... è stato istituito con legge 24 dicembre 1957 n. 1295 ("Costituzione di unOMISSIS....."), ai sensi della quale lo stesso è "*ente di diritto pubblico con personalità giuridica e gestione autonoma*". Successivamente l'art. 161, comma 1, del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), ha abrogato la suindicata legge [ad eccezione degli artt. 2 quarto comma, 3 settimo comma e 5] e, per il riordino dell'Istituto, è stato adottato il d.p.R. 20 ottobre 2000, n. 453, il quale dispone, a sua volta, cheOMISSIS..... è *ente pubblico economico*, soggetto alle disposizioni del d.lgs.385/1993, contemplando altresì (tra l'altro) l'adozione di uno Statuto per l'organizzazione ed il funzionamento dell'Istituto stesso (art.11).

Ai sensi dell'art. 1 dello Statuto,OMISSIS....., *banca pubblica ai sensi e per gli effetti dell'articolo 151 d.lgs. 385/1993, è Ente di diritto pubblico con gestione autonoma*.

Le caratteristiche dell'ente, ai fini della configurabilità dello stesso come organismo di diritto pubblico ai sensi del Codice, sono state esaminate da questa Autorità, già con parere sulla normativa AG 20/2009 del 30 luglio 2009, nel quale, con riguardo alle disposizioni dell'art. 3, comma 26, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (poi sostituito con l'art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. 50/2016), è stato evidenziato che per l'Istituto stesso «non sembrano esservi dubbi quanto alla sussistenza dei requisiti b) e c), in quanto è pacifico che l'Istituto ha personalità giuridica e che i componenti del Consiglio di amministrazione sono designati per più della metà dallo Stato e dagli enti pubblici territoriali». Quanto al requisito teleologico, è stato ulteriormente osservato che «l'attività bancaria di interesse pubblico svolta dall'Istituto è connotata dalla peculiarità di essere rivolta a soggetti operanti in un settore specifico, quale quello dello sport e delle attività culturali. Sembrano inoltre numerosi i momenti di intervento dei poteri pubblici nell'attività gestionale, vista la composizione degli organi di amministrazione, oltre alla gestione dei summenzionati Fondi riferiti allo Stato. Tali aspetti sembrano porre l'Istituto al di fuori dei meccanismi concorrenziali del settore creditizio. Ciò fa propendere per la qualifica di organismo di diritto pubblico dell'Istituto, come definito a livello comunitario e dalla normativa nazionale di recepimento».

L'avviso espresso dall'Autorità nella pronuncia sopra citata, ha trovato conferma nelle pronunce giurisprudenziali indicate nell'istanza di parere, che hanno ribadito la qualificabilitàOMISSIS..... come organismo di diritto pubblico.

In particolare, con ordinanza n. 974/2023 delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, emessa a seguito di ricorso per motivi di giurisdizione, in relazione agli art. 111, co.8, Cost. e art. 362, co.1, c.p.c., confermando l'avviso espresso dal Consiglio di Stato con sentenza n. 6272/2021, è stato affermato (tra l'altro) che «.....OMISSIS....., esaminato complessivamente il quadro fattuale e normativo di riferimento quanto a natura, ragioni istitutive, funzioni e modalità operative, presenti tutti i requisiti per essere qualificato, ai fini dell'applicazione della disciplina dell'evidenza pubblica, organismo di diritto pubblico, compreso – per quel che specificamente qui rileva – quello c.d. teleologico».

Con la stessa pronuncia, è stato ulteriormente evidenziato cheOMISSIS..... va qualificato come organismo di diritto pubblico «non solo e non tanto in quanto già configurato come "ente di diritto pubblico" dalla legge istitutiva e dall'art. 1 del vigente Statuto e sussumibile nella categoria di "Enti pubblici preposti ad attività di spettacolo, sportive, turistiche e del tempo libero" contemplata dall'allegato IV all'art. 3 d.lgs. 50/2016, recante l'elenco degli organismi di diritto pubblico (v., *supra*, par. 6.13), ma anche e soprattutto sulla base di un'interpretazione funzionale ed estensiva del requisito teleologico condizionante l'applicabilità della disciplina dell'evidenza pubblica, in ragione dell'esame complessivo e non atomistico di tutti gli elementi di fatto e di diritto relativi alle modalità operative e al regime di controllo cui è sottoposto l'Istituto, in ossequio al principio dell'effetto utile che permea la nozione di "esigenze di interesse pubblico non aventi carattere industriale o commerciale"».

Le considerazioni giurisprudenziali sopra riportate appaiono quindi pienamente coerenti con l'avviso espresso dall'Anac con il citato parere sulla normativa AG 20/2009.

Successivamente a tale pronuncia dell'Autorità, tuttavia, da quanto emerge dall'istanza di parere,OMISSIS..... ha continuato ad acquisire beni e servizi quale soggetto privato, secondo le previsioni del Regolamento interno che, pur informandosi ai principi declinati nella disciplina in materia di contratti pubblici, non ne prevedono l'applicazione diretta, non ritenendo l'Istituto di essere qualificabile come organismo di diritto pubblico.

Solo successivamente alla sentenza del Consiglio di Stato n. 6272/2021, che ha confermato per l'ente i caratteri dell'organismo di diritto pubblico,OMISSIS..... si è attivato al fine adottare le soluzioni organizzative necessarie per l'affidamento dei contratti sulla base delle disposizioni del Codice (come descritte nell'istanza). Tuttavia a seguito della sospensione dell'efficacia della predetta sentenza, per effetto dell'Ordinanza n. 430/2022, nelle more della decisione del ricorso proposto innanzi alla Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 110 c.p.a.,OMISSIS..... ha continuato ad applicare il Regolamento interno per gli acquisti di beni e servizi.

A decorrere dalla data di pubblicazione della Ordinanza della Corte di Cassazione n. 974/2023 (13 gennaio 2023), sopra richiamata, l'ente ha quindi ritenuto di dover applicare il d.lgs. 50/2016, in quanto qualificabile quale organismo di diritto pubblico.

A tal riguardo, non può non osservarsi che in virtù delle decisioni dell'Anac prima (con parere AG20/2009) e del Consiglio di Stato poi (sentenza n. 6272/2021),OMISSIS..... avrebbe dovuto valutare attentamente l'opportunità di proseguire nell'attività contrattuale sulla base del predetto Regolamento interno e non invece applicando la disciplina in materia di contratti pubblici, tenuto che la stessa costituisce diretta attuazione delle direttive europee in materia ed è volta, in primo luogo, a garantire il rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, elencati nell'art. 30 del Codice tra i quali i principi di concorrenza, parità di trattamento, trasparenza.

Tuttavia, in ottica collaborativa e tenuto conto della particolarità della fattispecie sottoposta all'attenzione dell'Autorità, si riportano di seguito alcune indicazioni di carattere generale, utili per la definizione del caso, rimettendo alla diretta responsabilità dell'ente richiedente, nell'esercizio della discrezionalità amministrativa propria dello stesso, ogni valutazione in ordine ai provvedimenti da adottare al fine di garantire la regolarità dell'attività contrattuale dello stesso, in conformità all'indirizzo giurisprudenziale sopra richiamato e alle disposizioni del d.lgs. 50/2016.

Si osserva, quindi, al riguardo che la questione principale sollevata nell'istanza, attiene essenzialmente alla possibilità di mantenere e fare salvi i contratti d'appalto stipulatiOMISSIS..... all'esito di procedure *non* disciplinate dal d.lgs. 50/2016, prima dell'Ordinanza n. 974/2023, nonché quelli disposti prima ma contrattualizzati dopo la pronuncia stessa.

Per quanto di competenza dell'Autorità, può osservarsi al riguardo, che la questione relativa all'eventuale risoluzione del contratto d'appalto stipulato in violazione del d.lgs. 50/2016, ricade nella disciplina dettata dall'art. 108 del d.lgs. 50/2016.

Come osservato dall'Autorità, dalle disposizioni del citato art. 108 discende il potere della stazione appaltante di risolvere il contratto d'appalto, oltre che nei casi espressamente previsti dalla norma, anche in tutti i casi in cui la prosecuzione del rapporto contrattuale non garantisca più il perseguimento dell'interesse pubblico sotteso all'affidamento del contratto.

Più in dettaglio, è stato evidenziato che la norma «dettata in recepimento dell'art. 73 della direttiva 2014/24, ancorché non chiarisca tale profilo, sembra non rivestire carattere tassativo quanto ai casi in cui è ammesso lo scioglimento del vincolo contrattuale da parte della stazione appaltante. Ciò tenuto conto da un lato delle previsioni del comma 1 della disposizione, contemplanti la *possibilità* per la stazione appaltante di risolvere il contratto d'appalto (*"le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto*

pubblico durante il periodo di sua efficacia”) nelle ipotesi ivi previste (al contrario del comma 2 contemplante invece l’obbligo di risoluzione nelle fattispecie espressamente e tassativamente indicate nella norma); la facoltatività dell’azione risolutoria da parte della stazione appaltante, sembra lasciare spazio anche ad altre ipotesi, oltre a quelle previste, per l’esercizio della stessa. Dall’altro lato, il carattere non tassativo della norma appare coerente con la necessità di assicurare sempre e comunque la rispondenza dell’azione amministrativa al perseguimento dell’interesse pubblico sotteso all’affidamento del contratto; (...) Il contratto d’appalto, quindi, può validamente essere mantenuto in vita solo in assenza di eventi e circostanze che lo rendano non più idoneo al perseguimento dell’interesse pubblico per il quale è stato stipulato» (parere Funz Cons 69/2022).

In ordine alle disposizioni dell’art. 108 del Codice anche la giurisprudenza ha espresso avviso conforme a quello dell’Autorità sopra richiamato.

In particolare, il giudice amministrativo ha, in primo luogo, osservato che in via generale, a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione di un appalto pubblico in sede giurisdizionale, gli artt. 121 e 122 c.p.a. attribuiscono unicamente al giudice il potere di dichiarare l’inefficacia del contratto e, anche nei casi caratterizzati dalle violazioni più gravi, è sempre rimesso al giudice il potere di effettuare un bilanciamento tra i vari interessi coinvolti. In tale quadro normativo, è stato sottolineato altresì che nel caso in cui sia stata giudizialmente annullata l’aggiudicazione e il giudice non si sia pronunciato sulla efficacia del contratto, l’amministrazione non può rimanere inerte.

In particolare «la stazione appaltante (...) è tenuta a valutare se, alla luce delle ragioni che hanno determinato l’annullamento dell’aggiudicazione, permangono o meno le condizioni per la continuazione del rapporto contrattuale in essere con l’operatore economico (illegittimo) aggiudicatario, ovvero se non risponda maggiormente all’interesse pubblico, risolvere il contratto e indire una nuova procedura di gara (in applicazione del potere riconosciuto ora dall’art. 108, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; cfr. Cons. Stato, sez. IV 5 maggio 2016, n. 1798).” (Consiglio di Stato sez. V, 22/11/2019, n.7976; Cons. Stato Sez. V, Sent., 29.04.2020, n. 2731 e Sent. 14.07.2022, n. 6014)» (così Tar Campania n. 2254/2023).

Il richiamo all’art. 108 del d.lgs. 50/2016, in questo contesto, da parte della citata giurisprudenza, «appare dirimente, in quanto detto articolo, al comma 1, fa appunto riferimento ad ipotesi di risoluzione del contratto dovute a vizi della fase dell’evidenza pubblica o alla necessità di una rinnovazione della gara (per superamento delle soglie o modifica sostanziale del contratto), tanto che esso è stato ricondotto dalla giurisprudenza nell’ambito dell’esercizio dell’autotutela decisoria trattandosi di decisione assunta sulla base del migliore perseguimento dell’interesse pubblico, e di conseguenza nella giurisdizione amministrativa, ancorché la “risoluzione” intervenga in corso di esecuzione del contratto. (In termini, si veda Consiglio di Stato n. Cons. Stato Sez. V, Sent., 27.01.2022, n. 590). Ed infatti, se è vero che – come si è detto – non si verifica la caducazione automatica del contratto, l’amministrazione può tuttavia esercitare i poteri attribuiti dal codice dei contratti in materia (riconducibili come si è detto nell’ambito generale dell’autotutela) ed incidere così sulla perdurante efficacia del contratto, determinandone eventualmente la “risoluzione”, con effetto ex nunc. Va inoltre rilevato che la recente giurisprudenza amministrativa riconosce la possibilità per l’amministrazione di esercitare il potere di annullamento in autotutela dell’aggiudicazione della gara, anche dopo la stipulazione del contratto, con conseguente inefficacia di quest’ultimo, stante la stessa consequenzialità tra aggiudicazione e stipulazione del contratto. (Consiglio di Stato sez. V, 27/01/2022, n.590; T.A.R. Campania Napoli Sez. I, 22/07/2022, n. 4908). (...) Si sostiene inoltre che ciò che è precluso a seguito della stipulazione del contratto, secondo l’insegnamento dell’Adunanza Plenaria del Cons. St. nella sentenza n. 14 del 2014, sarebbe soltanto l’esercizio del potere di revoca, ma non anche di quello di annullamento d’ufficio, che per sua natura presuppone il riscontro di un vizio di legittimità dell’atto oggetto di annullamento» (TAR Campania n. 2254/2023).

Secondo la giurisprudenza richiamata, pertanto, ove non intervenuta una pronuncia giurisdizionale di inefficacia di un contratto stipulato in violazione delle disposizioni del d.lgs. 50/2016, deve riconoscersi un potere dell'amministrazione, fondato sui generali principi dell'autotutela amministrativa, nonché sulla espressa previsione dell'art. 108 del d.lgs. 50/2016, di incidere unilateralmente sulla efficacia del contratto stesso per ragioni riconducibili ai vizi della fase della evidenza pubblica.

Per quanto sopra, in relazione ai quesiti sollevatiOMISSIS..... in ordine alla sorte dei contratti d'appalto stipulati in assenza di procedure svolte ai sensi del d.lgs. 50/2016, può conclusivamente osservarsi che spetta all'Istituto richiedente, ai sensi dell'art. 108 del Codice, ogni valutazione in ordine alla prosecuzione o alla risoluzione dei rapporti contrattuali in essere, stipulati all'esito di procedure non disciplinate dal d.lgs. 50/2016, tenuto conto degli interessi pubblici sottesi ai diversi affidamenti, all'oggetto dei contratti e allo stato di esecuzione degli stessi, anche nel rispetto del principio di economicità dell'azione amministrativa. Come osservato dall'Autorità, infatti, l'eventuale «illegittimità della procedura di gara giustifica l'esercizio del potere di autotutela nel caso in cui l'aggiudicazione sia stata determinata sulla base di vizi inerenti la procedura di gara che doveva essere espletata assicurando il puntuale rispetto della concorrenza tra imprese e la par condicio delle stesse, occorrendo peraltro che vengano individuati da parte della stazione appaltante tutti gli interessi pubblici attuali, distinti dal mero interesse al ripristino della situazione di legittimità che giustifica la rimozione dell'atto viziato. Fra gli elementi che devono formare oggetto della valutazione da parte della stazione appaltante vi è quello che attiene all'economicità dell'azione amministrativa che potrebbe venir meno nel caso si disponesse una revoca quando i lavori sono in una fase di esecuzione avanzata tale da far ritenere non conveniente sotto detto profilo lo scioglimento del contratto. (...) Peraltro è da ritenersi che, stante l'esistenza in capo all'appaltatore di un diritto soggettivo derivante dalla stipula del contratto, la revoca e lo scioglimento dello stesso contratto in sede di autotutela da parte dell'amministrazione, dipendono dalla esatta individuazione e valutazione da parte della stazione appaltante di interessi pubblici attuali, distinti dal mero interesse al ripristino della situazione di mera legittimità» (det.17/2002).

Per quanto sopra, spetta unicamenteOMISSIS..... ogni valutazione in ordine all'eventuale risoluzione dei contratti d'appalto stipulati all'esito di procedure non disciplinate dal d.lgs. 50/2016, mediante ponderazione di tutti gli interessi coinvolti.

L'Autorità non può quindi sostituirsi alla stazione appaltante in tale delicato compito, rimesso esclusivamente alla responsabilità e alle prudenti valutazioni dell'ente competente.

Quanto ai contratti relativi all'acquisto di provviste finanziarie di cui all'art. 17, comma 1, lett. f) del d.lgs. 50/2016, in relazione ai qualiOMISSIS..... ritiene non applicabile la delibera n. 214/2022 dell'Autorità, essendo lo stesso Istituto soggetto alla disciplina in materia di antiriciclaggio di cui al d.lgs. 231/2007 e s.m., si osserva brevemente quanto segue.

Ai sensi del citato art. 17, le disposizioni del Codice non trovano applicazione (tra l'altro) per i contratti "concernenti i prestiti, a prescindere dal fatto che siano correlati all'emissione, alla vendita, all'acquisto o al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari" (comma 1, lett. f).

I contratti esclusi, restano in ogni caso sottoposti al rispetto dei principi indicati all'art. 4, ai sensi del quale «L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica».

Si rappresenta al riguardo che l'art. 213, comma 3, del d.lgs. 50/2016 attribuisce all'Autorità il potere di vigilare sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali e sui contratti secretati, *nonché sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del*

Codice. Inoltre, dal combinato disposto degli articoli 1, comma 67, della legge n. 266/2005 e 213, comma 3, lettera a) del Codice, deriva l'obbligo di contribuzione anche con riferimento ai contratti esclusi dall'applicazione dello stesso.

In ragione di quanto sopra, con Comunicato del Presidente del 16 ottobre 2019 e successivamente con delibera n. 214/2022 (recante "*Indicazioni relative all'obbligo di acquisizione del CIG e di pagamento del contributo in favore dell'Autorità per le fattispecie escluse dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici*") è stato evidenziato che (anche) per i contratti di cui all'art. 17 comma 1, lett. f), del Codice, sussiste l'obbligo di acquisizione del CIG e del pagamento del contributo di gara.

Non rileva, pertanto, ai fini sopra indicati, la sottoposizione diOMISSIS..... alla normativa in materia di anticiclaggio dettata dal d.lgs. 231/2007, tenuto conto della specialità della disciplina contenuta nel d.lgs. 50/2016, disposta in recepimento delle direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni del 2014, e delle specifiche competenze dallo stesso attribuite all'Anac, rispetto alle quali sono funzionali gli obblighi indicati nelle pronunce sopra citate.

Si aggiunga a quanto sopra che, come indicato nella Determinazione n. 4/2011 (Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136) aggiornata, «A seguito dell'emanazione della legge n. 136/2010, il CIG è divenuto anche lo strumento, insieme al CUP, su cui è imperniato il sistema della tracciabilità dei flussi di pagamento; *tale nuova funzione ha comportato l'estensione dell'utilizzo del CIG a tutte le fattispecie contrattuali contemplate nel Codice*, indipendentemente dall'importo dell'appalto e dalla procedura di scelta del contraente adottata. Nell'ambito della disciplina dettata agli articoli 3 e 6 della legge n. 136/2010, avuto riguardo alla ratio della norma, volta a tracciare gli incassi provenienti dai contratti di appalto ed i pagamenti che, a fronte di tali incassi, sono effettuati dagli appaltatori verso i soggetti della filiera, l'indicazione dei codici CIG e CUP assume la finalità di rendere l'informazione "tracciante". Il riferimento ad un determinato CIG (ed eventualmente CUP) consente di ricondurre il pagamento per prestazioni comprese in subcontratti rientranti nella filiera al contratto stipulato dalla stazione appaltante con l'appaltatore. Pertanto, il versamento del contributo all'Autorità è dovuto dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori e dagli operatori economici secondo le modalità e l'entità stabilite nelle delibere annualmente emanate ai sensi dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (...)».

Gli adempimenti previsti nella delibera n. 214/2022, quindi, assumono rilievo anche con riguardo alle finalità perseguite dal legislatore con la l.n. 136/2010, volta a "prevenire infiltrazioni malavitose e di contrastare le imprese che, per la loro contiguità con la criminalità organizzata, operano in modo irregolare ed anticoncorrenziale" (determina 4/2011). Si ribadisce al riguardo che «La normativa sulla tracciabilità trova applicazione anche con riguardo ai contratti esclusi di cui al Titolo II, Parte I, del Codice purché gli stessi siano riconducibili alla fattispecie dell'appalto» (det. 4/2011).

Per quanto sopra, contrariamente a quanto affermato nell'istanza di parere, le indicazioni fornite dall'Autorità con delibera n. 214/2022 (e con det. 4/2011 aggiornata) trovano applicazione anche con riguardo ai contratti di cui all'art. 17, comma 1, lett. f) del d.lgs. 50/2016, stipulati (anche) daOMISSIS.....

Con riferimento ai quesiti relativi alle modalità di acquisizione del CIG con riguardo ai contratti stipulatiOMISSIS..... a seguito di procedure *non disciplinate dal Codice*, oltre alle indicazioni contenute nella citata determinazione n. 4/2011, sembra opportuno osservare che l'art. 3, comma 5, l. n. 136/2010, tra le modalità di attuazione della disciplina sulla tracciabilità dei flussi finanziari, indica l'obbligo di indicare negli strumenti di pagamento relativi ad ogni transazione, effettuata dalla stazione appaltante e dagli altri soggetti tenuti al rispetto di tale obbligo, il codice identificativo di gara (CIG), attribuito dall'Autorità su richiesta della stazione appaltante.

Come evidenziato nella delibera dell'Autorità n. 1/2017 (recante "*Indicazioni operative per un corretto perfezionamento del CIG*") il CIG è un codice alfanumerico generato dal sistema SIMOG dell'Autorità che consente contemporaneamente: a) l'identificazione univoca di una procedura di selezione del contraente ed il suo monitoraggio; b) la tracciabilità dei flussi finanziari collegati ad affidamenti di lavori, servizi o forniture, indipendentemente dalla procedura di scelta del contraente adottata e dall'importo dell'affidamento stesso; c) l'adempimento degli obblighi contributivi e di pubblicità e trasparenza imposti alle stazioni appaltanti ed agli operatori economici per il corretto funzionamento del mercato; d) il controllo sulla spesa pubblica.

Le stazioni appaltanti che intendono avviare una procedura di selezione del contraente sono tenute ad acquisire il relativo CIG, per il tramite del RUP, anche in modalità Smart, in un momento antecedente all'indizione della procedura di gara. *Il CIG deve, pertanto, essere richiesto dal RUP in un momento antecedente all'indizione della procedura di gara* (determina n. 4/2011 aggiornata).

Fermo quanto sopra, il giudice amministrativo – *dopo aver ribadito che il CIG deve essere indicato negli atti di gara e richiesto dal RUP prima dell'indizione della stessa* - con riferimento ad un caso particolare, in cui la stazione appaltante non aveva indicato nella *lex specialis* il codice CIG e, pertanto, le ditte non avevano potuto effettuare il pagamento del contributo di gara, della quale il CIG costituisce elemento identificativo, ha avuto modo di osservare che dalla omessa preventiva richiesta del CIG «discendono ...conseguenze su piani diversi dalla illegittimità degli atti di gara. Invero, secondo la giurisprudenza l'obbligo di indicazione del CIG attiene non già alla fase di scelta del contraente, ma alla fase esecutiva del procedimento di gara, ed in particolare alla stipula del contratto, essendo la stessa essenzialmente funzionale alla tracciabilità dei flussi finanziari, secondo quanto inferibile dall'art. 3, c. 5, l. n. 136/2010 [Cons. St., V, 12.5.2017 n. 2238]. *Nel caso di specie risulta che il CIG è stato comunque acquisito ancorché in un momento successivo alla indizione della gara.* 3.4. Quanto poi all'omesso pagamento del contributo ANAC, conseguente alla omessa indicazione del CIG nel bando, si osserva che tale omesso pagamento non può essere considerato causa di inammissibilità delle offerte o di loro esclusione tanto più in una situazione quale quella de qua in cui la omessa indicazione del CIG nel bando non ha posto i concorrenti di versare il contributo. È appena il caso di ricordare che la C. giust. UE ha ritenuto illegittima l'esclusione dalla gara per omesso pagamento del contributo all'Autorità, rilevando che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di *un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura* o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di *regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice* [C. giust. UE, VI, 2.6.2016 C-27/15]» (Cons. Giust. Amm. Regione Siciliana, n. 956/2022).

Dalle considerazioni svolte dal giudice amministrativo deriva quindi che nel caso in cui, *eccezionalmente*, il CIG non sia stato indicato nei documenti di gara, appare consentito procedere all'acquisizione dello stesso CIG in un momento successivo alla gara.

Per quanto sopra, in relazione ai quesiti sollevati e tenuto conto della peculiarità del caso di specie, si indicano di seguito le azioni cheOMISSIS può intraprendere in ordine ai CIG non richiesti prima dell'affidamento dei contratti e al mancato versamento del contributo di gara in favore dell'Anac, nonché con riguardo alla qualificazione della stazione appaltante ai sensi degli artt.62 e 63 del d.lgs. 36/2023.

