

Dal CdS rimessione alla Corte costituzionale della disciplina sull'esternalizzazione

# Concessionarie alla Consulta

## Sotto la lente l'obbligo di affidare a terzi l'80% dei lavori

Pagina a cura  
DI ANDREA MASCOLINI

**S**arà la Corte costituzionale a decidere se la disciplina che regola gli affidamenti a terzi di appalti da parte dei concessionari è conforme alla Costituzione; in ballo ci sono il sostanziale divieto di ricorso all'in house se non per percentuali pari al 20% o al 40% e il conseguente obbligo di terziarizzare delle attività per l'80 o il 60% (in caso di concessioni autostradali) e anche per le concessioni affidate prima del 2014.

La vicenda è nata dal ricorso per l'annullamento delle linee guida Anac n. 11 e dell'atto di segnalazione Anac n. 4 del 17 ottobre 2018 «sulla verifica degli affidamenti dei concessionari ai sensi dell'art. 177 del dlgs n. 50/2016 e adempimenti dei concessionari autostradali ai sensi dell'art. 178 del medesimo codice».

Nell'ambito del ricorso veniva messa in discussione la disciplina di cui all'articolo 177 della

Costituzione, ritenuta eccessivamente vincolante in delle prerogative dei concessionari.

In particolare, veniva eccepita la previsione di un obbligo generalizzato di esternalizzazione, il divieto per i concessionari di esecuzione diretta dei lavori e servizi; per la mancata esclusione dal suo ambito di applicazione dei concessionari operanti nei settori speciali e questo sotto il profilo della violazione delle direttive e dei principi europei a tutela degli investimenti. Altro profilo messo in discussione è stato quello della mancata esclusione dei concessionari di servizi pubblici locali titolari di affidamento precedenti al 31 dicembre 2004.

Il Consiglio di stato ha dichiarato le questioni sollevate meritevoli di scrutinio da parte della Corte costituzionale rinviando ad essa la questione di legittimità.

Per i giudici, in partico-

lare, l'obbligo di esternalizzazione risulta «susceptibile di comportare uno stravolgimento degli equilibri economico-finanziari sottesi allo stesso rapporto concessorio in questione, su cui si fondano le scelte di pianificazione e operative del concessionario/imprenditore. L'attività di quest'ultimo viene quindi ridotta a quella di una mera stazione appaltante, con l'unico compito di disciplinare e attuare, secondo le direttive delle linee guida e degli enti concedenti, l'affidamento a terzi, estranei o a sé riconducibili, di quella che originariamente

costituiva il proprio dell'unitaria concessione affidata dall'amministrazione».

A questo si aggiunge sia la conseguente «vera e propria disgregazione del sottostante compendio aziendale, con conseguente depauperamento anche del patrimonio di conoscenze tecniche e tecnologiche e di professionalità maturate dal concessionario nello svolgimento del rapporto».

Per i giudici, inoltre, l'obbligo di affidamento a terzi «ancorché finalizzato a

sanare l'originaria violazione dei principi comunitari di libera concorrenza consumatasi in occasione dell'affidamento senza gara della concessione, si traduce per un verso in un impedimento assoluto e definitivo di proseguire l'attività economica privata, comunque intrapresa ed esercitata in base ad un titolo amministrativo legittimo sul piano interno, secondo le disposizioni di legge all'epoca vigenti; e per altro verso va a snaturare il ruolo del privato concessionario, ridotto ad articolazione operativa degli enti concedenti, rispetto alla sua funzione di soggetto proposto dall'amministrazione all'esercizio di attività di interesse pubblico».

Infine, si configurerebbe la violazione del principio di libera iniziativa economica: «la scelta legislativa, pur legittimamente orientata a rimuovere rendite di posizione, non appare pertanto equilibrata». La parola adesso passa alla Consulta.

© Riproduzione riservata

## Speciale appalti

Tutti i venerdì una pagina

nell'inserto «Enti Locali»

E una sezione dedicata su

[www.italiaooggi.it/specialeappalti](http://www.italiaooggi.it/specialeappalti)

Precisazione Mit su gare del mercato elettronico della p.a.

