



ANAC AUTORITÀ
NAZIONALE
ANTICORRUZIONE

ATTO DI SEGNALAZIONE N. 3 DEL 28 luglio 2021

Concernente l'articolo 89, commi 1 e 11, del decreto legislativo 18/4/2016, n. 50

Approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 578 del 28 luglio 2021

ATTO DI SEGNALAZIONE N. 3 DEL 28 luglio 2021

Concernente l'articolo 89, commi 1 e 11 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i.

Approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 578 del 28 luglio 2021

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 intendono di seguito formulare osservazioni in merito alla disciplina dell'avvalimento recata dal codice dei contratti pubblici e, in particolare, alle previsioni dei commi 1 e 11 dell'articolo 89.

2. Osservazioni

L'articolo 89, comma 11, del codice dei contratti pubblici dispone che un offerente non può avvalersi delle capacità di altri soggetti al fine di dimostrare i requisiti di partecipazione ad una procedura di affidamento pubblica quando l'appalto comprenda opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali. Nell'ambito della procedura di infrazione n. 2018/2273, la Commissione europea ha ritenuto che tale disposizione sia sproporzionata perché, in luogo di proibire l'avvalimento in relazione agli specifici lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica compresi nell'appalto, essa proibisce l'avvalimento in relazione all'intero appalto. In tal modo, la disposizione va oltre quanto disposto dall'articolo 63, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2014/24/UE e dall'articolo 79, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2014/25/UE, i quali stabiliscono norme in materia di avvalimento e prevedono che le stazioni appaltanti possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente.

Sulla base di tali considerazioni la Commissione ha concluso che l'articolo 89, comma 11, del decreto legislativo 50/2016 viola l'articolo 63, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2014/24/UE e l'articolo 79, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2014/25/UE, nonché il principio di proporzionalità di cui all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2014/23/UE, all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE e all'articolo 36, paragrafo 1, della direttiva 2014/25/UE.

Nel corso delle interlocuzioni con la Commissione, cui ha partecipato anche l'Autorità, le Autorità italiane hanno evidenziato la possibilità di interpretare la norma contestata in senso comunitariamente orientato, intendendo il divieto di avvalimento come riferito alle sole categorie superspecialistiche. La Commissione, tuttavia, non ha ritenuto fondata l'interpretazione restrittiva proposta, ritenendo anzi che, in assenza di specificazioni in senso contrario, l'interpretazione più evidente è che la disposizione è intesa a vietare l'avvalimento in relazione all'intero oggetto del contratto e non solo in relazione alle opere superspecialistiche comprese nel contratto stesso. Ritenendo, quindi, che la norma in questione consenta un'interpretazione incompatibile con il diritto euro-unitario, la Commissione ha confermato la posizione già espressa nella lettera di costituzione in mora. Sulla base di tali conclusioni, le Autorità italiane si sono impegnate a rendere i dovuti chiarimenti sulla corretta interpretazione della norma nel redigendo Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici. In particolare, l'impegno assunto era nel senso di chiarire che la disposizione di cui all'articolo 89, comma 11, va interpretata considerando il divieto di avvalimento come circoscritto esclusivamente agli specifici lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica compresi nell'appalto, senza coinvolgere, pertanto, il resto delle prestazioni oggetto dell'appalto medesimo. Come orizzonte temporale per l'intervento normativo era stato indicato il mese di luglio 2020.

L'impegno assunto non ha avuto esito a causa della mancata adozione del Regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici. Né la criticità contestata è stata risolta attraverso i recenti interventi normativi, che hanno affrontato soltanto parte delle questioni sollevate dalla Commissione europea nella procedura di infrazione citata.

Per quanto esposto, si ritiene opportuno intervenire in modifica dell'articolo 89, comma 11, primo periodo, del codice dei contratti pubblici, suggerendo la seguente formulazione: *«Qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrano opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione riferiti a dette opere non è ammesso l'avvalimento».*

Si segnala, altresì, la necessità di intervenire in modifica dell'articolo 89, comma 1, del codice dei contratti pubblici, nella parte in cui prevede che, nel caso di dichiarazioni non veritiere dell'ausiliaria, il concorrente viene escluso dalla gara e la stazione appaltante escute la cauzione. Ciò al fine di adeguare la normativa

nazionale alla recente decisione della Corte di Giustizia europea resa con sentenza del 3 giugno 2021 (causa C-210/20). In tale occasione, la Corte ha infatti stabilito che: «L'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), di tale direttiva e alla luce del principio di proporzionalità, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto».