In ordine a tali profili, si rappresenta in primo luogo la possibilità per l'ente richiedente di acquisire i CIG "ora per allora", valorizzando il campo "Data di pubblicazione", con l'indicazione della data in cui è stata disposta la procedura di acquisto del bene o servizio.

I contratti stipulati daOMISSIS..... e rispetto ai quali è acquisito il CIG con le modalità sopra indicate, potranno formare oggetto di valutazione ai fini della qualificazione della stazione appaltante ai sensi degli artt. 62 e 63 del d.lgs. 36/2023 e dell'Allegato II.4 dello stesso decreto legislativo.

.....OMISSIS....., quindi, potrà presentare apposita domanda per la qualificazione *de qua*, secondo le indicazioni fornite dall'Autorità con Comunicato del 17 maggio 2023 (recante "Prime indicazioni per l'avvio del sistema di qualificazione delle Stazioni Appaltanti") e con il "Manuale Utente" e relative "Istruzioni", pubblicati sul sito istituzionale.

Quanto infine ai quesiti sollevati in ordine al pagamento del contributo di gara di cui all'art. 1, comma 67, della l.n. 266/2005, nel ribadire che ai sensi della disposizione citata, detto contributo è dovuto dai soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla vigilanza dell'Anac e costituisce, per gli operatori economici, una condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure di gara (tanto che la mancata dimostrazione dell'avvenuto pagamento del contributo è causa di esclusione dalla gara; *ex multis* Delibera n. 621 del 20 dicembre 2022 recante "*attuazione dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 per l'anno 2023*"⁷), con riferimento al caso di specie, anche sulla base delle indicazioni fornite dal giudice amministrativo nella decisione sopra richiamata, si rappresenta che una volta acquisito il CIG, nei termini in precedenza indicati, la stazione appaltante sarà tenuta al pagamento del contributo, fissato per l'anno corrente nella delibera n. 621/2022 e già nelle precedenti delibere adottate annualmente dall'Autorità (in particolare, delibere n. 830/2021, n.1121/2020, n. 1197/2019, n. 1174/2018), per i contratti relativi all'ultimo quinquennio (spendibili ai fini della qualificazione come stazione appaltante), mentre per gli operatori economici, essendo il contributo dovuto per la partecipazione alla gara, il pagamento sarà obbligatorio per le future procedure di selezione del contraente soggette agli obblighi di pagamento di cui alla citata delibera n. 621/2022 (per l'anno 2023).

Sulla base delle considerazioni svolte,

Il Consiglio

Ritiene che:

- In relazione ai contratti d'appalto stipulati daOMISSIS..... all'esito di procedure non disciplinate dal d.lgs. 50/2016, deve riconoscersi un potere dell'amministrazione aggiudicatrice, fondato sui generali principi dell'autotutela amministrativa, nonché sulla espressa previsione dell'art. 108 del d.lgs. 50/2016, di procedere a risoluzione dei contratti stessi per ragioni riconducibili ai vizi della fase dell'evidenza pubblica.
- Le indicazioni fornite dall'Autorità con delibera n. 214/2022 trovano applicazione anche con riguardo ai contratti di cui all'art. 17, comma 1, lett. f) del d.lgs. 50/2016, stipulati daOMISSIS.....
- Per i contratti stipulati daOMISSIS....., oggetto della richiesta di parere esaminata, è consentito procedere all'acquisizione tardiva del CIG nei termini indicati in delibera.
- I contratti stipulati daOMISSIS..... e rispetto ai quali è acquisito il CIG, potranno formare oggetto di valutazione ai fini della qualificazione della stazione appaltante ai sensi degli artt. 62 e 63 del d.lgs. 36/2023 e dell'Allegato II.4 dello stesso decreto legislativo.
- Successivamente all'acquisizione dei CIG, nei termini in precedenza indicati, la stazione appaltante sarà tenuta al pagamento del contributo di gara fissato nelle delibere adottate annualmente

dall'Autorità per i contratti relativi all'ultimo quinquennio (spendibili ai fini della qualificazione come stazione appaltante).

- Manda agli Uffici di Vigilanza dell'Autorità per le azioni di competenza e per il monitoraggio delle attività intraprese daOMISSIS.... per la regolarizzazione della sua posizione rispetto agli obblighi discendenti dall'applicazione del d.lgs. 50/2016.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 luglio 2023

Il Segretario Laura Mascali

Atto firmato digitalmente