## Mepa, quando la stazione appaltante è esonerata

**N**el caso in cui se il Mepa (mercato elettronico della pubblica amministrazione) non abbia la categoria merceologica relativa all'affidamento individuato dalla stazione appaltante, la stessa è tenuta a seguire le procedure previste dal codice dei contratti pubblici extra Mepa. Lo ha precisato il ministero delle infrastrutture nel parere n. 368 reso dal servizio contratti pubblici su richiesta di una amministrazione che doveva indire una gara Mepa per la costruzione di un polo alloggiativo fatto di moduli prefabbricati. La procedura era stata inizialmente impostata come appalto di lavori ma il bando più attinente risultava quello denominato «beni, soluzioni logistiche e abitative» al quale sono iscritte tutte le grandi aziende produttrici di tali prefabbricati. Veniva quindi posto al ministero in quesito sulla legittimità dell'utilizzazione di questo «bando» ancorché riferito a produzione di beni.

Il ministero ha risposto partendo innanzitutto dalla qualificazione dell'appalto misto affermando che, nel rispetto dell'art. 35 del codice dei contratti pubblici, al variare delle concrete esigenze di approvvigionamento della stazione appaltante, per come definite in sede di determinazione a contrarre o atto equivalente, l'appalto si può inquadrare in diversi modi.

Una prima ipotesi è di prevedere se l'affidamento unitariamente come «lavori», nella misura in cui l'oggetto dell'affidamento è considerato inscindibilmente avente per oggetto sia la consegna dei prefabbricati modulari abitativi, sia la contestuale e connessa modificazione dei luoghi, ossia la sistemazione delle aree (con, per esempio, movimento terra e/o le opere di urbanizzazione per consentire gli allacciamenti alle reti di distribuzione idrica, fognaria, elettrica,

telefonica e delle relative pertinenze, e/o gli con ulteriori lavori di completamento, comunque connessi).

Si tratta invece di mera fornitura, nel caso in cui la fornitura del prefabbricato modulare abitativo sia l'unico oggetto dell'appalto (questo avviene ad esempio se non è necessario procedere a sistemazioni e se l'area è già urbanizzata).

Si può anche inquadrare l'affidamento come appalto misto di lavori di sistemazione aree e di fornitura dei prefabbricati, nel caso, a titolo esemplificativo di sfasatura temporale delle due attività o di zone diversificate di intervento.

Si potrebbe anche immaginare, ha detto il ministero, due distinti appalti: uno di lavori per rendere le aree idonee e l'altro di fornitura dei prefabbricati da posare in aree già urbanizzate. Infine, si può agire per mezzo di lotti prestazionali e/o funzionali. In ogni caso, ha precisato il ministero, se si qualifica l'intervento come lavoro, in quanto si pone in essere una modificazione significativa dello stato dei luoghi, eseguita direttamente dall'affidatario e/o da soggetti terzi (ad esempio i subappaltatori), gli operatori economici che realizzano detti lavori devono ovviamente possedere la relativa attestazione Soa o i requisiti di cui all'art. 90 del dpr 207/10 e al variare dell'importo degli stessi.

In conclusione, quindi, se il Mepa non ha la merceologia relativa all'affidamento individuato dalla stazione appaltante, la stessa è tenuta a seguire le procedure previste dal codice dei contratti pubblici extra Mepa.

© Riproduzione riservata

### PROCEDURA AFFIDAMENTO DI UN CONTRATTO

## False informazioni, esclusione non automatica

**U**na falsa informazione resa nel corso di una procedura di affidamento di un contratto pubblico da parte di un concorrente comporta che la stazione appaltante debba svolgere la «valutazione di integrità e affidabilità del concorrente», senza alcun automatismo espulsivo. Lo ha precisato il Consiglio di stato con la pronuncia dell'Adunanza plenaria del 28 agosto 2020 n. 16 rispetto ad una questione sottoposta dalla quinta sezione e relativa alla portata, alla consistenza, alla perimetrazione ed agli effetti degli obblighi dichiarativi gravanti sugli operatori economici in sede di partecipazione alla procedura evidenziale, con particolare riguardo ai presupposti per l'imputazione della falsità dichiarativa, ai sensi di cui alle lettere c) ed f-bis del comma 5 dell'art. 80 del dlgs n. 50/2016.

I giudici hanno affermato che la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-bis]) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

In tale ipotesi, la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo. Per motivare il principio affermato l'adunanza plenaria ha chiarito che rileva anche «l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico». Infine, i giudici hanno precisato che la lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-bis]) della medesima disposizione.

© Riproduzione riservata