Si ritiene pertanto opportuno modificare l'articolo 89, comma 1, quinto periodo, del codice dei contratti pubblici come di seguito indicato: «Nel caso di dichiarazioni mendaci, nei confronti dei sottoscrittori, si applica l'articolo 80, comma 12», espungendo dal testo della norma la previsione dell'obbligo di esclusione del concorrente e di escussione della garanzia. In tal modo, il caso in cui l'impresa ausiliaria renda false dichiarazioni in sede di gara sarà disciplinato sulla base della regola generale dettata al comma 3 del medesimo articolo. Tale previsione stabilisce che la stazione appaltante verifica se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80 (tra cui rientrano anche le false dichiarazioni disciplinate al comma 5, lettera f-bis, dell'articolo citato) ed impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione.

Infine, si rammenta che la procedura di infrazione citata riguarda anche i commi 6 e 7 dell'articolo 89. Il primo introduce il divieto di avvalimento a cascata, mentre il secondo prevede il divieto, per diversi offerenti in una procedura di gara, di avvalersi della stessa impresa ausiliaria e il divieto di partecipare alla stessa procedura per l'impresa ausiliaria e quella ausiliata. Sul punto, le Autorità italiane avevano evidenziato che la questione sollevata è politicamente delicata in Italia, dove i limiti all'avvalimento sono considerati necessari per combattere le infiltrazioni mafiose nelle commesse pubbliche. Si erano impegnate, quindi, ad adottare misure correttive solo all'esito delle pronunce della Corte di Giustizia sulle cause C-63/18 e C-402/18 relative ai limiti quantitativi per il ricorso al subappalto. Tuttavia, a seguito delle suddette decisioni sono state avviate azioni correttive con riferimento alla disciplina del subappalto, ma non a quella relativa all'avvalimento. L'Autorità, consapevole della particolare delicatezza della questione e delle possibili ricadute negative dell'eventuale abrogazione delle limitazioni oggi vigenti sul corretto svolgimento della procedura di gara e sulla corretta esecuzione del contratto, invita il Governo e il Parlamento a valutare con la dovuta ponderazione se sia opportuno mantenere dette limitazioni oppure adeguare la normativa

vigente alle indicazioni della Commissione. In tal caso occorrerebbe individuare ipotesi circoscritte al verificarsi delle quali il mantenimento di limitazioni all'avvalimento possa considerarsi giustificata e prevedere, per il caso in cui tali limiti non siano ritenuti applicabili, adeguate misure di compensazione. Si evidenzia, infatti, che consentire la partecipazione alla medesima procedura dell'impresa ausiliaria e dell'impresa ausiliata potrebbe esporre al rischio di collusione, mentre la previsione dell'avvalimento a cascata, con l'interposizione di un terzo soggetto tra stazione appaltante e imprese ausiliata e ausiliaria, potrebbe inficiare la garanzia di responsabilità solidale posta a tutela della corretta esecuzione del contratto. L'Autorità si rende disponibile, sin da ora, ad un confronto volto ad individuare gli interventi più opportuni, anche al fine del bilanciamento dei contrapposti interessi che vedono l'esigenza di tutelare, da un lato, la massima partecipazione alle procedure di affidamento e, dall'altro, il corretto svolgimento delle operazioni di gara e il mantenimento, in capo a tutti i soggetti coinvolti, della responsabilità in relazione alla prestazione dedotta in contratto.

3. L'Autorità segnala

L'opportunità di:

1. modificare l'articolo 89, comma 1, quinto periodo, del codice dei contratti pubblici come di seguito indicato: *«Nel caso di dichiarazioni mendaci, nei confronti dei sottoscrittori, si applica l'articolo 80, comma 12»;*
2. modificare l'articolo 89, comma 11, primo periodo, del codice dei contratti pubblici nel senso di seguito indicato: *«Qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, per la dimostrazione dei requisiti di partecipazione riferiti a dette opere non è ammesso l'avvalimento»;*
3. valutare gli interventi più opportuni al fine di adeguare i commi 6 e 7 dell'articolo 89 del codice dei contratti pubblici alle indicazioni fornite dalla Commissione europea nella procedura di infrazione, prevedendo idonee misure volte a scongiurare la produzione di effetti negativi sul corretto svolgimento delle operazioni di gara e sulla corretta esecuzione del contratto.

Approvato dal Consiglio nella seduta del 28 luglio 2021

Il Presidente
Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 2 agosto 2021

Per il Segretario Maria Esposito,

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente