



.....OMISSIS.....

Oggetto

Appalti nei settori speciali - soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi - Art. 70, comma 4, d.lgs. 36/2023 - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0068-2024-FC

FUNZ CONS 28/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 30 novembre 2023, acquisita al prot. Aut. n. 107034 e facendo seguito alle ulteriori note acquisite al prot. n. 44115 del 9 aprile 2024 e prot.n. 45905 del 12 aprile 2024, riscontrate con nota prot. n. 46517 del 15 aprile 2024, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 5 giugno 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota di richiesta di parere sopra indicata, la società istante (soggetto di diritto privato operante in virtù di diritti speciali o esclusivi nel settore di cui all'art. 146 del d.lgs. 36/2023), al fine di predisporre la documentazione di gara delle procedure rientranti nel campo di applicazione del Codice, ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità la questione relativa all'applicabilità, per i soggetti che annoverano tra le loro attività una o più tra quelle previste dagli articoli da 146 a 152 del d.lgs. 36/2023 e che operano in virtù di diritti speciali o esclusivi, di non applicare l'art. 70, comma 4, del Codice, con particolare riguardo alla lettera f) di tale comma, riferita al divieto di offerte in aumento sull'importo posto a base di gara.

Al fine di esprimere avviso sulla questione posta, si osserva preliminarmente che, come chiarito dall'Autorità (*ex multis* Anac delibera n. 784/2021), per l'applicazione della normativa contemplata nel Codice per i c.d. "settori speciali", è necessaria la sussistenza di un duplice requisito, *(i)* di carattere soggettivo, dovendosi trattare di uno dei soggetti previsti dall'art.141 del d.lgs. 36/2023 ed *(ii)* oggettivo in quanto afferente all'esercizio di una delle attività riconducibili ai settori ivi contemplati (come individuati agli artt. 146-152).

La disciplina speciale e derogatoria, oggi contenuta nel Libro III ("*Dell'appalto nei settori speciali*") del d.lgs. 36/2023, costituisce un'eccezione alla regola della procedura ordinaria e non può essere estesa al punto da ricondurre attività che non attengono all'esercizio del servizio "speciale" in senso stretto.

Il carattere di "strumentalità", infatti, deve essere inteso in senso restrittivo (Cons. Stato, V, 19 novembre 2018, n. 6534, Cons. Stato, A.P. 1° agosto 2011, n. 16; V 26 maggio 2015, n. 2639, Corte di Giustizia UE, 10 aprile 2008, C-393/06), dunque l'appalto "strumentale" deve porsi in rapporto di mezzo a fine all'esercizio dell'attività speciale e realizzare uno scopo omogeneo e non diverso, rispetto all'esercizio dell'attività istituzionale dell'ente (delibera n. 784/2021).

Il nuovo Codice conferma, rispetto al d.lgs. 50/2016, tale impostazione prevedendo all'art. 141, comma 1, con riguardo all'ambito soggettivo di applicazione del Libro III, che la disciplina dei settori speciali si applica alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti che svolgono una delle attività indicate negli articoli da 146 a 152, nonché agli altri soggetti che annoverano tra le loro attività una o più tra quelle previste dai predetti articoli ed operano in virtù di diritti speciali o esclusivi.

Il comma 2 aggiunge che le imprese pubbliche e i soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi, sono tenuti ad applicare la disciplina contenuta nel Libro III, limitatamente ai contratti strumentali all'esercizio delle attività relative ai settori speciali. Per gli stessi soggetti, il comma 4 riconosce la «facoltà di adottare propri atti, con i quali possono in via preventiva: a) istituire e gestire sistemi di qualificazione degli operatori economici; b) prevedere una disciplina di adattamento delle funzioni del RUP alla propria organizzazione; c) specificare la nozione di variante in corso d'opera in funzione delle esigenze proprie del mercato di appartenenza e delle caratteristiche di ciascun settore, nel rispetto dei principi e delle norme di diritto dell'Unione europea».

Anche nell'attuale assetto normativo di settore quindi l'assoggettabilità di un contratto alla disciplina dettata per i settori speciali va desunta da un criterio di tipo soggettivo e oggettivo, come peraltro chiarito nella Relazione Illustrativa del nuovo Codice.

In tale documento, infatti, in ordine all'art. 141 è stato osservato che la norma «...: a) ribadisce, con minime modifiche rispetto alla disciplina vigente, la perimetrazione dell'ambito soggettivo relativo ai settori speciali, in conformità alla direttiva 2014/25/UE (comma 1); b) semplifica rispetto alla normativa vigente il riferimento alle modalità di attribuzione dei diritti speciali o esclusivi; c) stabilisce che le imprese pubbliche e i privati titolari di diritti speciali o esclusivi applicano le disposizioni del Libro III con il limite della strumentalità (comma 2), da intendersi in senso strettamente funzionale, in armonia con le indicazioni del diritto dell'Unione europea e della giurisprudenza; d) opera un'analitica individuazione delle disposizioni dei Libri I e II che trovano applicazione anche nell'ambito dei settori speciali (comma 3). L'individuazione in questione è puntuale e mira a superare le criticità del rinvio "nei limiti della compatibilità" che avevano caratterizzato la vigenza dell'articolo 114 del decreto legislativo n. 50 del 2016. Come già osservato, al fine di avere un quadro completo delle disposizioni contenute in altri Libri del Codice applicabili ai settori speciali, occorre altresì richiamare gli ulteriori elenchi di cui agli articoli 153 e 167; e) introduce un elenco di "poteri di autorganizzazione" riconosciuti alle imprese pubbliche e ai privati titolari di diritti speciali o esclusivi. In particolare, viene ammessa la possibilità di istituire e disciplinare autonomi sistemi di qualificazione, secondo quanto previsto al successivo articolo 168, nonché di adottare una disciplina specifica sulle funzioni del RUP e di specificare in relazione alle proprie esigenze la nozione di "variante in corso d'opera" (comma 9) [...]».

L'art. 141 citato, unitamente agli articoli 153 e 167 del Codice individua, quindi, in maniera puntuale, le disposizioni dei settori ordinari applicabili ai settori speciali, secondo una logica di "completezza" e di sostanziale compiutezza della disciplina contenuta nel Libro III.

Il quadro normativo di riferimento dei settori speciali, tuttavia, deve ritenersi integrato anche da alcune disposizioni non richiamate nel Libro III ma che attengono comunque all'attività degli enti operanti in tale ambito. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 50, comma 5, del Codice a tenore del quale «Le imprese pubbliche, per i contratti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alle soglie

europee di cui all'articolo 14, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 146 a 152, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, se i contratti presentano un interesse transfrontaliero certo, deve essere conforme ai principi del Trattato sull'Unione europea a tutela della concorrenza. Gli altri soggetti di cui all'articolo 141, comma 1, secondo periodo, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale deve essere conforme ai predetti principi del Trattato sull'Unione europea».

Si ritiene, comunque, sempre consentito ai soggetti operanti nei settori speciali, secondo valutazioni discrezionali, stabilire, negli atti di gara, l'applicazione di specifiche previsioni della disciplina dettata per gli appalti nei settori ordinari, secondo la regola del c.d. autovincolo.

Quanto alle procedure di aggiudicazione degli appalti nei predetti settori, le stesse sono disciplinate agli articoli 153 e seguenti del Codice, nella Parte II del Libro III, secondo una logica di semplificazione e flessibilità, come ancora chiarito nella Relazione Illustrativa del Codice.

La Relazione Illustrativa del Codice sottolinea al riguardo che «Tenuto conto dell'esigenza di evitare vincoli procedurali ulteriori rispetto a quelli posti in ambito unionale, si è scelto di confermare i rinvii (senza clausola di compatibilità) alla disciplina sui settori generali soltanto nei casi in cui le previsioni in raffronto (dettate per i settori generali e speciali) siano effettivamente corrispondenti; si è, invece, preferito rendere autonoma la disciplina sui settori speciali in relazione agli istituti caratterizzati da un minore numero di vincoli o da una disciplina non coincidente rispetto a quella prevista per i settori generali».

Tra le disposizioni applicabili alle procedure selettive, come elencate nell'art. 153 del Codice, non è espressamente indicato l'art. 70, comma 4, del d.lgs. 36/2023, il quale stabilisce (per gli appalti nei settori ordinari), che «Sono inammissibili le offerte: a) non conformi ai documenti di gara; b) ricevute oltre i termini indicati nel bando o nell'invito con cui si indice la gara; c) in relazione alle quali vi sono prove di corruzione o collusione; d) considerate anormalmente basse; e) presentate da offerenti che non possiedono la qualificazione necessaria; f) il cui prezzo supera l'importo posto a base di gara, stabilito e documentato prima dell'avvio della procedura di appalto».

La norma esclude quindi, tra l'altro (per i profili di interesse ai fini del parere), la possibilità di presentare offerte in aumento rispetto all'importo a base d'asta, ponendosi in continuità con l'art. 59, comma 4, lett. c), del previgente d.lgs. 50/2016.

La *ratio* della norma è stata individuata dal giudice amministrativo, il quale ha osservato che «La previsione della inammissibilità delle offerte non rispettose dell'importo individuato dalla stazione appaltante come base d'asta, oltre che rispondere all'interesse dell'Amministrazione a predeterminare l'impegno economico derivante dall'esecuzione dell'appalto, è espressiva di evidenti esigenze di trasparenza e tutela della par condicio, atteso che essa ha la funzione di delineare la cornice inderogabile entro la quale deve svolgersi il confronto competitivo tra le imprese partecipanti alla gara. Essa inoltre, con particolare riguardo alle procedure competitive basate (...) sull'applicazione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, inteso a premiare le offerte caratterizzate dal miglior rapporto qualità-prezzo, persegue la funzione di garantire l'equilibrio tra la componente tecnica ed economica delle offerte, evitando l'eccessiva valorizzazione da parte degli offerenti dei profili tecnici delle rispettive offerte a discapito della convenienza economica delle stesse ed inducendo i concorrenti a competere in ordine ad entrambi gli aspetti che, secondo quel criterio, devono costituire oggetto di congiunto apprezzamento, secondo i criteri di valutazione fissati dalla *lex specialis*, da parte della commissione di gara. Va peraltro evidenziato che la fissazione preventiva di una base d'asta e l'eventuale negazione del suo valore vincolante, ai fini della formulazione delle offerte da parte dei concorrenti, oltre a contrastare con la funzione della stessa, dianzi evidenziata, di definire le condizioni ed i limiti della competizione,

sarebbe foriera di inevitabile incertezza, non consentendo ai concorrenti di formulare le proprie valutazioni di convenienza entro un quadro di regole univoco e sufficientemente preciso» (Consiglio di Stato, n. 9078/2023).

L'importanza di tali finalità, ha condotto l'Autorità, già nella vigenza del d.lgs. 163/2006, ad affermare che il divieto di offerte in aumento rispetto all'importo a base di gara (finalizzato ad impedire lievitazioni della spesa pubblica rispetto alla preventiva programmazione), «deve ritenersi sussistente qualunque sia il criterio di aggiudicazione della gara e, pertanto, sia nel caso di appalti da aggiudicare al prezzo più basso (cfr. parere AVCP 12 febbraio 2009) che nel caso di appalti da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa» (Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012), aggiungendo che il Codice non vieta, a pena di esclusione, la presentazione di offerte economiche pari alla base d'asta, limitandosi a sancire l'inammissibilità delle offerte il cui prezzo superi l'importo posto a base di gara (art. 59, comma 4, lett. c), d.lgs. n. 50/2016), né altre disposizioni di legge prevedono una simile causa di esclusione (parere prec n. 602/2018; sul tema anche Linee guida n. 2 riferite al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa).

Dunque il principio relativo alla necessità che le offerte economiche siano pari o inferiori all'importo posto a base d'asta, con conseguente inammissibilità delle offerte in aumento, deve essere interpretato conformemente alla sua *ratio*, al precipuo fine quindi di evitare che la l'amministrazione aggiudicatrice venga esposta ad un maggior aggravio economico (rispetto a quanto preventivato) a seguito dell'affidamento dell'appalto e a garantire un confronto improntato alla trasparenza e alla par condicio tra i concorrenti, nei termini indicati.

Fermo quanto sopra per i settori ordinari, con riferimento al quesito posto, deve invece osservarsi che nell'ambito dei settori speciali, come in precedenza evidenziato, secondo le indicazioni provenienti dal combinato disposto degli articoli 141, 153, 167 del d.lgs. 36/2023, la previsione dell'art. 70, comma 4, in quanto non espressamente indicata nelle predette norme, deve ritenersi, in via generale, non applicabile agli affidamenti "strumentali" disposti dai soggetti operanti nei settori speciali.

Occorre osservare, tuttavia, che per i predetti affidamenti, trova applicazione (tra l'altro) l'art. 14 del Codice, in quanto espressamente richiamato nell'art. 141, comma 3, lett. b).

La predetta disposizione, in continuità con quanto già previsto dall'art. 35 del d.lgs. 50/2016, detta disposizioni in merito alle soglie di rilevanza europea e ai metodi di calcolo dell'importo stimato degli appalti, stabilendo, tra l'altro, che «Il calcolo dell'importo stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), valutato dalla stazione appaltante. Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara. Quando la stazione appaltante prevede premi o pagamenti per i candidati o gli offerenti, ne tiene conto nel calcolo dell'importo stimato dell'appalto».

Come evidenziato nella Nota illustrativa del bando tipo n. 1/2023 «Ai sensi dell'articolo 14 del codice, ai fini del calcolo del valore del contratto e dell'eventuale superamento delle soglie, è necessario determinare il valore complessivo dell'appalto come somma dell'importo a base di gara (al netto dell'IVA) e delle eventuali opzioni o rinnovi, trattate all'articolo 3.2 del Disciplinare. In base a tale disposizione, è necessario che le stazioni appaltanti calcolino il valore complessivo dell'appalto sommando all'importo a base di gara gli importi connessi all'eventuale previsione di servizi analoghi e/o di rinnovi».

La corretta individuazione dell'importo a base di gara, secondo le disposizioni richiamate, costituisce un obbligo per la stazione appaltante (e non una scelta discrezionale della stessa), quale adempimento necessario sia per rendere edotto il mercato del valore economico dell'appalto posto

in gara, in modo da consentire la formulazione di offerte adeguate e sostenibili, sia per calibrare correttamente i requisiti per la partecipazione, sia infine per l'individuazione del giusto procedimento di gara (parere AG 2/2016/AP e Funz Cons n. 2/2021).

Pertanto, il divieto posto dall'art. 70, comma 4, lett. f) del Codice, volto ad evitare la formulazione delle offerte in aumento rispetto alla base d'asta, deve ritenersi direttamente correlato alle previsioni dell'art. 14, che prescrivono l'individuazione della base d'asta quale valore vincolante per la stazione appaltante e per gli operatori economici, in quanto finalizzata, da un lato, a predeterminare per la stessa stazione appaltante, l'impegno economico derivante dall'esecuzione dell'appalto, dall'altro a delineare la cornice inderogabile entro la quale deve svolgersi il confronto competitivo tra le imprese partecipanti alla gara, garantendo che tale confronto avvenga nel rispetto dei principi di trasparenza e par condicio delle stesse.

In tal senso, dalla diretta applicazione dell'art. 14 agli affidamenti "strumentali" indetti dai soggetti operanti nei settori speciali, pur formalmente svincolati dal rispetto dell'art. 70, comma 4 del Codice, sembra discendere comunque l'obbligo di considerare in tale ambito l'importo a base di gara, determinato ai sensi del citato art. 14, quale valore vincolante (anche) per la formulazione delle offerte, le quali quindi non potrebbero superare tale valore.

Sembra utile aggiungere a quanto sopra che ai sensi dell'art. 1 del Codice – disposizione applicabile anche agli appalti nei settori speciali (ex art. 141, comma 3, lett. a) - «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. 2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità».

I principi richiamati richiedono quindi, anche per gli appalti nei settori speciali, che l'affidamento avvenga perseguendo "il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza".

L'applicazione di tali principi, potrebbe quindi non essere garantita dall'aggiudicazione di appalti pubblici, seppure nei settori speciali, effettuata sulla base di offerte in aumento sull'importo a base di gara, quale ipotesi foriera di inevitabile incertezza, non consentendo ai concorrenti di formulare le proprie valutazioni di convenienza entro un quadro di regole univoco e sufficientemente preciso e fondato su parametri predeterminati e inderogabili, nei termini indicati dal giudice amministrativo.

Si richiama, quindi, l'attenzione dell'istante sul rispetto dei principi sopra richiamati.

Sulla base delle considerazioni espresse, si rimette dunque a codesta società ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente