

Rivista mensile - Anno XI, Numero 10

febbraio  
2022

# MEDIA APPALTI

---

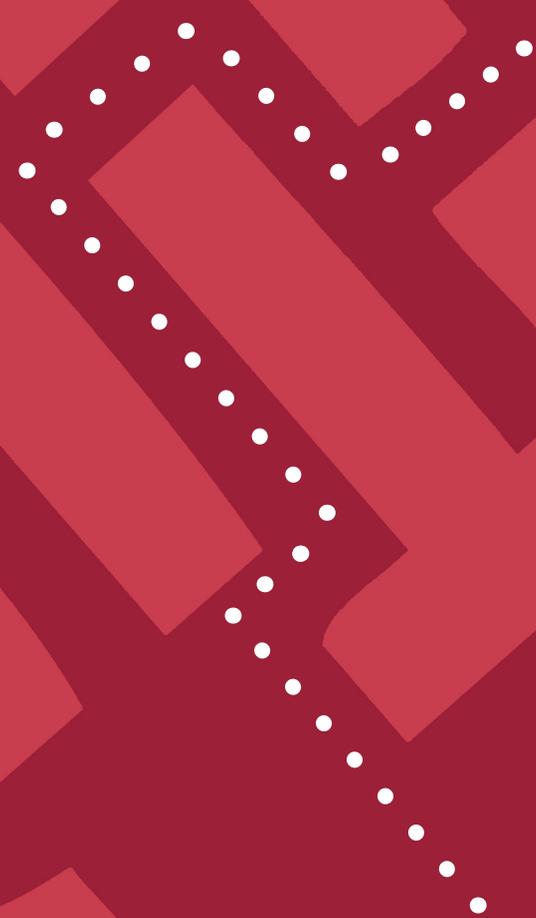
La nuova revisione prezzi  
introdotta dall'articolo 29  
del decreto ristori-ter

---

Linee Guida  
all'applicazione  
dell'articolo 47 del DL  
Semplificazioni-bis: parità  
di genere, generazionale  
e inclusione lavorativa  
di persone con disabilità  
nei contratti pubblici del  
PNRR e PNC

---

Via libera dell'Adunanza  
Plenaria alla possibilità  
di modifica in riduzione  
in corso di gara del RTI  
in caso di sopravvenuta  
perdita dei requisiti di  
partecipazione di cui  
all'art. 80 del Codice in  
capo a uno dei componenti



**“Guida  
pratica  
in materia di  
appalti pubblici”**

Registrazione presso il  
Tribunale di Trani il 03.02.2011  
al numero 3/2011 del Registro  
dei giornali e periodici.

Vietato riprodurre anche parzialmente  
i contenuti degli articoli pubblicati  
senza essere autorizzati dall'editore.

I contributi presenti costituiscono  
espressione delle libere opinioni degli  
autori, unici responsabili dei loro scritti,  
configurandosi quali semplici analisi di studio  
liberamente apprezzabili dai lettori.

Sono graditi contributi in materia di  
contrattualistica pubblica da inserire nei  
prossimi numeri della rivista Mediappalti.  
Il materiale potrà essere inviato al seguente  
indirizzo e-mail: [redazione@mediappalti.it](mailto:redazione@mediappalti.it),  
corredato da recapito e qualifica professionale

Medi  
Graphic



SGQ UNI EN ISO 9001:2015  
Certificato n° 2634



**approfondimento  
aggiornamento  
giurisprudenza  
informazione  
consulenza  
normativa**

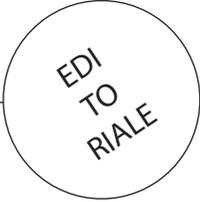
////  
**Uno strumento utile  
per muoversi  
nel complesso  
e delicato  
mondo degli  
appalti pubblici**

febbraio  
**2022**

---

# Bis

---



EDI  
TO  
RIALE

Il concerto è finito. Le ultime parole del frontman. I saluti. Un inchino. La band lascia il palco. Restano accese delle lucine tra gli strumenti. I tecnici restano ai bordi della scena. La speranza che non sia tutto davvero finito. Dalla platea si leva, sempre più incalzante, la richiesta del bis. Il palco si illumina. I musicisti tornano davanti al loro pubblico e regalano qualche minuto in più di spettacolo.

Che si stia radicando anche in politica il rito dei concerti? Sergio Mattarella concede il bis. Come aveva fatto prima di lui Giorgio Napolitano. Napolitano aveva accettato il secondo mandato per salvaguardare la continuità istituzionale; Mattarella parla di senso di responsabilità necessario in un momento di emergenza sul versante sanitario, economico e sociale.

Le ragioni per le quali si è resa necessaria la conferma delle due cariche più importanti dello

Stato (evitando che al Quirinale ci andasse proprio Draghi) sono maturate in un contesto di profonda incertezza. La coppia Draghi/Mattarella ha ottenuto, sul fronte internazionale, un riconoscimento unanime come garanti della stabilità e affidabilità del Paese. L'applicazione del PNRR nei prossimi anni esige che nella cabina di regia ci siano nomi che ispirino competenza e fiducia. Capaci di tenere insieme le varie correnti per incanalarle verso l'unica strada possibile: la ripresa economica e sociale; la gestione della crisi sanitaria.

Segnali tangibili della bontà del lavoro compiuto in questi ultimi mesi arrivano dai dati ISTAT; l'economia italiana è cresciuta del 6,5% nel 2021, mettendo a segno un risultato che mancava dal +6,6% del lontano 1976. Un risultato che appare ancora più straordinario se si pensa al -8,9% con il quale si era chiuso il 2020.

Ma, nel giorno in cui si esaltano i numeri della crescita, un altro dato viene proposto dai giornali: le difficoltà delle aziende di reperire manodopera specializzata. I pilastri del PNRR (digitalizzazione ed economia ecologica) rischiano di essere minati dalla scarsa reperibilità di lavoratori che siano in grado di gestire macchinari e processi produttivi in cui tanti imprenditori hanno investito nel 2021.

Lo si legge sulle pagine del Bollettino annuale 2021 del Sistema informativo Excelsior, realizzato da Unioncamere e Anpal. La ricerca è focalizzata sul settore privato. Ma sono le imprese private che partecipano alle gare pubbliche. Si tratta, dunque, di una lettura che deve interessare anche chi si occupa di lavori pubblici. Se le aziende sono in difficoltà nella gestione dei propri processi produttivi o nell'elargire i propri servizi, tali difficoltà si ripercuoteranno sul settore degli appalti pubblici. Potrebbero esserci conseguenze in via indiretta se le aziende appaltatrici che si sono dotate di strumentazioni di ultima generazione non hanno addetti in grado di farle funzionare. Conseguenze dirette per le Pubbliche Amministrazioni si registrerebbero se, ad esempio, un ente che ha investito in digitalizzazione non abbia personale con le competenze giuste per sfruttare tutte le opportunità del digitale.

Se, come abbiamo detto, privato e pubblico restano strettamente connessi quando il privato entra nell'orbita delle PPAA nell'ambito dell'esecuzione dei lavori pubblici, il campanello d'allarme che fa suonare il Bollettino deve essere preso in seria considerazione da chi sta programmando bandi pubblici. I dati espressi da Unioncamere e Anpal riguardano un numero considerevole di realtà produttive: il 71% delle imprese nel 2021 ha investito in trasformazione digitale; il 53% in competenze green.

Mancano operai specializzati nell'industria e nei servizi con un mismatch che supera il 50%.

La differenza tra offerta e domanda di lavoro risiede nei carenti programmi formativi. "Per i profili più qualificati – afferma il Presidente di Unioncamere, Andrea Prete – c'è indubbiamente una carenza numerica ed è fondamentale per questo lavorare sull'orientamento all'interno dei percorsi scolastici.

Per i profili meno qualificati, invece, un tema chiave è quello dell'esperienza e occorre insistere sulla utilità per i giovani di avere, già dalla scuola, un primo contatto con il mondo del lavoro e di sperimentare sul campo le proprie inclinazioni e abilità". Nulla di nuovo. Parliamo di una lacuna nota ormai da anni ma che evidentemente il sistema alternanza scuola/lavoro non riesce a rimarginare.

Un'opportunità che non si riesce a far mettere a frutto. Scuola e lavoro, escludendo poche realtà imprenditoriali che vedono gli istituti come il vivaio dal quale attingere nuovi talenti, restano due mondi separati. Molti non si accorgono di questa risorsa. Un albero colmo di frutti che non vengono preparati per il raccolto, che a fine maturazione finiscono sul terreno a marcire. Ragazze e ragazzi che, dopo un percorso formativo che non li prepara al lavoro, finiscono per essere catapultati in un mondo nel quale diventa difficile trovare collocazione.

"I giovani sono portatori della loro originalità, della loro libertà. Sono diversi da chi li ha preceduti. E chiedono che il testimone non venga negato alle loro mani". Aveva detto Mattarella nel discorso di fine anno.

Tra loro, ne siamo certi, ce ne sono tantissimi a cui un giorno sarà chiesto un bis.

**di Enzo De Gennaro**

## sommario

### Editoriale

Bis

4

### In evidenza

Il RUP e gli appalti del PNRR/PNC dopo le recenti indicazioni ministeriali (Comunicazione del 17 dicembre e le linee guida sull'applicazione dell'articolo 47 del DL 77/2021)

7

### Sotto la lente

La nuova revisione prezzi introdotta dall'articolo 29 del decreto ristori-ter

13

#### Hanno collaborato a questo numero:

**Dott. Stefano Usai**  
Vice segretario del Comune di Terralba (Or)

**Avv. Stefano de Marinis**  
of Counsel presso Piselli & partners, già vicepresidente FIEC

**Avv. Ilenia Paziani**  
Esperta in materia di appalti pubblici

**Avv. Francesca Scura**  
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

**Dott.ssa Alessandra Verde**  
Referendaria consiliare presso il Consiglio regionale

**Avv. Giuseppe Totino**  
Esperto in infrastrutture e contratti pubblici

**Avv. Francesca Romeo**  
Esperta in appalti pubblici

**Avv. Adriana Presti**  
Avvocato amministrativista, esperto in contrattualistica pubblica

**Avv. Giuseppe Croce**  
Esperto in appalti pubblici

**Direttore Responsabile**  
dott. Enzo de Gennaro

**Comitato di Redazione**  
avv. Maria Teresa Colamorea  
avv. Mariarosaria di Canio  
avv. Arcangela Lacerenza  
avv. Domenico Manno  
avv. Giuseppe Morolla

**Responsabile Web**  
Lorenzo Antonicelli

**Editore:**

Mediagraphic s.r.l.  
Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta  
Tel. 0883.527171  
Fax 0883.570189  
www.mediagraphic.it  
info@mediagraphic.it

### Il Punto

Linee Guida all'applicazione dell'articolo 47 del DL Semplificazioni-bis: parità di genere, generazionale e inclusione lavorativa di persone con disabilità nei contratti pubblici del PNRR e PNC

18

L'affidamento diretto «mediato» negli appalti sotto soglia

26

I costi della manodopera: quantificazione, indicazione in offerta e verifica di congruità alla luce della recente giurisprudenza

35

La comprova della futura disponibilità dei requisiti di esecuzione ex art. 100 del codice dei contratti in fase di esecuzione del contratto. Note a margine della sentenza TAR Lazio Roma, sez. II-bis, 28 dicembre 2021 n. 13569

43

Via libera dell'Adunanza Plenaria alla possibilità di modifica in riduzione in corso di gara del RTI in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice in capo a uno dei componenti

50

### Pareri & Sentenze

58

### A Domanda Rispondiamo

64

### In pillole

67

# Il RUP e gli appalti del PNRR/PNC dopo le recenti indicazioni ministeriali (Comunicazione del 17 dicembre e le linee guida sull'applicazione dell'articolo 47 del DL 77/2021)

di Stefano Usai

IN  
EVIDENZA

## Premessa

In tema di attuazione dei Recovery Fund, sotto il profilo del diritto dei contratti, è interessante soffermarsi sul ruolo dei RUP.

Non v'è dubbio che un ruolo principale, da protagonista, verrà svolto dalla figura che deve pensare, organizzare, presidiare l'approccio all'utilizzo dei fondi del piano di resilienza (e del PNC).

Una delle prime questioni pratico/operative, a sommo parere, che ogni stazione appaltante - tra le tante incombenze -, deve chiarire in via propedeutica è quella, immediata, di organizzare, fornire indirizzi sull'attività contrattuale, sull'approccio alle procedure e cercare di risolvere anticipatamente le varie problematiche che si possono incontrare. Per intendersi, occorre fornire degli indirizzi agli uffici anche sullo svolgimento del procedimento e delle procedure contrattuali. Cercando di attivare una procedura uniforme evitando anarchia amministrativa.

Una delle prime questioni pratico/operative che possiamo definire nuove riguarda i rapporti tra il PNRR (per sintetizzare) e le norme dei decreti semplificazione.

## 1. I rapporti tra PNRR e decreti semplificazione

Per decreti semplificazione, ovviamente, si intendono il DL 76/2020 ed il successivo DL 77/2021

che, come noto, introducono un regime derogatorio generale fino al giugno 2023. Ritorna, in relazione agli affidamenti o se si preferisce all'attività contrattuale legata ai contratti del recovery fund la questione dell'obbligatorietà o meno dell'applicazione delle norme di semplificazione. Si tratta, evidentemente, di un problema che, prima di tutti, riguarda proprio i RUP e, quindi, le stazioni appaltanti che valutassero, anche sul tema,

di fornire un indirizzo per uniformare l'azione amministrativa. Sarebbe ben strano, infatti, che all'interno della stessa stazione appaltante i RUP operassero in modo completamente diverso (tra chi applicasse le norme di semplificazione e chi invece si ostinasse ad operare con le norme codicistiche).

Un utile aiuto, sulla soluzione del problema, viene fornito dalla recente comunicazione del MIMS del 17 dicembre scorso.

Il chiarimento è intervenuto in tema di finanziamenti concessi per gli "Interventi comunali in materia di

**Non v'è dubbio che un ruolo principale, da protagonista, verrà svolto dalla figura che deve pensare, organizzare, presidiare l'approccio all'utilizzo dei fondi del piano di resilienza (e del PNC)**

efficientamento energetico, rigenerazione urbana, mobilità sostenibile e messa in sicurezza degli edifici e valorizzazione del territorio”.

Finanziamenti, semplificando, che sono stati configurati - dalla comunicazione dell’8 novembre scorso -, come afferenti il piano PNRR. Da qui la necessità di comprendere il significato di tale configurazione (comunque immaginabile).

Uno degli aspetti su cui era necessario un immediato chiarimento è la questione degli appalti PNRR/PNC da parte dei comuni non capoluogo di provincia. Come noto, l’articolo 52 del DL 77/2021 nel sospendere gli obblighi di accorpamento delle stazioni appaltanti (art. 37 e 38 del Codice dei contratti) fino al 30 giugno 2023 ha puntualizzato, però, che gli obblighi di accorpamento rimangono in vigore in relazione ai contratti finanziati anche solo in parte dal PNRR o dal PNC.

In pratica in questo caso, i comuni non capoluogo – secondo il dato normativo - non possono espletare autonomamente la gara d’appalto ma rivolgersi ad enti sovra comunali e quindi sia alle fattispecie di cui al comma 4, dell’articolo 37 del Codice dei contratti e quindi:

- a) ricorrendo a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati;
- b) mediante unioni di comuni costituite e qualificate come centrali di committenza, ovvero associandosi o consorziandosi in centrali di committenza nelle forme previste dall’ordinamento.
- c) ricorrendo alla stazione unica appaltante costituita presso le province, le città metropolitane ovvero gli enti di area vasta ai sensi della legge del 7 aprile 2014, n. 56.

E quindi a situazioni strutturate oppure ricorrere a realtà meno formalizzate come “unioni di comuni, le province, le città metropolitane e i comuni capoluogo di provincia”.

Si è in presenza di una prima disposizione che, ovviamente, modifica i classici approcci programmatori della stazione appaltante interessata.

Dovendo scindere la fase della procedura di gara da quella dell’esecuzione del contratto (che rimane nel comune non capoluogo di provincia) si impongono nuovi adempimenti. Sintetizzando, la necessità di individuare per tempo l’ente sovracomunale in grado di svolgere la gara e quindi una ulteriore fase di programmazione (anche per rispettare i tempi stretti di aggiudicazione ed esecuzione del contratto) e quindi anche la necessità di stipulare delle convenzioni o atti di delega perché l’ente disponibile possa fare la gara.

Come si anticipava, la questione ha ricevuto un importante chiarimento con la circolare in commento. Uno dei problemi principale era capire se l’obbligo di “accorpamento” dovessero essere inteso come

assoluto e, soprattutto, si rendeva necessaria una spiegazione di alcuni passi della DM dell’8 novembre scorso che assegnava i fondi che, in alcune parti, sembrava legittimare in realtà anche l’appalto svolto dal comune non capoluogo (nonostante si trattasse di fondi configurati PNRR).

La comunicazione del 17 dicembre ha fornito il chiarimento atteso limitando l’obbligo di accorpamento innestato dal DL 77/2021 (che su questa parte ha modificato il DL 32/2019 convertito con legge 55/2019) ovvero la c.d. legislazione sblocca cantieri.

In pratica, il comune non capoluogo potrà svolgere autonomamente la propria procedura di gara per appalti di lavori infra 150mila euro e per servizi/forniture infra 40mila euro.

Da notare che per effetto della comunicazione in commento non sono soggetti agli obblighi individuati dal comma in parola “se la stazione appaltante è in possesso della necessaria qualificazione di cui all’articolo 38, gli affidamenti di valore superiore a 40 mila euro ed inferiori alla soglia di cui all’art. 35, per servizi e forniture; e gli affidamenti superiori a 150 mila euro ed inferiori ad 1 milione per acquisti di lavori di manutenzione ordinaria”. Situazione che comunque, al massimo, può riguardare grandi stazioni appaltanti.

**La comunicazione del 17 dicembre ha fornito il chiarimento atteso limitando l’obbligo di accorpamento innestato dal DL 77/2021 (che su questa parte ha modificato il DL 32/2019 convertito con legge 55/2019) ovvero la c.d. legislazione sblocca cantieri**



## 2. L'applicabilità dei decreti semplificazione

Altra sottolineatura di rilievo, che si legge nella comunicazione in commento, riguarda proprio la questione dei rapporti tra normativa semplificata e appalti del PNRR.

Il passo di rilievo, che sembra essere sfuggito a molti, espressamente prevede che "In ragione del passaggio delle risorse sopra rappresentate sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, i Comuni beneficiari che hanno avviato procedure di affidamento successivamente alla data di pubblicazione in G.U. del Decreto Ministeriale del 24 settembre 2021, sono tenuti al rispetto della normativa in tema di appalti pubblici disciplinata dal Decreto-Legge n. 77/2021, derogatoria del d.lgs. 50/2016".

Si tratta di una indicazione che le stazioni appaltanti, e prima ancora i RUP, non possono sottovalutare.

Sul tenore della precisazione occorre interrogarsi. Ovviamente non può avere il carattere di una norma ma, altresì, non può neppure essere declassata a sorta di mero suggerimento/consiglio.

Ecco quindi che, propedeuticamente, alle varie attività connesse all'attuazione del PNRR, qualora si tratti di ente, evidentemente, risultato beneficiario di finanziamenti, è bene che nell'atto di indirizzo si chiariscano i termini operativi.

Dalla sottolineatura, il primo aspetto che andrebbe definitivamente chiarito è se la normativa che introduce semplificazioni è di obbligatoria applicazione – tanto da determinare, in caso di non applicazione l'illegittimità degli atti adottati -, o piuttosto la scelta su come operare (e quindi su quali norme debbano essere applicate) ci si rimette alla discrezionalità dei RUP.

Per giungere alla risposta occorre procedere, si potrebbe dire, "per sottrazione". In primo luogo è opportuno analizzare le conseguenze in caso di mancata applicazione delle norme di semplificazione nel caso i cui si preferisca applicare le norme del codice (per intendersi l'articolo 36 visto che l'ambito di interesse delle semplificazioni è, in particolare, quello del sottosoglia comunitario).

Nel caso in cui non si applichino le norme dei decreti semplificazione, evidentemente, non si potrà ravvisare una illegittimità visto che le norme

codicistiche vengono solo derogate dalle nuove previsioni. Con i decreti semplificazione, infatti, viene introdotto un regime "alleggerito" destinato ad operare per un "breve" spazio temporale.

Proprio quest'ultima affermazione però dovrebbe far comprendere al RUP che nell'emergenza si dovrebbero applicare le norme che introducono un regime alleggerito di adempimenti. Pertanto, come in altre circostanze annotato, il suggerimento del legislatore (espresso, ad esempio, nell'articolo 1, comma 1 del DL 76/2020) è qualcosa di più di un suggerimento che ha implicazioni, come si dirà, sotto il profilo di eventuali responsabilità del RUP per ritardata aggiudicazione (e, quindi, della stessa esecuzione del contratto).

Si è in presenza, pertanto, di opzioni che consentono di risparmiare "tempi e mezzi" della procedura che non possono definirsi meramente facoltative. La scelta di non applicare, a titolo esemplificativo, l'affidamento diretto infra 139mila euro per beni/servizi attivando una procedura maggiormente articolata richiede una motivazione. Motivazione, come si è già annotato a valenza interna.

Motivazione che, secondo parte della dottrina, dovrebbe ritenersi addirittura rafforzata visto che viene in considerazione non solo la scelta contraria a quella "suggerita" dal legislatore (ed ora anche ricordata nella comunicazione in commento) ma di una scelta anche contraria ai principi di economicità/efficacia dell'azione amministrativa.

Non si può non rammentare, poi, che lo stesso DL 76/2020 richiama la potenziale responsabilità erariale del RUP per ritardi (da intendersi non solo nell'aggiudicazione ma nella stessa esecuzione del contratto) sempre che danno erariale si determini e sempre che sia imputabile a questo soggetto.

## 3. Le linee guida e i nuovi obblighi assunzionali (nei contratti del PNRR/PNC)

Una delle novità di maggior rilievo, che il RUP sarà chiamato a presidiare, riguarda i nuovi obblighi documentali degli appaltatori che partecipano all'aggiudicazione di contratti del recovery, ben delineati nell'articolo 47 del DL 77/2021 come convertito con legge 108/2021 e, soprattutto, i nuovi obblighi assunzionali.

A tal proposito con il recente DPCM pubblicato in G.U. il 30/12/2021 sono state definite le "Linee guida per favorire la pari opportunità di genere e generazionali, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC".

Documento importante dedicato all'analisi dell'articolo 47 e, per ciò che in questa sede interessata trattare, in tema di obblighi assunzionali e quindi sulle implicazioni pratico operative del comma 4 dell'articolo appena citato.

La norma del DL 77/2021, come noto, pone un obiettivo di miglioramento (quanti/qualitativo) del tasso di occupazione femminile e giovanile e dell'inclusione lavorativa delle persone con disabilità).

In particolare, la disposizione richiamata contempla la possibilità di inserire nei bandi/lettere di invito (nel caso di procedure negoziate) relativi all'aggiudicazione di contratti finanziati anche solo in parte dal PNRR/PNC un vincolo assunzionale per l'aggiudicatario.

Tale vincolo può riguardare (stante la sua facoltatività come si dirà più avanti) nell'obbligo di assumere una percentuale di personale – necessario per l'esecuzione del contratto - "pari almeno al 30 per cento, delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, sia all'occupazione giovanile (nda di età inferiore ai 36 anni) sia all'occupazione femminile".

La decisione, del RUP, di non prevedere l'inserimento della clausola in parola richiede una adeguatissima motivazione.

Nelle linee guida si puntualizza che le assunzioni (ed il correlato vincolo assunzionale) è relativo alle sole "attività necessarie per l'esecuzione del contratto".

Questo collegamento "non implica di distinguere tra assunzioni necessarie e non necessarie, ma introduce una relazione o un nesso funzionale tra l'esecuzione del contratto e le assunzioni, nel senso che nel calcolo della quota corrispondente al numero delle assunzioni obbligatorie occorre

fare riferimento a tutte le assunzioni funzionali a garantire l'esecuzione del contratto aggiudicato". In sostanza, uno dei primi compiti del RUP (in relazione a dette clausole) è quello di comprendere e distinguere quali siano le attività relative all'esecuzione e su cui poi andrà calibrato l'eventuale obbligo assunzionale.

Il punto di riferimento, come anche si legge nel documento rimane "il contratto stipulato tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario e, quindi, le prestazioni da esso ricavabili".

Secondo le linee guida in argomento, pertanto, si deve ritenere "che il legislatore non abbia voluto introdurre una clausola estensiva o ampliativa delle ipotesi in cui è applicabile il citato obbligo (ad esempio anche ai contratti stipulati con terzi – es. contratti di fornitura – o ai contratti relativi ad opere non finanziate con le risorse descritte al comma 1 della disposizione), ma abbia inteso riferirsi alla realizzazione di attività comunque funzionali e strumentali rispetto alla esecuzione delle obbligazioni principali del contratto – come sovente avviene nella prassi contrattuale in cui viene indicato il riferimento allo svolgimento di attività

strumentali e funzionali alla esecuzione delle prestazioni contrattuali di carattere principale o relative alla categoria prevalente".

L'obbligo "deve comunque essere inteso come riferibile anche alle prestazioni che questi esegue tramite subappalto o avvalimento, purché rientranti nel (...) perimetro applicativo" e quindi circa l'esecuzione delle prestazioni del contratto. Sulla declinazione/applicabilità concreta di questi obblighi le linee guida forniscono al RUP anche degli esempi concreti, precisando che:

1. in caso di subappalto, se l'aggiudicatario avesse già raggiunto la percentuale del 30 per cento e quindi ha già soddisfatto l'obbligo assunzionale, il subappaltatore non ha nessun vincolo anzi, "le assunzioni da questi effettuate rileveranno per determinare la base di calcolo della quota del 30 per cento".
2. il RUP, invece, non deve ritenere corretto

**La norma del DL 77/2021, come noto, pone un obiettivo di miglioramento (quanti/qualitativo) del tasso di occupazione femminile e giovanile e dell'inclusione lavorativa delle persone con disabilità)**



l'eventuale impegno dell'aggiudicatario che propone "l'incremento del 30 per cento componendolo con il 20 per cento di giovani e il 10 per cento di donne, salvo che queste percentuali non rispecchino i criteri per l'applicazione delle deroghe indicati di seguito".

3. deve ritenersi corretto, invece, l'impegno proposto dall'aggiudicatario di garantire "assunzioni che, sebbene nominalmente non superano la percentuale del 30 per cento, garantiscono tuttavia il target con un numero inferiore di unità in tutto o in parte caratterizzate dal doppio requisito di genere ed età (30 per cento di donne con meno di 36 anni oppure 20 per cento di donne con meno di 36 anni, 10 per cento di donne di almeno 36 anni e 10 per cento di uomini con meno di 36 anni). In termini assoluti, ad esempio, l'aggiudicatario che assume 20 persone rispetterà le quote previste non solo nel caso in cui assuma 6 uomini con meno di 36 anni e 6 donne con almeno 36 anni, ma anche qualora assuma 6 donne con meno di 36 anni oppure 4 donne e 2 uomini con meno di 36 anni e 2 donne con almeno 36".

Il rispetto di questi obblighi dovrà essere attentamente monitorato in fase di esecuzione del contratto e sul punto il DPCM precisa che per assunzioni si deve far riferimento al "perfezionamento di contratti di lavoro subordinato disciplinati dal decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, e dai contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale".

#### 4. Deroghe solo con adeguata motivazione

Le clausole sull'obbligo assunzionale possono essere omesse o gli impegni ricalibrati al ribasso ma il RUP deve corredare la determina a contrarre di puntuale motivazione. In questo senso già il comma 7 del DL 77/2021 puntualizza che "Le stazioni appaltanti possono escludere l'inserimento nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti dei requisiti di partecipazione di cui al comma 4, o stabilire una quota inferiore, dandone adeguata e specifica motivazione, qualora l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche".

Le linee guida forniscono anche sul tema alcune indicazioni. La prima precisazione è che il comma appena riportato consente due ipotesi differenti: la possibilità di non inserire la clausola assunzionale oppure la possibilità di prevederla ma con un obbligo meno intenso, meno impegnativo per l'aggiudicatario imponendo una percentuale più basse del 30% predetto.

Come si è anticipato, però, la decisione di omettere (o di ricalibrare le percentuali evidenziate) esige una adeguata motivazione e su questo aspetto le linee guida appaiono oggettivamente utili al RUP.

La deroga è consentita con riferimento:

1. all'oggetto del contratto;
2. alla natura del progetto;
3. ad altri elementi puntualmente indicati dalla stazione appaltante che "rendano l'inserimento delle clausole premiali e il predetto obbligo assunzionale nella quota del 30 per cento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche".

Ad esempio, il mancato inserimento della clausola assunzionale o una sua ricalibratura al ribasso può essere determinata da una situazione oggettiva del "mercato" dell'occupazione.

La deroga in argomento, ancora, potrebbe essere consentita/imposta dal tipo di procedura utilizzato (ad esempio l'affidamento diretto) e quindi dalla esigua entità dell'importo del contratto.

Altra circostanza che potrebbero legittimare la deroga, è data dalle ipotesi in cui le procedure "prevedano un numero di assunzioni inferiore a tre unità di personale", o, si tratti di assunzione di personale "con abilitazioni tali da rendere la platea dei potenziali interessati alle assunzioni limitata nel breve periodo, a procedure per somma urgenza o protezione civile o, comunque, altrimenti giustificate da specifiche ragioni di urgenza".

La decisione di non inserire la clausola assunzionale, ad esempio, potrebbe essere determinata dal fatto che il "mercato" occupazionale presenti, oggettivi, limiti alla possibilità di assumere nelle percentuali previste dalla norma (30% del personale da destinare all'esecuzione del contratto aggiudicato).

Ad esempio, in relazione all'occupazione giovanile una motivazione possibile - per

giustificare la deroga in argomento - potrebbe essere determinata dall'esigenza di un apporto esperienziale, necessario/indispensabile per assicurare l'esecuzione del contratto, che la quota assunzionale "giovane" non potrebbe soddisfare.

Per l'occupazione della quota di "genere" (occupazione femminile) la motivazione della deroga potrebbe riguardare il caso in cui, nel territorio/settore economico interessato dall'esecuzione del contratto, insista un basso tasso di occupazione femminile. In questo caso, assicurare un obbligo assunzionale funzionale al raggiungimento della percentuale del 30% (del personale che deve assicurare l'esecuzione del contratto) "potrebbe incontrare difficoltà".

In certi contesti si potrebbe imporre, quindi, l'esigenza di individuare percentuali assunzionali differenti "in relazione alla diversa distribuzione

dei tassi di occupazione femminile rilevata nei settori produttivi a livello nazionale. In particolare, nello spirito dell'articolo 47, la percentuale del 30 per cento dovrebbe essere interpretata come parametro di riferimento pur consentendone, in caso di deroga motivata, un'applicazione comunque orientata all'aumento del tasso di occupazione".

**Le clausole sull'obbligo assunzionale possono essere omesse o gli impegni ricalibrati al ribasso ma il RUP deve corredare la determina a contrarre di puntuale motivazione**



La violazione degli obblighi assunzionali comporta (ai sensi del comma 4 dell'articolo 50 del DL 77/2021) l'applicazione

di penali da calcolarsi "In deroga all'articolo 113-bis del decreto legislativo n. 50 del 2016, (...) in misura giornaliera compresa tra lo 0,6 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale, da determinare in relazione" alla gravità dell'inadempimento fermo restando che "non possono comunque superare, complessivamente, il 20 per cento di detto ammontare netto contrattuale".

# La nuova revisione prezzi introdotta dall'articolo 29 del decreto ristori-ter

di Stefano de Marinis

SOTTO  
LA  
LENTE

## Premessa

Ulteriore intervento del legislatore in materia di revisione prezzi nei contratti pubblici. L'articolo 29 del decreto legge 27 gennaio 2022, n. 4, dal titolo "Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19, nonché per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico", cosiddetto "Ristori-ter", pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 21 dello stesso 27 gennaio ed entrato in vigore il medesimo giorno, introduce un nuovo regime che modifica sensibilmente il vigente meccanismo di accertamento delle variazioni di prezzo da considerare allo scopo rilevanti, riduce le alee a carico degli operatori economici e perfeziona i termini dell'obbligatorietà da ultimo ristabilita per l'operatività dell'intero istituto.

Il tutto a poco più di: sei mesi dalla legge 23 luglio 2021, n.106, di conversione con modifiche del decreto 25 maggio, n.73, che, dato il riaccendersi di un prepotente, quanto inatteso nella misura, fenomeno inflattivo legato alla ripresa produttiva conseguente al superamento delle chiusure dovute alla pandemia, a mezzo dell'articolo 1 *septies* aveva reintrodotta un regime di revisione legale dei prezzi

di natura straordinaria; tre settimane dalla legge di Bilancio 2022, che con il comma 398 dell'articolo 1 aveva esteso anche ai rincari del secondo semestre 2021 l'operatività del meccanismo introdotto a luglio, in origine circoscritto ai soli primi sei mesi dell'anno.

Trattasi, dunque, dell'ultimo di una serie di interventi finalizzati ad evitare che la ripresa produttiva venga compromessa da un bruciante aumento dei prezzi di materiali, componentistica e materie prime, in grado di precludere agli operatori l'adempimento degli impegni contrattuali assunti, generando danni all'economia del paese forse irreversibili. Ciò attraverso una logica di ricerca ed individuazione delle necessarie soluzioni per approssimazioni successive, dando risposte che, a questo

punto, dovrebbero valere perlomeno fino al 31 dicembre 2023 (comma 1). Il tutto mediante modalità d'intervento obbligate dall'attuale contesto, stretto tra la necessità di spingere sull'acceleratore degli investimenti in tempi più che mai serrati senza, nel frattempo, poter porre mano ad interventi organici sul tessuto normativo (leggasi nuovo codice dei contratti pubblici) che dovrebbero renderli attuabili a regime, ciò che costituisce anche esso preciso obbligo nel quadro attuativo del PNRR.

**Interventi per  
approssimazioni  
successive come  
soluzione obbligata?**



### 1. Le novità recate dall'articolo 29 del decreto ristori – ter

Il meccanismo messo questa volta in campo dal Governo, che dovrà comunque superare il vaglio parlamentare in sede di conversione, nella formulazione attuale si applica, anzitutto, ai soli contratti pubblici i cui bandi o avvisi per la scelta del contraente risultino pubblicati dallo scorso 27 gennaio, giorno da ritenersi incluso ai sensi dell'articolo 33 dello stesso decreto n.4/2022, ovvero, in caso di contratti senza bando o avvisi, laddove l'inoltro degli inviti a presentare offerte risulti effettuato da tale data. Trattasi di previsione in linea con il canone interpretativo generale fissato per l'applicazione del codice, oltre che delle norme ad esso successive, dall'articolo 216, comma 1, del d.lgs. 50/2016, da cui la nuova disciplina resta comunque esterna, ancorché allo stesso codice, ed al suo precedente del 2006 (comma 2), espressamente raccordata. La previsione è da ritenersi altresì applicabile anche ai casi di affidamento diretto, per i quali varrà la data della determina semplificata di attribuzione della commessa.

La nuova revisione prezzi si sostanzia nell'obbligo di inserire nella documentazione iniziale di gara, ed in linea con le previsioni dell'articolo 106, comma 1, lett. a), del Codice, cioè in modo chiaro, preciso e inequivocabile, una clausola revisionale che, per quanto riguarda i lavori, utilizzerà il sistema di rilevazione semestrale degli incrementi dei prezzi dei materiali più significativi, regolato dal Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibile (MIMS) con decreto, basato sulle elaborazioni effettuate dall'ISTAT; non più, quindi, su quelle ministeriali.

Sempre relativamente ai lavori, la compensazione, in aumento o diminuzione, si applica, al netto dell'alea del 5% (non più, quindi, 8-10%) che resta a carico dell'operatore economico, su quanto contabilizzato nel semestre precedente al decreto (vedi infra), con esclusione dell'eseguito nell'anno di presentazione dell'offerta.

#### Per i lavori, la rilevazione degli aumenti passa all'istat

In ordine al quantum compensabile, il nuovo sistema prevede che laddove il computo degli incrementi sopportati risulti inferiore a ciò che sarebbe risultato dall'applicazione dei valori rivenienti dal decreto ministeriale rispetto a quanto contabilizzato secondo cronoprogramma, i maggiori oneri sopportati verranno riconosciuti per l'80% (era il 50% a far data dall'articolo 133 del d.lgs. 163/2006); se, viceversa, il computo risulta superiore, la compensazione potrà avvenire solo per l'importo che si determina dalla applicazione dei valori rilevati dal decreto, costituenti una sorta di tetto massimo, fermo il computo

all'80% e l'applicazione dell'alea.

Come regola generale vuole, per poter ottenere il compenso l'operatore economico deve presentare domanda che, per quel che riguarda i lavori, va formulata a pena di decadenza entro 60 giorni dalla pubblicazione del decreto ministeriale che fissa gli aumenti, dando prova dell'effettiva maggiore onerosità subita.

Da questo punto di vista emerge un ulteriore importante elemento di differenziazione della nuova revisione prezzi, rispetto a quella straordinaria di cui all'articolo 1 *septies* che pare operare più su basi forfettarie che di dimostrazione dell'effettivo pregiudizio subito dall'operatore; in tal senso significativo è il contenuto dell'ultimo comma dell'articolo 29 dove, con norma destinata a chiarire il passato, si prevede che, ai fini dell'accesso al meccanismo di revisione di cui al citato articolo 1 *septies*, "i giustificativi da allegare alle istanze di compensazione

consistono *unicamente* nelle analisi sull'incidenza dei materiali presenti all'interno di lavorazioni complesse, da richiedere agli appaltatori ove la stazione appaltante non ne disponga".

Ai sensi del comma 6 dell'articolo 29, la compensazione non è soggetta al ribasso d'asta ed è al netto di eventuali compensazioni già accordate, regola che ripete una disciplina già in essere e che, in assenza di indicazioni limitative, si applica anche ai contratti di forniture e servizi.

#### L'operatore economico deve dare adeguata e documentata prova dei maggiori oneri sopportati a seguito degli aumenti

## 2. Alcuni elementi di riflessione

Prima di considerare gli ulteriori aspetti legati alle risorse utilizzabili per le compensazioni, anche alla luce del processo di conversione del decreto in sede parlamentare appare opportuno rilevare alcuni profili di riflessione generati dall'attuale formulazione della normativa introdotta.

Rispetto all'ambito applicativo della nuova disciplina, è sorto anzitutto il dubbio sul fatto che l'articolo 29 possa riferirsi, almeno in parte, anche alle forniture ed ai servizi.

Al riguardo, premesso che l'intero meccanismo di rilevazione dei prezzi e dei relativi aumenti con decreto parla, come sempre in passato, di prezzi dei *singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi*, ciò che palesemente ne riferisce l'applicazione al solo campo dei lavori, non può non rilevarsi che l'obbligo di inserimento della clausola revisionale fissato alla lettera a) del comma 1, ha senz'altro portata generale, non limitata al caso dei soli lavori.

Sembra confermare tale lettura, che peraltro qui si intende accreditare, anche la successiva lettera b), dove si legge che *"per i contratti relativi ai lavori ... le variazioni di prezzo dei singoli materiali da costruzione ... sono valutate ... anche tenendo conto di quanto previsto dal decreto del Ministero delle infrastrutture"*; il testo, *a contrario*, si legge nel senso che, laddove non si verta in materia di lavori, le modalità sul come applicare la clausola revisionale, obbligatoria ai sensi della lettera a), siano libere, salve le prescrizioni di carattere generale (es. esclusione del ribasso d'asta ecc.).

Ancora, va considerato come, a parte quanto detto per il comma 5, il resto dell'articolo 29 costantemente precisa che le relative indicazioni si riferiscono alle compensazioni di cui al comma 1, lettera b), cosa inutile se la norma si riferisse realmente ai soli lavori, il che ulteriormente supporta l'idea di una compensazione diversa per il caso di forniture e servizi, fissata a livello contrattuale, in forza dell'obbligo generale previsto alla lettera a).

### Obbligo di prevedere la revisione prezzi nei documenti di gara anche per forniture e servizi

Delicato, appare poi il tema del coordinamento della disciplina introdotta dall'articolo 29 rispetto ai sistemi preesistenti, in specie quello dettato dall'articolo 1 *septies*.

In questo senso, infatti, dovendo in prospettiva mutare la metodologia di rilevazione delle variazioni dei prezzi, che come già detto dovranno essere definite dall'ISTAT, entro 90 giorni dal 27 gennaio, e dovendosi i futuri decreti ministeriali recanti la determinazione delle variazioni collocare all'interno della sequenza da ultimo ricostruita dal decreto MIMS dell'11 novembre 2021, posto che il comma 3 dell'articolo 29 espressamente dispone che ciò avvenga *anche per le finalità di cui all'articolo 133, comma 6*, non secondaria

questione è quella del rischio di non omogeneità dei dati di riferimento in sequenza, per l'intervenuto cambiamento di metodologia.

Da chiarire è anche la previsione secondo la quale l'importo delle compensazioni si determina applicando le percentuali di variazione rilevate dal decreto "al prezzo dei singoli materiali da costruzione impiegati nelle lavorazioni contabilizzate nei *dodici mesi precedenti* al decreto"; ciò in considerazione del fatto che le rilevazioni sono previste con cadenza semestrale.

Altro tema è cosa conterrà il decreto ministeriale del prossimo 31 marzo, previsto tanto dall'articolo 29 quanto dall'articolo 1 *septies*: al riguardo sembrerebbe potersi intendere che vi troveranno spazio solo le rilevazioni degli aumenti del secondo semestre 2021, riguardanti i lavori in corso nel 2021, ciò che avrà luogo con la metodologia fin qui seguita; la successiva rilevazione del 30 settembre, in questo caso prevista solo dall'articolo 29, dovrebbe viceversa effettuarsi con quella nuova definita nel frattempo dall'ISTAT, e considerare i prezzi del primo semestre 2022 che serviranno come base di riferimento iniziale per la futura remunerazione dei contratti avviati, ai sensi del comma 1, successivamente al 27 gennaio 2022.

Non può non segnalarsi, infine, come l'articolo 29 lasci peraltro scoperti dalla revisione *ex lege* i casi

### Il coordinamento delle discipline riguardanti i lavori

riguardanti i contratti: a) in corso nel 2021 che, continuando nel 2022, subiranno i rincari, che lo stesso legislatore ipotizza sussistere fino a tutto il 2023, senza possibilità di compensazione (la disciplina dell'articolo 1 *septies* si esaurisce, infatti, al 31 dicembre 2021, mentre l'articolo 29 si applica ai contratti avviati, nel senso detto, dal 27 gennaio 2022); b) le cui procedure di affidamento siano iniziate prima del 27 gennaio.

### Alcuni casi senza disciplina?



dell'articolo 1 *septies* (60 giorni dalla pubblicazione del decreto previsto per il 30 marzo), salvo che si tratti di interventi PNRR/PNC.

In tal caso, infatti, viene chiamato

in causa il fondo *per la prosecuzione delle opere pubbliche*, previsto dall'articolo 7, comma 1, del decreto n.76 del 2020 (semplificazioni) convertito con legge 120 dell'11 settembre 2020; in questo caso la norma prevede l'utilizzabilità del fondo per non più del 50% dell'importo del compenso da erogare.

### 3. Le coperture finanziarie

Passando al tema della copertura dei maggiori costi conseguenti all'incremento dei prezzi, anche in questo caso vengono in evidenza soluzioni simili, ma non uguali, rispetto a quelle già individuate per la gestione dei rincari ai sensi dell'articolo 1 *septies*.

In linea con indicazioni consolidate, precisando peraltro l'articolo 29 (comma 7) che il riequilibrio debba avvenire senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, potranno allo scopo utilizzarsi le somme: a) accantonate/da accantonarsi, *in misura non inferiore all'1% del totale dell'importo dei lavori*, nei quadri economici per la voce imprevisti, salve quelle relative ad impegni contrattuali già assunti; b) eventualmente a disposizione della stazione appaltante per lo stesso intervento, nei limiti della relativa autorizzazione annuale di spesa; c) derivanti da ribassi d'asta, se non ne sia prevista una diversa destinazione sulla base delle norme vigenti; d) disponibili su altri interventi ultimati, di competenza dei soggetti aggiudicatori per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi ed emanati i certificati di regolare esecuzione nel rispetto delle procedure contabili della spesa nei limiti della residua spesa autorizzata.

### Fondo con risorse aggiuntive solo per interventi PNRR/PNC



### 4. L'aggiornamento dei prezzi a base di gara

Ultimo aspetto di rilievo, che in parte esula dall'argomento revisione prezzi ma ad esso risulta strettamente connesso, riguarda l'aggiornamento dei prezzi con i quali bandire i contratti, che in questo caso l'articolo 29 riferisce, senza dubbio, solo i lavori; ciò al fine di scongiurare esiti infruttuosi, o evitare serie difficoltà di gestione nella fase esecutiva delle prestazioni.

In questo senso, infatti, va ricordato come il codice disponga da tempo l'obbligo di utilizzare, nella definizione degli importi a base di gara *prezzari regionali aggiornati annualmente* (articolo 23, comma 12, d.lgs. 50//2016); senonché, il più delle volte, tali aggiornamenti non intervengono, o non intervengono in modo utile, ragion per cui il comma 11 dell'articolo 29 dispone che, nelle more dell'adozione da parte del

MIMS di apposite linee guida per l'esercizio di tali incumbenti, le stesse stazioni appaltanti possano operare direttamente, applicando ai contratti da bandire i dati rivenienti dalle rilevazioni effettuate dal Ministero ai sensi della disciplina revisionale.

Dette linee guida, finalizzate a garantire omogeneità di comportamenti, devono essere adottate entro il prossimo 30 aprile.

In questo senso le amministrazioni dovranno provvedere per tempo alle congruenti dotazioni dei quadri economici, o delle risorse in genere, da destinare ai compensi

L'articolo 29 non prevede il generalizzato ricorso, nell'ipotesi di incapienza di risorse, ad alcun fondo speciale, con le relative modalità e tempistiche di cui tener conto, come viceversa accade per il sistema

### 5. Conclusioni

Al di là dei casi non coperti dalla disciplina da ultimo introdotta dal decreto Ristori ter, non v'è dubbio che gli adempimenti più significativi, lato

committenza, sono quelli legati alla definizione delle previsioni contrattuali da inserire nella documentazione di gara, impegnativi soprattutto laddove si tratti di forniture e servizi dove occorrerà prevedere l'intera disciplina applicabile. Il tutto, lo si ribadisce, con clausole dal contenuto *chiaro, preciso ed inequivocabile*, come vuole l'articolo 106, comma 1 lett. a) del Codice, espressamente richiamato dall'articolo 29.

In questo senso, utili spunti potranno essere ripresi dalla consolidata disciplina riguardante i lavori, ma non, ad esempio, relativamente agli indici dei

prezzi pubblicati dal MIMS, se non in minima parte. Lato operatori economici, occorrerà provvedere per tempo alla raccolta di tutta la documentazione necessaria a dimostrare l'effettivo ed esatto pregiudizio economico subito, anche mediante ricorso a strumenti volti a dare giuridica certezza ed inconfutabilità agli elementi su cui saranno basate le richieste di compensazione.

Tali strumenti ben potrebbero identificarsi nei mezzi più avanzati di notarizzazione informatica (blockchain) di tale documentazione, in grado di conferire alla stessa lo *status* di prova certa.

# Linee Guida all'applicazione dell'articolo 47 del DL Semplificazioni-bis: parità di genere, generazionale e inclusione lavorativa di persone con disabilità nei contratti pubblici del PNRR e PNC.

di Ilenia Paziani

IL  
PUN  
TO

## 1. Introduzione: il PNRR e la parità di genere, generazionale e l'inserimento nel lavoro di persone con disabilità

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e il Piano Nazionale degli investimenti Complementari (PNC) non rappresentano solo l'occasione per realizzare la transizione ecologica e digitale, ma anche per recuperare i ritardi storici che penalizzano l'Italia e che riguardano la parità di genere, generazionale e l'inserimento nel mondo del lavoro di persone con disabilità.

Affinché la "ripresa" dell'Italia sia efficace ed in linea con gli obiettivi europei, è necessario che le riforme siano volte a conseguire un'effettiva pari opportunità degli individui, soprattutto nei riguardi di quelle categorie che ad oggi non esprimono pienamente il proprio potenziale.

La persistenza di disuguaglianze di genere, così come l'assenza di pari opportunità a prescindere da provenienza, religione, disabilità, età o

orientamento sessuale, non è infatti solo un problema individuale, ma è un ostacolo significativo alla crescita economica.

Per questa ragione le cosiddette "sei Missioni" del PNRR (1.digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura; 2.rivoluzione verde e transizione ecologica; 3.infrastrutture per una mobilità sostenibile; 4.istruzione e ricerca; 5.inclusione e coesione; 6.salute) condividono priorità trasversali, relative alle pari opportunità generazionali, di genere e territoriali.

In particolare, tutte le riforme che verranno attuate con i fondi del PNRR nei prossimi anni saranno valutate sulla base dell'impatto che avranno nel recupero del potenziale dei giovani, delle donne e dei territori, e nelle opportunità fornite a tutti, senza alcuna discriminazione.

Alcuni dati riferiti al nostro Paese possono aiutare a comprendere il bisogno di riforme orientate a raggiungere una effettiva pari opportunità.

Ad oggi è del **74,3%** la differenza del tasso di occupazione fra donne di 25-49 anni con figli in età prescolare e donne senza figli, mentre il tasso di partecipazione delle donne al mondo del lavoro è del **53,8%**, rispetto a una media europea del 67,4%; e corrisponde a ben il **35,7%** il tasso di **inattività** delle donne per necessità assistenziali, rispetto a una media europea del 31,8%<sup>1</sup>.

Il PNRR al fine di incentivare le imprese all'assunzione di giovani e donne e persone con disabilità per l'esecuzione di lavori, servizi e forniture, stabilisce che nei *"bandi di gara saranno indicati, come requisiti necessari e, in aggiunta, premiali dell'offerta, **criteri orientati verso gli obiettivi di parità**"*.

Tali criteri saranno definiti tenendo conto anche degli obiettivi attesi in termini di occupazione femminile e giovanile al 2026<sup>2</sup> e dei corrispondenti indicatori medi settoriali europei. Inoltre, i risultati che saranno ottenuti a seguito di tali nuove prescrizioni normative costituiranno una base di valutazione empirica preziosa per la riforma dell'intera materia dei contratti pubblici.

## 2. L'articolo 47 del DL Semplificazioni-bis e le Linee Guida del 7 dicembre 2021

Con Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le pari opportunità del 7 dicembre 2021, sono state adottate le tanto attese linee guida *"volte a favorire la pari opportunità di genere e generazionali, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del*

*PNC"*, pubblicate nella Gazzetta Ufficiale n. 309 del 30 dicembre 2021.

Si tratta delle linee guida previste dal comma 8 dell'articolo 47 del DL n. 77/2021 (c.d. Semplificazioni-*bis*) convertito in legge n.108/2021, aventi lo scopo di offrire indicazioni alle Stazioni Appaltanti e agli operatori economici sulle **modalità di attuazione** delle misure volte a promuovere l'inclusione lavorativa delle persone disabili, di giovani e di donne. Prima di analizzare nel dettaglio le linee guida, pare opportuno ripercorrere brevemente il contenuto dell'articolo 47.

L'articolo 47, rubricato *"Pari opportunità, generazionali e di genere, e inclusione lavorativa nei contratti pubblici PNRR e PNC"*, prevede **l'inserimento nella legge di gara di specifici obblighi**, anche

assunzionali, nonché l'eventuale assegnazione di un punteggio aggiuntivo al candidato che rispetti determinati requisiti, volti a garantire pari opportunità, sia generazionali che di genere, e di promuovere l'inclusione lavorativa delle persone disabili, nell'ambito delle procedure di gara relative agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal PNRR e dal PNC.

In particolare, l'articolo 47 prevede alcuni requisiti **obbligatori** e quindi a pena di esclusione; altri il cui mancato rispetto può dar luogo all'irrogazioni di **penali**, altri ancora solo **premiati**, il cui possesso può quindi al più comportare l'assegnazione di un punteggio superiore e quindi garantire maggiori *chance* di aggiudicazione dell'appalto.

In sintesi, i **commi 2 e 3** prevedono l'obbligo (a pena di esclusione per le imprese con più di

**Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza prevede che nei bandi di gara saranno indicati, come requisiti necessari e, in aggiunta, premiali dell'offerta, criteri orientati verso gli obiettivi di parità. I criteri saranno definiti tenendo conto fra l'altro degli obiettivi attesi in termini di occupazione femminile e giovanile al 2026 e dei corrispondenti indicatori medi settoriali europei.**



1. Dati reperibili sul sito Ufficiale della Presidenza del Consiglio dei Ministri dedicato al PNRR <https://italiadomani.gov.it/it/il-piano/priorita-del-piano/parita-di-genere.html>.

2. Per l'effetto di tali prescrizioni (premiati o a pena di esclusione) a quanto risulta dal PNRR, nel periodo 2024-2026, si attende un incremento pari al 3,2% dell'occupazione giovanile e pari al 4% dell'occupazione femminile (cfr. Dossier di Camera dei deputati e Senato del 22 luglio 2021).

100 dipendenti; con irrogazione di penali negli altri casi) di consegnare una relazione sulla situazione del personale maschile e femminile, nonché sull'adempimento degli obblighi previsti dalla normativa vigente in materia di inserimento lavorativo dei disabili.

Il **comma 4** stabilisce che le stazioni appaltanti indicano nei bandi di gara **specifiche clausole** dirette all'inserimento, sia come requisiti "necessari" (quota del 30%), sia come requisiti "premiati", di criteri orientati a garantire l'incremento sia dell'occupazione **giovanile**, sia dell'occupazione **femminile**.

Sul punto la norma individua come limiti a tale discrezionalità amministrativa il rispetto dei **principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione**, nonché dell'**oggetto del contratto, della tipologia e della natura del singolo in relazione ai profili occupazionali richiesti**.

Il **comma 5** prevede inoltre l'introduzione di ulteriori **misure premiali** che possono prevedere l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente o al candidato.

Il **comma 6** chiarisce le conseguenze del mancato rispetto di tali clausole, indicando le modalità di applicazione delle penali. Ed infine, il **comma 7** indica i limiti entro i quali la stazione appaltante può predisporre una legge di gara in deroga all'articolo 47.

**3. Le Linee Guida adottate con Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento per le pari opportunità del 7 dicembre 2021 pubblicato in Gazzetta ufficiale del 30 dicembre 2021**

L'applicazione pratica di quanto sopra delineato non risulta di semplice ed immediata realizzazione, considerato che, come evidenziato anche dalle linee guida, l'articolo 47 richiede un rilevante **sforzo di innovazione** tanto alle stazioni appaltanti, quanto agli operatori economici.

Gli obiettivi che la norma intende perseguire determineranno infatti significative modifiche sia all'esercizio della funzione di pubblica committenza, sia all'organizzazione del lavoro delle aziende fornitrici di beni e servizi o aggiudicatari di lavori pubblici.

Per quanto riguarda le Stazioni Appaltanti, la norma impone alcuni **obblighi redazionali**, individuando alcune clausole che dovranno essere indicate obbligatoriamente nella legge di gara (cfr. par. 3.1); altre clausole che la legge di gara potrà non contemplare, a patto che vi sia espressa e adeguata motivazione sul punto (cfr. par. 3.2); altre ancora che sono rimesse invece alla pura discrezionalità dell'ente.

Con riferimento agli operatori economici, le novità più dirompenti riguardano la fase di esecuzione del contratto, durante la quale l'aggiudicatario sarà obbligato, pena l'irrogazione di penali, ad adempiere **all'obbligo di assunzione** di nuovo personale nei termini dichiarati in sede di gara. Per tali ragioni, l'adozione delle linee guida volte a chiarire la modalità applicativa dell'articolo 47 risulta fondamentale per l'effettiva messa in campo delle misure ivi riportate.

Prima di entrare nel merito delle linee guida, occorre delimitare l'ambito di applicazione delle prescrizioni dell'articolo 47.

Le misure di cui di seguito si andrà ad indicare l'effettiva portata si applicano a tutte le procedure riguardanti sia appalti che concessioni, superiori o inferiori alle soglie di rilevanza europea, a patto che siano afferenti gli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste nell'ambito del PNRR e PNC.

L'applicazione dell'articolo 47 deve dunque considerarsi **generalizzata a tutti i contratti pubblici collegati agli investimenti del PNRR**.

**3.1. Gli obblighi ad applicazione automatica – eterointegrazione della legge di gara**

Le linee guida chiariscono innanzitutto che alcune tra le misure previste dall'articolo 47 **si applicano a prescindere dall'espresso richiamo nella legge di gara**.

In particolare sono direttamente applicabili le seguenti misure volte ad impegnare le aziende ad affrontare in modo trasparente l'analisi del proprio contesto lavorativo attraverso:

- a) la redazione e la produzione del rapporto sulla situazione del personale, di cui all'articolo 46 del D.lgs. n. 198/2006 (art. 47, comma 2);

- b) la consegna della relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile (art. 47, comma 3);
- c) la presentazione della dichiarazione e della relazione circa il rispetto delle norme che disciplinano il diritto al lavoro delle persone con disabilità ex art. 17, Legge n. 68/1999 (art. 47, comma 3 bis).

**I c.d. “obblighi di consegna” di relazioni e dichiarazioni sulla situazione del personale sono direttamente applicabili, senza che vengano inserite delle disposizioni specifiche nei bandi di gara da parte delle stazioni appaltanti.**

**professioni ed in relazione allo stato delle assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell’intervento della cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, nonché della retribuzione effettivamente corrisposta.**

Tali obblighi trovano la propria fonte direttamente **nella legge**, per tale ragione non richiedono un’espressa previsione da parte della legge di gara. Tuttavia, le linee guida invitano le stazioni appaltanti, per esigenze di certezza dei rapporti giuridici e di tutela dell’affidamento degli operatori economici, ad indicare espressamente tali obblighi nella legge di gara, anche in considerazione del fatto che, come si vedrà dettagliatamente nel paragrafo successivo, l’adempimento ad alcuni di tali obblighi costituisce addirittura una causa di esclusione dalla gara.

Il rapporto è redatto secondo le indicazioni contenute nel decreto del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali del 3 maggio 2018; decreto che sarà presto rinnovato, come disposto dalla legge n. 162/2021.

In caso di mancata trasmissione del rapporto da parte dell’operatore economico nei termini indicati dall’articolo 46 del codice delle pari opportunità, questo non costituisce automatico ostacolo alla partecipazione alla gara.

**a) Il rapporto sulla situazione del personale (art. 47, comma 2)**

Ai fini dello specifico appalto è infatti sufficiente che l’operatore economico predisponga e trasmetta il rapporto alle rappresentanze sindacali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità, **contestualmente alla sua produzione in sede di gara.**

Come anticipato, il comma 2 dell’articolo 47 introduce una nuova causa di esclusione. Tale clausola di esclusione è rivolta esclusivamente agli **operatori economici pubblici e privati che occupano più di 50 dipendenti**. Per tali soggetti è prevista la produzione della copia dell’ultimo rapporto sulla situazione del personale che essi sono tenuti a redigere

**Per gli operatori con più di 50 dipendenti, la mancata produzione in sede di partecipazione alla gara del rapporto sulla situazione del personale comporta l’esclusione.**

Sul punto occorre precisare che prima del 2021, solo le aziende con oltre 100 dipendenti erano tenute alla trasmissione del rapporto sulla situazione del personale, la legge n. 162/2021 ha invece abbassato la soglia a 50 dipendenti; ne consegue che per le aziende con un numero di dipendenti tra 51

ai sensi dell’articolo 46 del codice delle pari opportunità (d.lgs. n. 198/2006). Il rapporto deve recare l’attestazione della sua conformità a quello eventualmente già trasmesso alle rappresentanze sindacali e ai consiglieri regionali di parità.

e 100, dovranno prima procedere alla produzione e trasmissione del rapporto e poi partecipare alla gara producendone una copia.

Nello specifico si tratta di un rapporto che gli operatori economici sono tenuti a trasmettere alle rappresentanze sindacali ogni due anni.

**b) Relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile (art. 47, comma 3)**

Il rapporto riguarda **la situazione del personale femminile e maschile in ognuna delle**

Il comma 3 prevede inoltre un altro tipo di adempimento che consiste nella redazione

e trasmissione alle rappresentanze sindacali di una **relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni ed in relazione allo stato delle assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei pensionamenti e prepensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta.**

Tale adempimento si differenzia da quello previsto al comma 2, in quanto è diretto agli operatori economici che occupano un numero **pari o superiore a 15 dipendenti e non superiore a 50.**

Un'altra differenza importante rispetto al rapporto del personale risiede nel fatto che la relazione di genere deve essere trasmessa dall'operatore economico **entro 6 mesi dalla conclusione del contratto**, ne discende che tale requisito non costituisce un requisito di partecipazione alla gara ed è dunque richiesto solo al soggetto che poi eseguirà la commessa.

Per tale ragione, al mancato invio o predisposizione non può conseguire l'esclusione dalla gara, bensì esclusivamente l'irrogazione di penali (cfr. *infra*).

Occorre però porre l'attenzione sul secondo periodo del comma 6, il quale prevede espressamente che la **mancata trasmissione della relazione di genere**, oltre all'irrogazione di penali, comporta **l'interdizione alla partecipazione alle gare rientranti nel PNRR per un periodo di 12 mesi**. L'interdizione riguarda la partecipazione sia in forma singola che associata.

Anche in questo caso, risulta quindi opportuno che le stazioni appaltanti indichino espressamente nello schema di contratto tale adempimento che,

**Per gli operatori con più di 15 dipendenti, la mancata trasmissione della relazione di genere entro sei 6 mesi dalla conclusione del contratto, oltre all'irrogazione di penali, comporta l'interdizione alla partecipazione alle gare rientranti nel PNRR per un periodo di 12 mesi.**



**Per gli operatori con più di 15 dipendenti, la mancata trasmissione della dichiarazione di regolarità dell'impiego di persone con disabilità comporta l'irrogazione di penali.**



anche in questo caso, opera *ex lege*.

c) ***Dichiarazione di regolarità sul diritto al lavoro delle persone con disabilità (art. 47, comma 3-bis)***

Infine, analogamente al comma 3, il comma 3-bis richiede agli operatori economici che occupano un numero pari o superiore a 15 dipendenti e non superiore a

50 di consegnare alla stazione appaltante, **entro sei mesi dalla conclusione del contratto**, una dichiarazione con cui il legale rappresentante attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro delle persone con disabilità. La dichiarazione deve contenere anche l'avvenuto assolvimento degli obblighi di cui alla legge n. 68/1999 e l'illustrazione di eventuali sanzioni e provvedimenti posti a carico dell'operatore economico **nel triennio precedente la data di scadenza della presentazione delle offerte**.

La relazione deve inoltre essere trasmessa anche alle rappresentanze sindacali aziendali.

Tale obbligo si aggiunge a quello già previsto a pena di esclusione sulla regolarità rispetto alle norme che disciplinano il diritto al lavoro delle persone con disabilità.

Le linee guida evidenziano che tale obbligo dovrebbe essere inserito espressamente nella legge di gara anche per gli operatori economici con più di 50 dipendenti.

In ogni caso, la mancata produzione della dichiarazione comporta anche in questo caso l'irrogazione di penali.

Come anticipato, le clausole appena menzionate trovando la propria fonte nella legge, operano a prescindere da una espressa previsione. Con riferimento ai suddetti adempimenti, le linee guida in commento precisano anche che tali documenti dovranno essere pubblicati sul sito dell'ente nella sezione "Amministrazione trasparente". I dati ivi

contenuti, dovranno poi, a seguito di specifico provvedimento ANAC che ne indicherà le forme i termini, essere inseriti nella banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici al fine di monitorare l'efficacia dei requisiti e criteri premiali volti a garantire pari opportunità.

### **3.2. Le clausole contrattuali e le misure premiali (art. 47, commi 4 e 5)**

La parte più interessante delle linee guida riguarda le misure premiali (sia quelle "obbligatorie", sia quelle "facoltative") che le stazioni appaltanti devono/possono inserire nella legge di gara.

A differenza degli adempimenti indicati ai commi 2, 3 e 3-bis, l'articolo 47 prevede ulteriori misure volte a conseguire gli obiettivi di parità di genere e generazionale che però **non sono direttamente applicabili** in virtù di un espresso dettame normativo e quindi, laddove non previsti dalla legge di gara, non etero-integrano il bando, ma necessitano di una **specifica declinazione all'interno della legge di gara**.

Si tratta delle clausole indicate ai commi 4 e 5 dell'articolo 47.

Il comma 4 individua alcune previsioni che le stazioni appaltanti **devono** inserire nella legge di gara, ma che necessitano un'espressa previsione e consistono:

- nella richiesta all'operatore economico di aver assolto al momento della **presentazione dell'offerta** agli **obblighi di assunzione di persone con disabilità**;
- e nella richiesta all'operatore economico di garantire, in caso di **aggiudicazione del contratto**, l'assunzione di una quota pari ad almeno il **30% delle assunzioni necessarie** per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, sia all'occupazione **giovanile** (36° anno di età) sia all'occupazione **femminile**.

Con riferimento al secondo aspetto, risultano di fondamentale importanza le indicazioni previste dalle linee guida sui criteri applicativi che le

stazioni appaltanti devono seguire con riferimento:

- I. alla **metodologia da utilizzare per definire la quota del 30%** delle assunzioni da destinare all'occupazione femminile e giovanile;
- II. alle **circostanze che rendono impossibile** o contrastante con gli obiettivi di universalità e socialità **l'inserimento della quota del 30%** (dunque le possibili deroghe, art. 47 comma 7).

#### *I. Come definire la quota del 30%*

Con riferimento alle modalità in cui le stazioni appaltanti sono chiamate a valutare il rispetto della quota del 30% (e al modo in cui gli operatori economici sono chiamati ad adempiere), le linee guida chiariscono che i *target* che si intendono seguire con i fondi di PNRR e PNC sono due:

- (i) **sia** l'incremento dell'occupazione giovanile,
- (ii) **sia** quello dell'occupazione femminile.

Ne consegue che **non basta** che l'operatore economico garantisca l'incremento nell'una o nell'altra categoria, ma è necessario che **garantisca l'incremento occupazionale per entrambe le categorie**.

Le linee guida riportano alcuni esempi.

In particolare, dev'essere esclusa l'impresa che in sede di offerta si sia impegnata all'incremento del 30% composto dal 20% di giovani e 10% di donne, in quanto non rispetta il *target* previsto per l'occupazione femminile.

Viceversa, è ammessa l'impresa che si sia impegnata a garantire l'assunzione di un 30% di donne sotto i 36 anni, oppure del 20% di donne con meno di 36 anni e 10% di donne con più di 36 anni e 10% di uomini con meno di 36 anni. In questo modo infatti l'azienda garantirebbe l'impiego di un 30% di donne e di un 30% di lavoratori al di sotto di 36 anni.

Viene inoltre precisato che ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui al comma 4, le stazioni appaltanti e gli operatori economici, con riferimento alla platea di lavoratori da considerare per il calcolo della percentuale, dovranno fare riferimento al numero **complessivo di**

**Per le clausole contrattuali e le misure premiali è necessario che le stazioni appaltanti traducano i principi enucleati dalla norma primaria in clausole da inserire all'interno dei bandi di gara.**

**nuove assunzioni da impiegare lungo l'arco temporale di esecuzione del contratto** (dovranno essere computate anche le assunzioni ad esempio effettuate dal subappaltatore per verificare il rispetto della quota del 30%).

Il comma 4 precisa che l'obbligo di assicurare una quota del 30% riguarda le assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto, ne consegue che in fase di presentazione dell'offerta occorre verificare che l'impegno a garantire tale quota sia corretto e adeguato ad assicurare la tutela sia dell'incremento del lavoro di giovani, sia di donne.

Tale impegno sarà soggetto a **specifico controllo in sede di verifica di conformità** da parte delle stazioni appaltanti.

L'eventuale violazione dell'impegno rileverà invece solamente in fase di esecuzione del contratto e quindi solo nei confronti dell'aggiudicatario.

Il calcolo della quota del 30% fa riferimento a tutte le assunzioni funzionali a garantire l'esecuzione del contratto aggiudicato (quindi alle attività connesse o strumentali al contratto).

Le linee guida chiariscono però che il legislatore non ha inteso estendere l'obbligo ai contratti stipulati con terzi (ad esempio i contratti di fornitura).

L'obbligo risulta infatti comunque rivolto al contraente principale ed è delineato dal perimetro del contratto finanziato con i fondi del PNRR e PNC e può riferirsi anche alle prestazioni che il contraente esegue tramite subappalto o avvalimento.

Ad esempio se l'appaltatore ha già raggiunto la percentuale del 30%, il subappaltatore non sarà tenuto ad assumere lavoratori appartenenti alle categorie indicate dall'articolo 47, fermo restando che le assunzioni da questi effettuate rilevano per determinare la base di calcolo della quota del 30%.

Inoltre, le assunzioni da destinare a occupazione giovanile e femminile si identificano con il **perfezionamento di contratti di lavoro subordinato** disciplinato dal d.lgs. n. 81/2015 e dai CCNL.

In definitiva dunque, dal lato del concorrente, in sede di presentazione dell'offerta rileva che

lo stesso si sia impegnato e rispettare la quota espressamente indicata dalla Stazione Appaltante nella legge di gara; il rispetto di tale impegno rileverà già in sede di verifica di conformità dell'offerta, ma potrà comportare l'irrogazione di sanzioni solo nella fase esecutiva.

Dal punto di vista della stazione appaltante invece, salvo quanto si dirà nel successivo paragrafo, essa è obbligata ad inserire nella legge di gara la richiesta che, in caso di aggiudicazione, l'offerente si impegni a garantire una quota pari ad almeno il 30% all'occupazione giovanile e femminile.

*1. Le deroghe alla previsione della quota del 30%*

Come anticipato, le stazioni appaltanti possono derogare all'inserimento della quota del 30% di assunzioni di giovani e donne nella legge di gara. Tale deroga può consistere nella mancata previsione *tout court* di tale quota, ovvero nella previsione di una quota inferiore.

In ogni caso le deroghe non possono operare in modo incondizionato, in quanto la loro attivazione è subordinata ad una **espressa specifica motivazione**.

Affinché la specifica motivazione sia anche **adeguata** è necessario che faccia esplicito riferimento all'oggetto del contratto, alla tipologia o alla natura del progetto o ad altri elementi puntualmente indicati dalla stazione appaltante.

La deroga è giustificata nel caso in cui l'inserimento dell'obbligo assunzionale del 30% sia impossibile rispetto al mercato di riferimento o contrastante con gli obiettivi di universalità e socialità, efficienza ed economicità, di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

Ad esempio la deroga può essere motivata sulla base della presenza di una clausola sociale di riassorbimento occupazionale (soprattutto negli appalti di servizi); in questo caso la deroga può trovare adeguata motivazione dell'obiettivo di garantire stabilità occupazionale ai lavoratori già impegnati nell'esecuzione del servizio con il gestore uscente.

**Le linee guida spiegano la metodologia da utilizzare per definire la quota del 30% da riservare alle assunzioni di giovani e di donne**



Per quanto riguarda nello specifico la quota diretta a garantire l'occupazione giovanile, la deroga può essere ritenuta adeguatamente motivata laddove il contratto richieda ad esempio l'assunzione di soggetti con una specializzazione tale da richiedere un'esperienza di oltre 15 anni.

Con riferimento all'incremento dell'occupazione femminile, le stazioni appaltanti potrebbero motivare il ricorso alla deroga specificando che in quel determinato settore il tasso di occupazione femminile rilevato dall'ISTAT si discosta significativamente dalla media nazionale.

In questi casi, considerando la *ratio* della norma, le stazioni appaltanti potrebbero prevedere una quota di incremento inferiore, ma comunque volta a migliorare l'impiego femminile in quello specifico settore.

Le linee guida rilevano che invece sarebbe molto complesso poter ritenere adeguata una deroga agli obblighi assunzionali disposta con riferimento a contratti ad alta intensità di manodopera.

Le deroghe potrebbero infine essere ritenute adeguate con riferimento ad affidamenti diretti di modico valore o alle procedure che prevedano un numero di assunzioni inferiori a tre unità di personale.

La motivazione può essere esternalizzata nella determina a contrarre o in un atto immediatamente successivo.

Considerato che come visto in precedenza l'articolo 47, comma 4, ha portata generalizzata a **tutti i contratti finanziati in tutto o in parte con i fondi del PNRR e PNC**, la mancata previsione della quota del 30% o la previsione di una quota inferiore senza una motivazione espressa adeguata potrebbe comportare la contestazione in sede processuale della legge di gara da parte degli operatori economici interessati (a monte o a valle dell'affidamento).

Infine, il comma 5 individua (a titolo esemplificativo) alcune tipologie di clausole di premialità aggiuntive che la stazione può indicare o meno nella legge di gara a propria discrezione.

Interessanti sono gli esempi di clausole contrattuali da utilizzare nella costruzione del disciplinare di gara riportati a pag. 12 e 13 delle linee guida. Sono stati indicati inoltre dei criteri di valutazione "tipo" e delle ipotesi di modalità di assegnazione del punteggio, nonché i "pesi" che possono essere attribuiti rispetto al totale del punteggio tecnico che possono costituire un'utile pratica guida per le stazioni appaltanti.

### 3.3 Le penali

Infine, il comma 6 chiarisce l'operatività delle penali e specifica che sono applicate:

- all'operatore economico che non rispetta l'onere di produzione, **entro sei mesi dalla conclusione del contratto**, della relazione di genere e di dichiarazione relativa all'assolvimento delle norme che disciplinano il diritto al lavoro delle persone con disabilità;
- all'operatore economico che, **in sede di esecuzione del contratto**, non rispetta la quota assunzionale del 30% di donne e giovani;
- nonché in altre ipotesi previste caso per caso dalle stazioni appaltanti come violazione di ulteriori misure premiali.

**Le Stazioni Appaltanti possono derogare alla previsione nella legge di gara di garantire una quota del 30% delle assunzioni in favore di donne e giovani con adeguata, espressa e specifica motivazione, indicandola nella determina a contrarre**

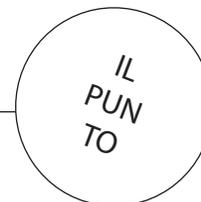
Nel rispetto dei principi generali in materia di appalti pubblici, le penali devono essere commisurate alla **gravità** della violazione, devono risultare **proporzionali** all'importo del contratto; concorre alla determinazione dell'ammontare della penale anche l'eventuale **reiterazione** dell'inadempimento.

Le penali potranno consistere anche nell'irrogazione di una sanzione giornaliera per ogni giorno di ritardato adempimento con una sanzione compresa tra lo 0,6 e l'1 per mille dell'ammontare del contratto, come previsto dal comma 4 art. 50 D.L.

Semplificazioni-bis. In ogni caso, le penali non potranno superare complessivamente il limite del 20% dell'ammontare netto del contratto.

# L'affidamento diretto «mediato» negli appalti sotto soglia

di Francesca Scura



## Premesse

Con la sentenza n. 2725/2021<sup>1</sup> il TAR di Salerno affronta alcuni profili afferenti la fattispecie dell'affidamento diretto cd. mediato previsto dall'art. 36, comma 2, lett. b) del Codice, nel settore degli appalti sottosoglia, distinguendolo dall'affidamento diretto cd. puro e dalla classica procedura negoziata. L'attenzione del TAR si sofferma, poi, in particolare sui poteri riconosciuti al RUP nella scelta dei concorrenti da far competere e sul termine applicabile per l'invio delle offerte.

I confini tra la fattispecie in parola e l'affidamento diretto puro paiono però labili sicchè non si è mancato di evidenziare come la distinzione tra le due forme di affidamento diretto sia una mera creazione dottrinale e giurisprudenziale di dubbia utilità che continua a generare confusione tra operatori del settore e interpreti.

## 1. Il caso di specie

La pronuncia in commento trae origine dal ricorso proposto da una impresa contro il provvedimento di affidamento diretto su MEPA - ai sensi dell'art. 36 comma 2 lett. b) - del servizio di vigilanza in favore dell'unico concorrente in gara (nel caso di specie telematica), chiedendo l'annullamento della procedura e del contratto di appalto stipulato per violazione dell'art 121 c.p.a..

In particolare, la stazione appaltante, con apposita lettera di invito, invitava sia la ricorrente, che la controinteressata (poi aggiudicataria), a presentare offerta per il servizio (di importo pari ad euro 17.622,95).

Perveniva, tuttavia, unicamente l'offerta della controinteressata e, pertanto, il servizio veniva aggiudicato (e quindi contrattualizzato) alla stessa.

1. TAR Campania – Salerno, sez.II 13 dicembre 2021 n. 2725.

Con i motivi di ricorso, la ricorrente contesta la legittimità dell'aggiudicazione, in ordine ai profili di seguito sinteticamente descritti:

- la stazione appaltante - sostiene la ricorrente -, scegliendo di dare corso ad una procedura negoziata, si sarebbe autovincolata al rispetto dei termini minimi di legge, per la presentazione delle offerte, fissati dal Codice dei contratti, oltre che imposti dal rispetto dai principi generali del giusto procedimento, dell'imparzialità e della correttezza nello svolgimento del procedimento selettivo. Tali termini minimi (stabiliti in 10 giorni dal combinato disposto di cui agli artt. 79, 61 co.6, lett. b) e 36, co.9 D.Lgs.n. 50/2016) sarebbero stati violati atteso che il termine concesso per l'esame della richiesta e per la trasmissione dell'offerta (appena 54 minuti) sarebbero assolutamente insufficienti per la consapevole valutazione da parte dell'operatore economico;

- dalla violazione dei termini minimi di legge perpetrata dal Comune deriverebbe un vizio della intera procedura tale da imporre la declaratoria di inefficacia del contratto, ai sensi dell'art. 121 c.p.a..

Per contro, la società aggiudicataria replicava che:

- la tipologia di affidamento prescelto (affidamento diretto, giustificato dall'importo ridotto della commessa) non sarebbe assoggettata al rispetto di un termine minimo predefinito per la ricezione delle offerte, né troverebbe applicazione l'art. 79 D.Lgs.n.50/2016, applicabile unicamente sopra soglia, né si applicherebbe l'art. 36, co.9, destinato alle sole procedure ordinarie;

- non si sarebbe verificato alcun *vulnus* per la società ricorrente, come risulterebbe dal fatto che la ricorrente, nell'identica situazione, avrebbe potuto presentare offerta, tenuto, anzi, conto della natura standardizzata del servizio e, in ogni caso, della situazione di urgenza estrema che caratterizza l'affidamento di cui trattasi;

- l'estrema urgenza dell'affidamento renderebbe legittimo l'operato del Comune.

Il TAR prende atto dell'improcedibilità del ricorso per carenza di interesse limitatamente alla domanda di annullamento degli atti impugnati, vista l'integrale esecuzione del contratto sottoscritto tra stazione appaltante e contro-interessata tale da far venire meno l'interesse alla caducazione dei relativi effetti. Al contempo però il TAR conferma l'interesse rispetto alle censure formulate a fini risarcitori ai sensi dell'art. 34, co.3 c.p.a..

All'esito di tale scrutinio, il TAR ritiene illegittima la procedura di affidamento diretto.

## 2. L'affidamento diretto «comparativo» o «mediato»

Il tipo di procedura selettiva sotto la lente del TAR Salerno non corrisponde ad una procedura negoziata, bensì ad un affidamento diretto comparativo (talvolta denominato "mediato"), previsto espressamente dall'art. 36, co. 2, lett. b) del Codice dei contratti (nella versione precedente l'art. 1 L.120/2020, nonché dall'art. 36, co. 2, lett. a) della versione post novella)<sup>2</sup> che detta la disciplina dei contratti cd. sottosoglia.

In particolare, all'art. 36, comma 2, lett. b si

2. V. art 36, comma 2, lett. a: "*Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità:*

*a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta. La pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento non è obbligatoria; ... (comma così modificato dall'art. 1, comma 5-bis, legge n. 120 del 2020)".*

*V art. 36, comma 2, lett. b: "b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;"*.

prevede che le stazioni appaltanti possano affidare lavori, servizi, forniture: "... b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;"

La disciplina transitoria introdotta nel contesto della legislazione emergenziale anti Sars-Covid 2 dall'art. 1, L.n. 120/2020 (art. 36, co.2, lett. a) consente, fino al 30.6.2023 (per effetto della ulteriore modifica apportata con l'art. 51 della L.n.108/2021), per servizi

e forniture fino alla soglia di euro 139.000,00 di procedere tramite affidamento diretto, senza rituale procedimento di gara (e dunque anche senza fare ricorso alla procedura negoziata, che è pur sempre un procedimento di selezione tramite gara), e senza l'onere della previa consultazione di almeno tre operatori economici, come sarebbe dovuto in base alla disciplina previgente per gli affidamenti ultra 40.000,00 euro (v. art. 36, co.2, lett. b) D.Lgs.n.50/2016 nella versione ante novella).

Il termine *valutazione* usato dall'art. 36 lett. b) cit. ha indotto molte amministrazioni e molti interpreti a sostenere che la stessa non prelude

all'affidamento diretto ma si concretizzasse in una vera e propria procedura negoziata con confronto competitivo, in continuità con la definizione per tale fascia di valore stabilita dall'originaria disposizione del d.lgs. n. 50/2016.

Come subito chiarito dalla giurisprudenza, però, l'affidamento diretto comparativo non attiva un meccanismo di gara e ad esso non possono automaticamente essere applicate le disposizioni sulla procedura negoziata di cui all'art. 63 o all'art. 36 d.lgs.n. 50/2016 (nella parte in cui tale norma rinvia, non a caso, all'art. 63 (co. 2, lett. b)).

Tale affidamento avviene in modalità diretta (cioè senza l'avvio di una gara), pur essendo preceduto dall'acquisizione di più offerte (o di semplici preventivi). Mediante tale *modus operandi* - si afferma nella sentenza del TAR Salerno in esame - "la stazione appaltante fa precedere l'aggiudicazione (e la conseguente stipula del contratto) dall'acquisizione di più preventivi/offerte, senza che ne consegua l'attivazione di un procedimento di gara (v., in tal senso, Consiglio di Stato, 23.4.2021, n. 3287)".

**«L'affidamento diretto mediato o comparativo è un affidamento in modalità diretta (cioè senza gara), pur essendo preceduto dall'acquisizione di più offerte/ semplici preventivi, e si differenzia dalla procedura negoziata in quanto non attiva una procedura di gara»**

Il Consiglio di Stato, sez. IV, con sentenza 23 aprile 2021, n. 3287, aveva difatti già chiarito come "La mera proceduralizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori (proceduralizzazione che, peraltro, corrisponde alle previsioni contenute nelle Linee guida ANAC n. 4 per tutti gli affidamenti diretti; cfr. il par. 4.1.2 sull'avvio della procedura), non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze"<sup>3</sup>.

3. Con sentenza n. 1252 del 10 febbraio 2021 il Consiglio di Stato evidenzia che la procedura era stata indetta dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016, per cui "non sussistono i presupposti atti a generare, in capo alla stazione appaltante, l'obbligo di procedere mediante gara (con l'applicazione delle conseguenti disposizioni) ... ne deriva che non risultano applicabili alla fattispecie in esame le disposizioni, invocate dalla parte appellante a fondamento del suindicato motivo di censura, di cui agli artt. 77 e 78 d.lvo cit., al fine di dimostrare l'illegittima composizione (recte, la mancata nomina, come evidenziato dal giudice di primo grado) della commissione di gara."

Sul punto anche il MIMS, con parere n. 764/2020, aveva rilevato come *“negli affidamenti diretti, non essendovi confronto competitivo, anche l’eventuale raffronto tra preventivi non presuppone l’utilizzo di un criterio di aggiudicazione. Quanto all’eventuale richiesta di preventivi ed alle relative modalità, rientra nella discrezionalità della Stazione appaltante, competente in materia, determinare le modalità attraverso cui addivenire all’individuazione del proprio contraente diretto”*<sup>4</sup>.

L’affidamento diretto mediato è – secondo le ultime pronunce giurisprudenziali - dunque una procedura diversa, riconducibile alla fattispecie, appunto, dell’assegnazione diretta.

E il tratto distintivo sostanziale riguarda le modalità di scelta dei *competitors*. Con parere n. 712/2021 l’ANAC ha evidenziato come, nell’affidamento diretto con previo confronto di più operatori ai sensi dell’art. 36 comma 2 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016, la scelta degli invitati avviene necessariamente in modo discrezionale, salvo che non si utilizzi il metodo del sorteggio o altro sistema automatico di selezione dei destinatari degli inviti. È evidente quindi, anche nella interpretazione dell’ANAC, l’intenzione del legislatore di ammettere una scelta diretta e discrezionale anche dei competitori.

Nel caso dell’affidamento temperato, il RUP potrebbe - se non disponesse dell’albo prestatori

-, anche utilizzare l’avviso pubblico a manifestare interesse (secondo il MIMS e l’ANAC necessario, secondo la giurisprudenza no) ma la procedura rimane un affidamento diretto e quindi insisterebbe una maggiore discrezionalità da parte del RUP.

### 3. L’affidamento diretto «puro»

L’affidamento diretto puro (previsto dall’art. 36, comma 2, lett. a) del Codice appalti e art. 1, comma 2 lett. a) del DL 76/2020 conv. in L. 120/2020) non prevede la consultazione di più operatori economici e in esso la stazione appaltante contratta con l’unico operatore interpellato. Nell’affidamento diretto comparativo la scelta consegue, invece, all’interpello di più operatori, essendo quindi “mediata” dal confronto tra più preventivi.

La configurazione in termini di affidamento diretto puro si impone su piano pratico per distinguere detta fattispecie dall’affidamento diretto temperato, ovvero dalla fattispecie di cui alla lettera b) del comma 2 art. 36 del Codice.

**«La scelta degli invitati avviene necessariamente in modo discrezionale, salvo che non si utilizzi il metodo del sorteggio o altro sistema automatico di selezione dei destinatari degli inviti (ANAC, parere 712/2021)»**

Non mancano tuttavia autori che in realtà ridimensionano l’utilità della distinzione tra le due forme di affidamento diretto, ritenendo che ne esista uno solo, in contrapposizione alla procedura negoziata senza bando. Tale affidamento diretto si suddividerebbe in due sub-specie, quella dell’affidamento diretto realizzato tramite

---

4. Secondo alcuni autori tale passaggio si riferirebbe solo agli affidamenti diretti puri e non anche a quelli mediati: *“Si ritiene che tale passaggio sull’assenza del criterio di aggiudicazione sia riferibile ai soli affidamenti diretti “puri”, rectius, in applicazione della lettera a) dell’articolo 36 e cioè quelli oggetto del quesito e riferibili alla procedura allora in vigore ai sensi del D.L. n. 76/2020 - e non anche a quelli formalmente “mediati” previsti dall’art. 36 co 2 lettera b). Ciò in quanto la norma del Codice, alla lettera b), scandisce chiaramente quali passaggi la Stazione appaltante debba seguire per la selezione dei soggetti da invitare al confronto. Ivi si parla espressamente di “inviti” e di rotazione degli stessi, il che presuppone la predeterminazione a monte di regole comuni a tutti i partecipanti, esattamente come avveniva nell’antecedente negoziata semplificata. E se c’è confronto, nel senso tecnico del termine, ovvero di comparazione di più offerte sulla base di un comune sistema di regole, è imprescindibile l’applicazione di un criterio di aggiudicazione.”*. V. L. Girlando – L. Leccisotti, *Affidamento diretto puro e mediato: persiste la confusione* su <https://www.lavoripubblici.it/news/affidamento-diretto-puro-mediato-persiste-confusione-27644>

indagini esplorative o ricerche preliminari (listini, preventivi ma non in comparazione tra loro, offerte pubbliche, altri affidamenti da parte di altre SA) e quella dell'affidamento diretto competitivo, in quanto realizzato a valle di un procedimento concorrenziale nel rispetto dei principi ex art. 30 e delle clausole D.lgs. 50/2016 espressione di tali principi. In quest'ottica, anche l'affidamento diretto puro sarebbe mediato da una attività istruttoria sulla scelta del contraente, da una mediazione informale, che il legislatore avrebbe voluto lasciare aperta nelle forme e rimessa alla discrezionalità amministrativa e tecnica del RUP, ma comunque a condizione che siano rispettati i principi generali di cui all'art. 30 del Codice<sup>5</sup>.

In particolare, i due affidamenti si distinguerebbero per via del tipo di mediazione a monte effettuata.

Nell'affidamento diretto ex art. 36 co 2 lettera a), dunque entro l'importo di 40.000 € (parallelamente, ad opera delle disposizioni derogatorie, fino a 139.000 € sino a giugno 2023) è sufficiente che il RUP avvii un percorso istruttorio atto a dimostrare la convenienza, rispetto agli obiettivi perseguiti e riportati nella determina a contrarre o nella richiesta di acquisto ricevuta. Tale percorso istruttorio può essere discrezionale e orientato sulla base delle Linee guida ANAC n. 4 del 26/10/16: consultazione di listini pubblici, affidamenti già disposti oppure, quale buona pratica, richiesta di

due o più preventivi. Anche rispetto a tale forma di affidamento difatti – come si osserva nelle Linee Guida ANAC<sup>6</sup> cit. - *"In ogni caso, il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici rappresenta una best practice anche alla luce del principio di concorrenza"*<sup>7</sup>.

Non è però previsto alcun criterio di aggiudicazione né in stretta applicazione dell'art. 95 né quale sua derivazione poichè manca la competizione (cfr. parere MIMS n. 764/2021).

Per contro, in un affidamento diretto mediato dalla valutazione di almeno cinque operatori economici il RUP dovrebbe avviare un vero e proprio percorso valutativo, a valle di una selezione di almeno 5 concorrenti (se esistenti) tramite manifestazione di interesse o consultazione di elenchi nel rispetto della rotazione degli inviti. In questo caso la mediazione non avviene su

preventivi ma su vere e proprie offerte, ovvero su proposte che – all'atto della accettazione da parte dell'ente appaltante – sono idonee a configurare una stipula contrattuale.

Deve convenirsi, ad ogni modo, con l'osservazione per cui sia l'affidamento diretto mediato che quello diretto puro si differenziano dalla procedura negoziata per via della struttura dell'istruttoria che il RUP è tenuto a presidiare: nel caso delle procedure negoziate, la struttura della procedura/

**«L'affidamento mediato si differenzia dall'affidamento diretto puro, che non prevede la consultazione di più operatori economici e in cui la stazione appaltante contratta con l'unico operatore interpellato»**



5. P.L. Girlando – L. Leccisotti cit..

6. Linee Guida n. 4, di attuazione del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici" su <https://www.anticorruzione.it/>

7. V. Linee Guida n. 4 cit.: *"In ottemperanza agli obblighi di motivazione del provvedimento amministrativo sanciti dalla legge 7 agosto 1990 n. 241 e al fine di assicurare la massima trasparenza, la stazione appaltante motiva in merito alla scelta dell'affidatario, dando dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione. A tal fine, la stazione appaltante può ricorrere alla comparazione dei listini di mercato, di offerte precedenti per commesse identiche o analoghe o all'analisi dei prezzi praticati ad altre amministrazioni"*.

procedimento è quella definita dal codice da cui il RUP non si può discostare<sup>8</sup>. La ragione che potrebbe indurre verso un perdurante utilizzo dell'affidamento mediato è data proprio dalla maggiore discrezionalità del RUP che può "agire" in un ambito meno formalizzato rispetto all'autentica procedura negoziata disciplinata, appunto, nei provvedimenti emergenziali.

La procedura negoziata difatti costituisce, secondo l'art. 63, co. 6, D.Lgs. n. 50/2016, un meccanismo selettivo ad evidenza pubblica, assimilabile alle procedure ordinarie, quanto meno a partire dalla fase successiva all'individuazione dei *competitors*, ossia in relazione al procedimento di valutazione delle offerte e di selezione del contraente.

Nella sentenza in esame, per l'appunto, si evidenzia come la procedura negoziata rappresenti, a tutti gli effetti, un procedimento selettivo tramite gara (salvo che nei casi in cui sussistano le condizioni per derogarvi, v. ad es., art.63, co.2, lett. b, del Codice), con tutto ciò che ne consegue in termini di struttura del meccanismo selettivo, nell'affidamento diretto la scelta è operata "direttamente" (a monte) dalla stazione appaltante, sia pure nel rispetto dei criteri, quali-quantitativi, di selezione degli operatori economici, previsti dalla legge.

Il TAR in proposito conferma la possibilità (già pacificamente affermata dall'ANAC) di avviare procedure ordinarie infra soglia, "non essendo precluso alla stazione appaltante il potere di procedere, sotto soglia, con il ricorso a procedure comparative, né tanto meno alle procedure ordinarie (come confermato dall'art. 36, co. 9 D.Lgs. n. 50/2016, tuttora vigente e applicabile)". Vale la pena qui richiamare l'altro principio ribadito dalla recente giurisprudenza secondo cui l'affidamento diretto è una procedura informale per la quale il legislatore ha evitato di imporre una precisa sequenza procedimentale, consentendo

alle stazioni appaltanti di adattarne lo svolgimento alle caratteristiche dell'appalto, in base al principio di proporzionalità. In quest'ottica, la richiesta dei preventivi costituisce la garanzia minima del principio di concorrenza imposta dal legislatore, mentre le stazioni appaltanti hanno in ogni caso il potere-dovere di svolgere la procedura in modo da assicurare il rispetto dei principi generali in materia di procedure ad evidenza pubblica, tenendo conto delle specificità dell'affidamento. Le stazioni appaltanti possono in definitiva introdurre forme di garanzia della concorrenza ulteriori rispetto alla mera richiesta di preventivi, senza con ciò vincolarsi all'applicazione integrale della disciplina relativa alle procedure ordinarie e senza incorrere in una violazione del principio di tipicità delle procedure (TAR Veneto, sentenza 27/4/2021 n. 542).

#### **4. Il termine per le offerte nell'affidamento comparativo**

Una delle questioni affrontate dalla sentenza in esame riguarda il termine per la ricezione delle domande o offerte applicabile all'affidamento diretto comparativo. Secondo la società ricorrente, occorrerebbe applicare a tale fattispecie i termini minimi previsti per le procedure "negoziato ristrette" dall'art. 61, co. 6, lett. b) d.lgs. n. 50/2016, il quale fissa, in situazioni di urgenza, un termine di ricezione delle offerte non inferiore a dieci giorni, riducibile alla metà ex art. 36, co. 9 d.lgs. n.50/2016, e senza tralasciare di considerare il principio ricavabile dall'art. 79, co.1 del Codice. Diversa è la tesi della società contro-interessata, secondo cui, trattandosi di affidamento diretto, la fissazione del termine minimo (non prevista dal Codice) rientrerebbe nella piena discrezionalità dell'Amministrazione, in modo, peraltro, da tener conto dell'urgenza di assicurare l'affidamento.

Il TAR dirime la questione, individuando la norma

---

8. S. Usai, La Gazzetta degli Enti Locali 21/12/2021, Nell'affidamento diretto mediato il RUP può scegliere discrezionalmente chi far competere: "Nel caso dell'affidamento diretto l'istruttoria risulta "svincolata" da complicità fin dal momento della scelta di (eventuali) operatori/preventivi/offerte da far competere (da "mediare"). Ogni tentativo di complicarne l'approccio rende l'assegnazione diretta, pur nella sua forma "mediata/temperata", se non impraticabile, molto complessa. Paradossalmente lo manifesta anche la sentenza in parola laddove il tentativo di "mediare" preventivi, pur risultando possibile l'assegnazione diretta, ha determinato complicazioni: pur nell'urgenza si è cercato di mediare più preventivi riducendo drasticamente (secondo il giudice in modo irrituale) i tempi di presentazione dei preventivi/offerte."

di riferimento applicabile anche all'affidamento diretto comparativo nell'art. 79 d.lgs. n. 50/2016, che, al primo comma, afferma il fondamentale principio per cui *"Nel fissare i termini per la ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte, le amministrazioni aggiudicatrici tengono conto in particolare della complessità dell'appalto e del tempo necessario per preparare le offerte, fatti salvi i termini minimi stabiliti negli articoli 60, 61, 62, 64 e 65"*. La disposizione è del resto coerente con quanto previsto dall'art. 47 della Direttiva 2014/24/UE.

A base del proprio ragionamento il TAR ripone le seguenti considerazioni. L'art. 79 non menziona le procedure negoziate. La disciplina dettata dal Codice circa i termini minimi per la presentazione delle offerte per le procedure negoziate è difatti da individuarsi nell'art. 63, che non detta specifiche disposizioni sui termini per la ricezione delle offerte (a differenza di quanto prevedeva l'art. 70 del D.Lgs.n.163/2006, che, al comma 5, per le negoziate senza bando, indicava il termine di venti giorni e, al comma 12, in caso di urgenza improrogabile, non fissava un termine minimo assoluto imponendo comunque, con la clausola "ove possibile", il rispetto dei principi generali in tema di complessità dell'appalto e tempo necessario alla predisposizione delle offerte).

L'assenza di un termine minimo – osserva il TAR – si spiega con la natura eccezionale della negoziata senza bando, ammissibile soltanto nelle ipotesi tassative e utilizzabile in condizioni di unicità del fornitore o di urgenza nell'acquisizione della prestazione, tali da rendere impossibile l'utilizzo delle procedure ordinarie e, dunque, la previsione di termini stringenti, imponibili sempre e comunque. La lacuna, in altri termini, apparrebbe intenzionale. Nondimeno, l'attuale legislazione sotto soglia, avendo generalizzato la facoltà di utilizzo della negoziata senza bando (in tal senso, si veda l'attuale art. 36, co.2 lett. b) a prescindere quindi dal ricorrere di situazioni derogatorie, impone di considerare la possibilità che, nella fissazione del

termine (minimo) di presentazione delle offerte, gli interpreti considerino dei riferimenti aliunde rinvenibili nel Codice, se non quali parametri invalicabili in senso assoluto, almeno in termini di riferimento che, ragionevolmente, dovrebbe essere rispettato e che, in ogni caso, se rispettato preclude in radice qualsivoglia eccezione di illegittimità. Al riguardo, stante l'identità della struttura del procedimento selettivo, quanto meno nella fase a valle dell'individuazione dei competitors, nella procedura negoziata si dovrebbe fare riferimento al termine previsto (per la procedura ristretta) dall'art. 61, co. 6, lett. b), che consente, in caso di urgenza, la riduzione dei termini di ricezione delle offerte fino a dieci giorni<sup>9</sup>.

Con riguardo agli affidamenti sotto soglia, inoltre, occorre ulteriormente considerare la facoltà di dimidiazione prevista dall'art. 36, co. 9 D.Lgs.n.50/2016, confermata e generalizzata, nel regime transitorio che opera fino al 30.6.23, dall'art.8, co.1, lett. c) L.n.120/2020; ne discende che, nella negoziata senza bando sotto soglia, il termine di cinque giorni costituisce, indicativamente, il termine minimo assegnabile agli operatori economici interpellati per la presentazione dell'offerta. D'altra parte, ragionando a contrario, se nelle procedure ristrette (che costituiscono una tipologia di procedura ordinaria, e quindi sempre utilizzabili dalla stazione appaltante), il legislatore ha stabilito un termine di 10 giorni (dimezzabile sotto soglia), allora, giocoforza, se nella negoziata senza bando tale termine viene rispettato, la stazione appaltante si pone, necessariamente, al riparo da qualsivoglia censura. Viceversa, qualora sia assegnato un termine inferiore, si impone, in concreto, la verifica di congruità di detto termine. Resta, infatti, evidente, secondo il TAR, che la procedura negoziata, quando prevede (per ossequio alla legge o per autovincolo della stazione appaltante) l'interpello di più operatori economici, va assoggettata, analogamente a quanto accade per le restanti procedure, ai principi di cui all'art. 79 del Codice, dovendo la stazione appaltante tenere conto della complessità dell'appalto e del

---

9. V. art 61 comma 6: "Quando, per motivi di urgenza debitamente motivati è impossibile rispettare i termini minimi previsti al presente articolo, l'amministrazione aggiudicatrice può fissare: a) per la ricezione delle domande di partecipazione, un termine non inferiore a quindici giorni dalla data di trasmissione del bando di gara; b) un termine di ricezione delle offerte non inferiore a dieci giorni a decorrere dalla data di invio dell'invito a presentare offerte."

termine per la presentazione dell'offerta.

Non trova accoglimento dunque la tesi della contro-interessata, secondo cui l'art. 79 del Codice sarebbe applicabile esclusivamente sopra soglia, non rientrando fra i principi generali del Codice, di cui agli artt. 30, co. 1, 34 e 42.

Ciò premesso, considerato che nel caso di specie non si versa nella fattispecie della procedura negoziata e stanti le esigenze di snellezza e semplificazione caratterizzanti l'affidamento diretto codicistico, fatto salvo il rispetto dei principi generali e della rotazione, il TAR ritiene che il termine minimo per la ricezione delle offerte previsto per le negoziate o per la procedura ristretta non è applicabile, di per sé, all'affidamento diretto, quand'anche delineato nella modalità comparativa.

In caso di affidamento diretto comparativo si impone *"il rispetto del principio generale recato dall'art. 79, co. 1 del Codice, armonico con l'omologa previsione della Direttiva euronitaria, pena la sostanziale vanificazione, in fatto, della effettiva competizione fra gli operatori economici pre-selezionati"*.

Nella vicenda in esame, conclusivamente il TAR ravvisa l'illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione del principio di cui all'art. 79, co.1 del Codice, in quanto la stazione appaltante non avrebbe assicurato alla ricorrente la possibilità di competere effettivamente, fissando termini di ricezione delle offerte palesemente incongrui (54 minuti), sicché l'esigenza di competizione (e di comparazione fra le offerte), affermata in tesi dal Comune allorché ha individuato un secondo operatore, è stata smentita, in modo contraddittorio, nei fatti.

##### **5. Il rispetto dei principi generali di concorrenza**

Il ricorso all'affidamento mediato non esonera la stazione appaltante dal rispetto di alcuni principi generali in materia di affidamento diretto dei

contratti pubblici. L'affidamento diretto non è difatti un modo con cui saltare del tutto qualsiasi garanzia di concorrenza nel mercato e di qualità operative nella scelta del contraente.

In primis è da considerare l'art. 30 del Codice. Al riguardo deve richiamarsi quanto osservato dall'ANAC (deliberazione n. 75/2019) in merito ai principi generali che devono essere comunque rispettati nella fase di consultazione di più operatori economici, anche nel quadro di un affidamento

diretto (nella fattispecie relativo ad un servizio di elisoccorso per un importo "fisso" di 10.000 euro), ove si osserva che la semplificazione della procedura degli affidamenti diretti, allo scopo di consentire alla stazione appaltante di agire in modo più snello e flessibile con aumentati margini di autonomia gestionale, *"... non ha intaccato l'obbligo del rispetto dei principi di cui all'art. 30, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016 stante il chiaro tenore letterale del comma 1 dell'art. 36. Ciò implica che, in caso di consultazione di più operatori*

*economici, i principi di libera concorrenza, non discriminazione e trasparenza impongono alla stazione appaltante di predefinire e rendere noti a tutti i soggetti interessati tramite l'atto iniziale della procedura, oltre alle caratteristiche delle opere, dei beni, dei servizi che si intendono acquistare, l'importo massimo stimato dell'affidamento e i requisiti di partecipazione, anche i criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte. La valutazione delle esperienze professionali, in assenza di criteri motivazionali predefiniti nell'avviso che stabiliscano sotto quali profili l'esperienza sarebbe stata vagliata, non può che essere condotta dalla commissione in modo arbitrario. Ne è dimostrazione il fatto che si è finito per dare rilevanza anche ad un aspetto quale il "numero di personale dedicato" che attiene precipuamente alla struttura organizzativa dell'operatore economico. Nel caso di specie, avendo deciso di non fare concorrere gli operatori sul prezzo (fissato in 10.000,00 euro), la stazione appaltante avrebbe dovuto individuare con chiarezza i criteri qualitativi sulla base dei quali gli operatori economici sarebbero stati chiamati a competere"*.

**«All'affidamento diretto mediato si applica il principio generale di cui all'art. 79, comma 1, in tema di fissazione dei termini di ricezione delle offerte e non si applica il termine minimo previsto per le procedure negoziate o ristrette»**



Come osservato dal Consiglio di Stato (sentenza 23 aprile 2021, n. 3287): *"Ai fini degli affidamenti diretti sotto soglia (anche nella disciplina ordinariamente applicabile recata dal Codice dei contratti), è dunque sufficiente che la stazione appaltante motivi in merito alla scelta dell'affidatario, "dando dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione"* (Linee guida ANAC n. 4, par. 4.3.1)".

**«Il ricorso all'affidamento diretto non esonera la stazione appaltante dal rispetto dei principi generali in materia di trasparenza e obbligo di motivazione»**



Nello stesso senso, onde evitare che la flessibilità rimessa al RUP in questo tipo di affidamento diretto divenga arbitrio, in caso di valutazione comparativa di più preventivi sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, - osserva autorevole dottrina<sup>10</sup> - gli elementi di valutazione dovrebbero essere palesati *ex ante*, nella lettera di invito, e almeno graduati nel rispetto dei principi di proporzionalità e trasparenza, e avuto riguardo alle peculiarità della fattispecie concreta, all'oggetto del contratto, alla natura delle prestazioni, all'importo, al contesto del settore di riferimento e alle caratteristiche degli operatori economici.



10. A. Massari (www.appaltiecontratti.it 15/12/2021), *Nell'affidamento diretto mediato o "comparativo" non si applica di regola un criterio di aggiudicazione in senso tecnico.*

# I costi della manodopera: quantificazione, indicazione in offerta e verifica di congruità alla luce della recente giurisprudenza.

di Alessandra Verde

IL  
PUN  
TO

## 1. Inquadramento generale. Definizioni e finalità

La questione della quantificazione dei costi della manodopera nelle gare d'appalto è stata oggetto negli ultimi anni di grande attenzione da parte della giurisprudenza, nazionale ed europea.

La problematica va inquadrata sotto un duplice profilo: da un lato, la quantificazione dei costi della manodopera stimati dalla stazione appaltante per l'esecuzione dell'appalto, da effettuarsi in fase di progettazione della gara e, dall'altro, la quantificazione e l'indicazione in offerta dei propri costi della manodopera da parte del concorrente.

Questi due differenti momenti in cui i costi della manodopera vengono in rilievo vanno tenuti distinti, in primo luogo, in quanto perseguono finalità differenti e, secondariamente, perché ad essi si ricollegano obblighi e conseguenze parzialmente diversi.

Se si procede in ordine logico-cronologico, il primo momento in cui tali costi vengono in rilievo è, come detto, in fase di progettazione della procedura d'appalto. In questa fase infatti la stazione

appaltante deve quantificare la base d'asta e lo fa in funzione di una serie di fattori, quali l'oggetto dell'appalto, eventuali condizioni di mercato specifiche, i costi dei prodotti da impiegare sulla base di eventuali listini e così via. Tra gli elementi che deve tenere necessariamente in considerazione vi è anche il costo della manodopera che si stima dover essere impiegata nell'appalto che si sta progettando.

L'art. 23, comma 16 del D. Lgs. n. 50/2016 prevede infatti che «nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nel presente comma», il quale, a sua volta, stabilisce che il costo del lavoro sia determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale applicabile al settore di riferimento, se esistente.

La finalità perseguita è dunque chiaramente indicata dalla norma: la stazione appaltante deve

tener conto del costo della manodopera stimato per la giusta ed attendibile costruzione della base d'asta, tale da consentire ai futuri concorrenti di presentare un'offerta che garantisca loro un'equa remunerazione del personale e un giusto utile di impresa. Di tale quantificazione la stazione appaltante deve poi dare evidenza nei documenti di gara, anche nell'ottica di una trasparente ricostruzione dell'iter logico seguito.

Il costo della manodopera stimato in tale fase è un **costo medio**, elaborato su base statistica ed applicabile, in quanto parametro di riferimento, ad un'organizzazione aziendale "tipo" e non ad una concreta e specifica, non potendo la stazione appaltante, come è ovvio in questa fase, immaginare quali modalità organizzative particolari saranno adottate dai futuri concorrenti.

Differente per momento, soggetto e finalità è la seconda quantificazione, ovvero quella compiuta dal concorrente in fase di presentazione dell'offerta, che lo stesso deve individuare con precisione ed indicare separatamente dal prezzo offerto. Questa previsione è contenuta nell'art. 95, comma 10 del Codice, che stabilisce che <<nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a) (...)>>.

In questo secondo caso, l'operatore economico non deve fare riferimento ad un costo medio del lavoro ma ai **propri costi effettivi**, cioè a quello che lui ritiene di dover sostenere in caso di aggiudicazione della commessa, tenuto conto del numero di ore di lavoro da impiegarsi nell'appalto, delle eventuali condizioni di esecuzione migliorative proposte, delle figure professionali che intende impiegare in esso e del loro costo orario, quantificato in base ai profili, all'anzianità, alle assenze medie ecc..

La finalità di tale indicazione che, come vedremo oltre, è obbligatoria, pena l'esclusione del concorrente dalla procedura, va ricercata nella necessità che siano garantite la sostenibilità e la remuneratività dell'offerta, che verrebbero meno laddove il prezzo offerto non fosse sufficientemente capiente a contenere sia i costi della manodopera che gli altri costi necessari (spese generali, consumi, prodotti, ecc.) nonché un seppur minimo margine di utile di impresa. Non solo: l'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta risponde alla fondamentale **necessità di tutelare**

**i lavoratori impiegati nella commessa**, per i quali occorre accertarsi che sia quantomeno garantito il rispetto dei minimi salariali stabiliti dal CCNL, pena il rischio di sfruttamento della manodopera o di ricorso al lavoro nero.

Tale obbligo di indicazione non sussiste per alcuni casi eccezionali, per cui, evidentemente, i costi della manodopera sono trascurabili, quali: gli appalti di forniture senza posa in opera, i servizi di natura intellettuale e gli affidamenti diretti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a) del Codice.

Il costo della manodopera quantificato dal concorrente

può certamente discostarsi da quello stimato dalla Stazione appaltante sulla base dei costi medi tratti dalle tabelle ministeriali, in quanto i reali valori aziendali possono ben risultare inferiori a causa di agevolazioni, sgravi fiscali o contributivi, detrazioni varie, nonché a causa di tassi di assenteismo del personale inferiori alla media. Esso tuttavia non potrà in nessun caso essere inferiore ai minimi salariali stabiliti dai contratti collettivi di riferimento, costituenti un costo per così dire "originario": in tal caso l'esclusione dell'offerta dalla gara sarebbe automatica in quanto trattasi di minimi inderogabili la cui violazione non è in alcun modo giustificabile. A riprova di ciò vi è l'espresso dettato del Codice, che, all'art. 97, comma 6, dispone che <<non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge>>.

**Nelle procedure d'appalto di lavori e servizi, la quantificazione dei costi della manodopera rileva sotto due distinti profili: da un lato, la stazione appaltante fa una stima dei costi medi in fase di progettazione della gara per costruire la base d'asta, dall'altro, il concorrente deve indicare i propri costi di manodopera in offerta, distintamente dal prezzo.**

**2. Le conseguenze dell'omessa quantificazione dei costi della manodopera**

Come detto sopra, l'omessa quantificazione dei costi della manodopera porta a conseguenze differenti a seconda di chi si renda responsabile di tale inadempienza.

Se si tratta dei costi della manodopera che la stazione appaltante ha l'onere di stimare ed indicare nei documenti di gara e non lo fa, la giurisprudenza non è univoca nel ritenere tale omissione sanzionabile con l'annullabilità del bando. A fronte, infatti, di alcune pronunce più rigorose<sup>1</sup> che interpretano la mancata quantificazione di tali costi in fase di progettazione della gara come obbligo cogente per la stazione appaltante tanto che la mancata indicazione degli stessi nella documentazione di gara ne comporta l'illegittimità, ve ne sono altre più recenti<sup>2</sup> per cui <<l'omessa indicazione, in violazione dell'art. 23 del D. Lgs n. 50/2016, dell'analisi dei costi della manodopera, non merita positivo apprezzamento. Al riguardo, infatti, a prescindere dalla natura dell'appalto in oggetto (di forniture, o misto di forniture e servizi), sia sufficiente considerare che la mancata riproduzione dell'obbligo di indicare il costo della manodopera nel bando e nel capitolato della gara non ne determina l'illegittimità, in quanto da tale lacuna non deriva l'inoperatività degli obblighi dichiarativi anzidetti,

nel senso che gli operatori sono comunque tenuti ad indicare i costi della manodopera in sede di offerta>>.

Come a dire che la stazione appaltante ha l'onere, sì, di indicare il costo medio stimato della manodopera, ma tale indicazione è distinta ed indipendente dai costi di manodopera propri del concorrente da indicare in offerta, per i quali esiste un obbligo dichiarativo previsto da norma di carattere imperativo, come vedremo più avanti; l'eventuale omissione della stazione appaltante non inficia la gara in quanto l'obbligo in capo ai concorrenti resta intatto. Peraltro, trattandosi di

una stima media presunta, finalizzata alla costruzione della base d'asta e non a tutelare direttamente i lavoratori del concorrente, quale è invece il fine dell'indicazione dei costi della manodopera in offerta, è pacificamente possibile che i costi indicati dal concorrente in offerta si discostino da quelli stimati dalla Stazione appaltante. Tale ultima considerazione andrebbe proprio a vantaggio della sostenibilità della tesi della non imperatività della norma contenuta nel citato art. 23, comma 16.

Discorso differente va fatto per quanto concerne l'obbligo, posto dall'art. 95, comma 10 in capo al concorrente, di indicare nell'offerta economica - distintamente dal prezzo - i propri costi della manodopera. In merito, posto che il Codice non prevede espressamente

**Le conseguenze della mancata evidenziazione dei costi di manodopera sono differenti a seconda dei casi: la loro omessa indicazione in offerta da parte del concorrente è senza dubbio causa di esclusione dalla gara, fatta salva la possibilità di soccorso istruttorio, a certe limitate condizioni; sulle conseguenze della mancata indicazione degli stessi nella documentazione di gara da parte della stazione appaltante, invece, la giurisprudenza non ha assunto una posizione univoca.**



1. Si veda TAR Campania, Napoli, sez. I, 01.03.2018, n. 1334, secondo cui il contestato mancato inserimento di clausole sociali nella documentazione di gara è da leggersi come assenza, a livello istruttorio, di qualsivoglia verifica dei presupposti per tale inserimento e, segnatamente, di mancata valutazione sulla natura non intellettuale del servizio e sulla prevalenza della manodopera in termini di valore economico ed <<è altresì determinativa della violazione della disposizione di cui all'art. 23, comma 16, ultimo periodo del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50>>, considerato cogente per la stazione appaltante e quindi causa di annullabilità del bando.

2. TAR Puglia, 17.07.2019, n. 1038.

che tale obbligo sia da intendersi a pena di esclusione, la giurisprudenza degli ultimi anni ha oscillato per molto tempo tra le due opposte posizioni: da un lato, la tesi volta a riconoscere un più ampio margine di discrezionalità alla stazione appaltante, per cui, in forza del principio secondo cui *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, a tale norma, in assenza di una espressa previsione in tal senso, non deve essere attribuito carattere di norma imperativa con effetto escludente. Pertanto, in assenza di una specifica previsione di esclusione nei documenti di gara, l'omessa indicazione in offerta dei costi della manodopera non comporterebbe l'esclusione del concorrente<sup>3</sup>.

**La verifica della congruità dei costi della manodopera attiene esclusivamente a quelli indicati dal concorrente in offerta. Si tratta di un controllo obbligatorio, da compiersi sempre prima dell'aggiudicazione e a prescindere dal fatto che l'offerta sottoposta a verifica sia anomala o meno.**



Dall'alto lato vi è la tesi, poi divenuta predominante in forza della sentenza in tal senso prima della Corte di Giustizia europea<sup>4</sup>, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto europeo di tale previsione di legge, e poi del

Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria<sup>5</sup>, secondo cui la mancata indicazione separata dei costi della manodopera comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, **anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto.** Ciò in quanto **il carattere imperativo e di etero integrazione della norma appare sufficientemente chiaro dal suo dettato letterale.** Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, la necessaria applicazione dei principi di trasparenza e di proporzionalità

comporta che si debba offrire la possibilità ai concorrenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dal Codice entro un termine stabilito, mediante il sub-procedimento del soccorso istruttorio<sup>6</sup>.



3. In tal senso, TAR Emilia Romagna, sez. II, 01.03.2018, n. 193, Cons. Stato, sez. III, 02.03.2020, n. 1484.

4. Sentenza del 02.05.2019, causa C-309-18 che ha sancito che: <<I principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella 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, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice>>.

5. Cons. Stato, Adunanza plenaria, sentenza n. 8 del 02.04.2020.

6. Da ultimo, in tal senso anche Cons. Stato, 11.05.2021, n. 3699, che ha precisato che se il sistema telematico di e-procurement non dà la possibilità di inserire i costi della manodopera distinti dal prezzo, questa condizione renderebbe potenzialmente applicabile il soccorso istruttorio. Nel caso concreto esaminato dal Supremo Collegio, tuttavia, la stazione appaltante aveva apprestato un modello di offerta economica che conteneva un apposito spazio per la distinta indicazione dei costi della manodopera. Da ciò è disceso il diniego dell'ammissibilità del soccorso istruttorio.

### 3. La verifica di congruità dei costi della manodopera

La questione della verifica della congruità dei costi della manodopera attiene esclusivamente a quelli indicati dal concorrente in offerta e trova fondamento nella previsione di cui all'art. 95, comma 10 del Codice, secondo cui <<le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)>>.

Sulla natura di tale verifica occorre innanzitutto precisare che essa va tenuta distinta dalla verifica da compiere in caso di anomalia delle offerte. Infatti, questo tipo di controllo va fatto in ogni caso, a prescindere quindi dal fatto che l'offerta sia considerata anomala o meno, e costituisce una verifica propedeutica e necessaria all'aggiudicazione. Essa riguarda solo ed esclusivamente i costi della manodopera, per i quali soltanto vi è la specifica previsione in legge, e non anche, come ha avuto modo di ribadire anche recente giurisprudenza<sup>7</sup>, gli

oneri di sicurezza aziendali, sebbene questi vadano spesso di pari passo con i costi di manodopera nelle varie disposizioni codicistiche.

Il senso dell'obbligatorietà di tale verifica va ricercato nella finalità della stessa necessaria indicazione in offerta di tali costi, ovvero la tutela dei lavoratori dipendenti impiegati nella commessa, ai quali deve essere garantita un'equa retribuzione.

La distinzione tra la verifica - obbligatoria - di congruità dei costi di manodopera e la verifica - eventuale - di congruità di un'offerta anomala è stata

ben chiarita dalla giurisprudenza. Sia il Consiglio di Stato che i giudici di merito<sup>8</sup> hanno in più occasioni chiarito che <<l'obbligo di controllo di cui all'art. 95, comma 10 citato non deve essere confuso con l'eventuale verifica di anomalia dell'offerta di cui all'art. 97, essendo il primo controllo obbligatorio in ogni caso, anche in mancanza di una vera e propria verifica di anomalia>> e che si tratta <<di una verifica necessaria a prescindere dall'emersione di situazioni di anomalia dell'offerta (...)>>.

**La verifica di congruità dei costi della manodopera ha ad oggetto il rispetto dei minimi salariali inderogabili stabiliti dai contratti collettivi a livello nazionale per il settore di riferimento. Tali valori minimi saranno quindi il parametro di riferimento insuperabile e potranno anche essere inferiori al costo medio del lavoro determinato dalle tabelle ministeriali, che rappresenta solo una stima indicativa.**

La demarcazione fra verifica della manodopera, obbligatoria in ogni procedura di appalto, e verifica di anomalia, è piuttosto netta, anche se la verifica dei costi di manodopera può ragionevolmente confluire in quella di anomalia, qualora, per obbligo di legge (cd. anomalia tecnica, ex art. 97, co.3 in caso di utilizzo del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa), o per scelta discrezionale della stazione appaltante (rif. art. 97, co.6, secondo periodo), la stazione appaltante attivi il relativo subprocedimento>>.

La verifica di congruità dei costi della manodopera deve essenzialmente controllare che siano rispettati i minimi salariali inderogabili stabiliti dai contratti collettivi maggiormente rappresentativi a livello nazionale per il settore di riferimento.

Ciò comporta che il parametro di riferimento insuperabile non sarà il costo medio determinato dalle tabelle ministeriali e preso in considerazione dalla stazione appaltante in sede di quantificazione del costo della manodopera stimato durante la progettazione della gara ma le tabelle dei minimi salariali.

7. Cons. Stato, sez. V, 13.03.2020, n. 1818; TAR Campania, sez. I, 28.09.2021, n. 6071.

8. Tar Lombardia, Milano, 1.6.2020, n.978; TAR Lombardia, Milano, sez. I, n. 1067/2019; TAR Campania, Salerno, sez. II, n. 1994/2020; Cons. Stato, 30.9.2020, n.5735; TAR Lombardia, sez. IV, n. 2634 22.12.2020.

Sarà quindi ben possibile che il costo specifico indicato dal concorrente – discendente da specifiche condizioni organizzative dello stesso, dalla possibilità di accedere in concreto a sgravi, detrazioni, ecc. - si discosti dalla quantificazione effettuata dalla stazione appaltante, la quale ha carattere indicativo.

In tal senso si è pronunciata anche recente giurisprudenza<sup>9</sup>, che, in linea con quanto già espresso da un consolidato orientamento<sup>10</sup>, ha ribadito che <<occorre infatti distinguere il concetto di “minimi salariali”, indicati nelle apposite tabelle ministeriali (cd. trattamento retributivo minimo), da quello di “costo orario medio del lavoro” risultante dalle tabelle ministeriali.

Soltanto per il primo, in caso di sua violazione, vale la sanzione dell’esclusione dell’offerta stabilita dall’art. 97, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, in quanto l’offerta che non rispetti i suddetti minimi salariali è considerata *ex lege* anormalmente bassa. E la diversità dei due concetti si coglie nel fatto che quello di trattamento retributivo minimo ha carattere “originario”, in quanto viene desunto direttamente dal pertinente contratto collettivo nazionale e non abbisogna, per la sua enucleazione, di alcuna operazione di carattere statistico-elaborativo, mentre il concetto di “costo medio orario del lavoro” è il frutto dell’attività di elaborazione del Ministero, che lo desume dall’analisi e dall’aggregazione di dati molteplici e inerenti a molteplici istituti contrattuali>>.

**La giurisprudenza ha chiarito che, ai fini della verifica di congruità, occorre prendere in considerazione il contratto vigente al momento in cui la si effettua; ciò in quanto sarà comunque quel contratto, e non il precedente eventualmente preso in considerazione in sede di quantificazione dei costi di manodopera, a dover essere applicato nella fase di esecuzione dell'appalto.**



Le tabelle ministeriali, frutto di una elaborazione statistica, esprimono un costo del lavoro medio che non rappresenta un limite inderogabile per gli operatori economici partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici <<ma solo un parametro di valutazione della congruità dell’offerta, con la conseguenza che lo scostamento da esse, specie se di lieve entità, non legittima di per sé un giudizio di anomalia>>.

Recente giurisprudenza ha anche chiarito che la verifica di congruità debba sempre e comunque concludersi con un provvedimento “esplicito”<sup>11</sup>: <<quanto, poi, alla configurabilità di

un provvedimento “implicito” di valutazione del costo della manodopera, preme ricordare che l’amministrazione deve – di regola – adottare provvedimenti espressi di conclusione del procedimento (cfr. l’art. 2 comma 1 della legge n. 241/1990) e che un provvedimento amministrativo implicito si configura soltanto allorché l’amministrazione «ne determina univocamente i contenuti sostanziali attraverso un comportamento conseguente ovvero determinandosi in una direzione, a cui non può essere ricondotto altro volere che quello equivalente al contenuto del provvedimento formale» (...); fermo restando che (...) un’attività amministrativa “implicita” non appare pienamente compatibile con la citata previsione della legge n. 241/1990 ed in genere con i principi della medesima, sicché le ipotesi di provvedimenti impliciti devono reputarsi residuali e circoscritte>>.



9. Da ultimo, TAR Piemonte, sez. I, 23.11.2020, n. 754.

10. Consiglio di Stato, sez. V, 06.02.2017, n. 501; altresì, sez. III, 13.03.2018, n. 1609; sez. III, 21.07.2017 n. 3623; 25.11.2016, n. 4989; Cons. Stato, Sez. III, 21.09.2018, n. 5492; T.A.R. Venezia, (Veneto) sez. I, 04.12.2018, n. 1115), T.A.R. Calabria-Catanzaro, sez. I, 12.09.2020, n. 1448.

11. Si veda la già citata TAR Lombardia n. 2634/2020, nella quale il Giudice di merito confuta la pretesa dell’amministrazione resistente a vedersi riconosciuta come legittima la propria condotta omissiva di qualunque verifica sulla congruità dei costi della manodopera, sostenendo che potesse essere interpretata come un provvedimento “implicito” di valutazione della congruità.

#### 4. Gli ultimi arresti giurisprudenziali sul perimetro della verifica di congruità dei costi della manodopera

In merito alle modalità di svolgimento della verifica di congruità dei costi della manodopera e, in particolare, al perimetro entro il quale tale verifica debba essere svolta, appare interessante richiamare alcune recenti pronunce dei Giudici di merito.

In primo luogo, la giurisprudenza ha avuto modo di affrontare il problema dell'individuazione del contratto collettivo da applicare per la verifica di congruità nel caso di rinnovo contrattuale *in itinere*. Appurato che, per espressa previsione di legge<sup>12</sup>, i salari di riferimento sono quelli fissati dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi e che, in mancanza di contratto collettivo applicabile, occorrerà riferirsi al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione, nel caso in cui vi sia stato un rinnovo contrattuale in fase di svolgimento della gara, la giurisprudenza ha chiarito che si debba prendere in considerazione il contratto vigente al momento in cui si effettua la verifica di congruità.

Tale scelta è motivata dal fatto che sarà comunque quel contratto, e non il precedente eventualmente preso in esame in sede di quantificazione dei costi di manodopera, a dover essere applicato nella fase di esecuzione dell'appalto<sup>13</sup>. Secondo la giurisprudenza, infatti, per la quantificazione del costo del lavoro deve essere preso a riferimento

il CCNL in vigore al momento della presentazione dell'offerta<sup>14</sup>. Il Supremo Collegio<sup>15</sup>, in particolare, ha evidenziato che <<le tabelle introdotte dal sopravvenuto contratto collettivo (...) potevano essere considerate nel sub-procedimento di valutazione dell'offerta per stimarne l'affidabilità. Bene strano sarebbe stato il contrario, (...) in ragione del fatto che è il nuovo contratto collettivo a trovare applicazione in sede di esecuzione del contratto>>.

Un altro aspetto esaminato di recente in sede giurisprudenziale è quello della tipologia di lavoratori da contemplare nella quantificazione del costo della manodopera da sottoporre a verifica di congruità.

Degne di nota sono infatti alcune recenti pronunce che hanno indagato proprio in merito al tipo di lavoratore che deve o meno essere preso in considerazione quando si verifica la sostenibilità del costo della manodopera indicato in offerta dal concorrente.

La prima, del TAR Veneto<sup>16</sup>, ha affrontato il caso di un aggiudicatario, il quale, in sede di presentazione dell'offerta economica, ha quantificato il costo del solo personale dipendente e non anche

quello relativo al personale impiegato dalla ditta subappaltatrice. Il Giudice di merito ha in questo caso accolto il ricorso della seconda classificata sostenendo che l'obbligo di indicazione separata dei costi della manodopera debba intendersi come riferito anche ai costi legati al personale impiegato dall'eventuale azienda subappaltatrice <<poiché una diversa soluzione finirebbe con il consentire **un'agevole elusione della norma**

**Recente giurisprudenza ha stabilito che, nei costi della manodopera indicati dal concorrente in offerta, vadano necessariamente computati anche i costi relativi al personale dipendente del subappaltatore. Al contrario, in tale quantificazione non devono rientrare gli eventuali costi relativi a lavoratori autonomi da impiegare nella commessa.**

12. Art. 23, comma 16, D. Lgs. n. 50/2016.

13. In tal senso, TAR Piemonte n. 754/2020.

14. Cons. Stato, sez. III, 22.11.2018, n. 6611; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 24.04.2019, n. 930 che fa riferimento alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte.

15. Cons. Stato, 24.03.2020, n. 2056.

16. TAR Veneto, Venezia, sez. II, 13.10.2021, n. 1216.

in considerazione, e della *ratio* di tutela che la ispira>>. In senso conforme, del resto, precedente giurisprudenza<sup>17</sup> che ha, sul punto, osservato che <<in quanto finalizzata a consentire la verifica del rispetto dei minimi salariali la previsione dell'art. 95, comma 10, non può che essere estesa a tutti i costi che l'offerente, direttamente o indirettamente, sostiene per adempiere alle obbligazioni contrattualmente assunte. La norma, invero, si presterebbe a facili elusioni, se si consentisse di scorporare dal costo totale della manodopera il costo sostenuto dai subappaltatori>> e ancora che <<il concorrente che intenda avvalersi del subappalto ha l'onere di rendere puntualmente edotta l'amministrazione dell'effettivo costo del personale fornitogli dal subappaltatore, al fine di consentirle un effettivo controllo della sostenibilità economica dell'offerta>>.

In altri termini, posto che la *ratio* della norma in esame è quella di tutelare i lavoratori dipendenti impiegati nell'appalto, che, per la loro condizione, si trovano in una **posizione di debolezza** rispetto al proprio datore di lavoro, tale discorso vale sia che essi siano dipendenti dell'appaltatore sia che siano alle dipendenze del subappaltatore coinvolto in quello stesso appalto.

Proprio alla luce di tale esigenza di tutela del lavoratore dipendente inteso come soggetto "debole", recentissima giurisprudenza è approdata a conclusioni opposte in caso di lavoratori autonomi coinvolti nell'appalto.

Infatti, Il TAR Puglia<sup>18</sup> prima e, subito dopo, il TAR Sicilia<sup>19</sup> si sono pronunciati su due controversie in cui il contestato costo della manodopera indicato dal primo classificato non contemplava il costo dei lavoratori autonomi che si era previsto partecipassero all'esecuzione della commessa.

In entrambi i casi i Giudici di merito sono giunti a concludere che il costo dei lavoratori autonomi non vada preso in considerazione nella quantificazione dei costi di manodopera del concorrente.

Si legge infatti nella sentenza dei giudici pugliesi: <<la restrizione del campo di applicazione dell'art. 95, comma 10 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e ss.mm. al solo lavoro subordinato ex art. 2094 c.c. si spiega, peraltro, alla luce della "ratio" della disciplina in parola, che è quella di assicurare non solo la serietà ed affidabilità dell'offerta (che è messa in discussione dall'indicazione di costi anomali) **ma anche la tutela della posizione del prestatore di lavoro che, nell'ipotesi di subordinazione, è di debolezza economica e giuridica**. Analoghe esigenze **non si pongono, al contrario, per il lavoro autonomo, il quale si caratterizza ex art. 2222 c.c. per l'assenza di un vincolo di subordinazione**" e che, per tale ragione, è storicamente rimasto estraneo al fitto reticolo di leggi speciali in materia lavoristica, rimanendo assoggettato alla sola disciplina codicistica>>. D'altro canto, prosegue il TAR, <<è appena il caso di ribadire che la scelta dell'operatore economico di impiegare, nell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento, anche lavoratori autonomi in luogo di lavoratori subordinati, costituendo espressione della libertà di iniziativa economica ex art. 41 Costituzione riconosciuta a ciascun imprenditore nella definizione del proprio modello produttivo, non è, in assenza di specifici divieti di legge o di macroscopiche incongruenze, suscettibile di essere sindacata dalla Stazione Appaltante e dal Giudice Amministrativo>>.

Seppure il ragionamento svolto dal Giudice di merito appaia sul punto coerente con il dettato normativo letterale e con la finalità perseguita dal legislatore, resta da chiedersi se tale conclusione non presti il fianco a possibili disparità di trattamento laddove i lavoratori autonomi impiegati nella commessa non siano professionisti liberi e realmente svincolati dalle direttive dell'appaltatore ma siano invece lavoratori c.d. parasubordinati, in concreto assoggettati in tutto e per tutto alle decisioni e all'organizzazione dell'appaltatore e che finiscano per rivestire quel ruolo di parte debole nel rapporto di lavoro al pari dei lavoratori dipendenti, non godendo tuttavia delle tutele a questi ultimi riservate perché aventi un inquadramento formalmente differente.

17. TAR Lombardia, Milano, 06.11.2018 n. 2515; Cons. St., Sez. V, 08.03.2018, n. 1500; Tar Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 07.10.2020, n. 348.

18. TAR Puglia, Lecce, sez. III, 02.11.2021, n. 1584.

19. TAR Sicilia, Palermo, 13.12.2021, n. 3457.

# La comprova della futura disponibilità dei requisiti di esecuzione ex art. 100 del codice dei contratti in fase di esecuzione del contratto. Note a margine della sentenza TAR Lazio Roma, sez. II-bis, 28 dicembre 2021 n. 13569

di Giuseppe Totino e Francesca Romeo

IL  
PUN  
TO

## Premessa

Distinguere, tra le varie condizioni alle quali i concorrenti si impegnano ad eseguire le loro prestazioni, alcune qualificabili come "requisiti di esecuzione" (da tener distinte dai "requisiti di partecipazione") non è agevole, ove solo si tenga conto del fatto che si tratta, in ogni caso, di elementi caratterizzanti l'offerta rivolta alla stazione appaltante, integrandone il contenuto.

La riprova è che normalmente tali condizioni (o requisiti, che dir si voglia) sono oggetto di valutazione da parte della commissione giudicatrice ai fini dell'attribuzione del punteggio e logica impone che tutto quanto consenta di incrementare il punteggio attribuito all'offerta tecnica, costituisca esso stesso elemento dell'offerta.

La circostanza che si dovesse passare dal giudizio discrezionale di una commissione non garantiva la certezza del possesso di tale requisito, la cui assenza, al più, sarebbe stata solo non apprezzata favorevolmente sul piano dell'offerta tecnica.

Ci si è chiesti, quindi, se si potesse imporre ai concorrenti una determinata modalità esecutiva,

uno specifico metodo ovvero una peculiare attività esecutiva senza che la stessa venisse attratta dalla disciplina stringente dei requisiti di partecipazione e al contempo sottraendola al vaglio discrezionale della commissione.

La soluzione è stata fornita in via pretoria, conioando il c.d. requisito di esecuzione, solo successivamente positivizzata in seno all'articolo 100 del Codice dei Contratti pubblici.

La giurisprudenza amministrativa fa da tempo ricorso a tale concetto – di "requisiti di esecuzione" – per designare mezzi (strumenti, beni, attrezzature) necessari all'esecuzione della prestazione promessa alla stazione appaltante, con la precisazione che la disponibilità degli stessi è richiesta al concorrente, non al momento di presentazione dell'offerta – ciò che varrebbe a distinguerli dai "requisiti di partecipazione" – , ma al momento dell'esecuzione o, per meglio dire, della stipulazione del contratto, che non sarebbe possibile ove se ne constati la mancanza, per cui potrebbero essere definiti come "condizione" per la stipulazione del contratto d'appalto (per citare le più

**La disponibilità dei requisiti di esecuzione è richiesta al concorrente, non al momento di presentazione dell'offerta – ciò che varrebbe a distinguerli dai "requisiti di partecipazione" – , ma al momento dell'esecuzione o, per meglio dire, della stipulazione del contratto**

recenti: Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2020, n. 5734; V, 30 settembre 2020, n. 5740; V, 12 febbraio 2020, n. 1071).

La giurisprudenza ha nel tempo avuto modo di sottolineare come sia indispensabile che il concorrente, che ne sia sprovvisto, dia comunque prova di poterne acquisire la disponibilità in fase di esecuzione del contratto (o, meglio, della sua stipulazione).

Muovendo da questo assunto, il presente contributo mira ad emarginare l'arresto emesso dal TAR Lazio Roma, sez. II-bis, 28 dicembre 2021 n. 13569, onde meglio sviscerare le concrete modalità operative atte a comprovare il possesso di tale peculiare requisito, come strumento di tutela della *par condicio*.

### 1. La vicenda processuale

La pronuncia in rassegna trae origine da un ricorso per l'annullamento della determina dirigenziale di un comune con la quale si affidava in concessione il servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e di reintegra delle matrici ambientali compromesse.

Il ricorrente censurava la violazione degli artt. 80 comma 5 e 95 comma 1 del Codice dei Contratti in relazione al criterio A2 della lettera d'invito che attribuiva al massimo 10 punti per *"il numero delle strutture operative sul territorio, con particolare riferimento alla distanza media dai luoghi d'intervento"* per il quale la controinteressata si era vista assegnare ben 9,66 punti.

Precisamente, il ricorrente secondo classificato eccepiva che l'aggiudicatario avesse illegittimamente ottenuto un punteggio molto elevato, atteso che nella propria offerta aveva esclusivamente dichiarato di disporre di "n. 4 di strutture operative S.O.R." (Stazioni Radio Operative) e di una sola unità "di I livello e di 3 di II livello", omettendo di indicare informazioni fondamentali quali la ragione sociale, l'ubicazione e i suoi rapporti giuridici con tali strutture.

Ad avviso della ricorrente, l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso a monte dalla partecipazione alla gara non avendo dimostrato di essere in possesso delle strutture anzidette e già attive sul territorio, né di accordi già in essere con terzi operatori del settore. E seppur il possesso delle strutture fosse stato qualificato come requisito di esecuzione del contratto ex art. 100 del Codice dei Contratti e non di partecipazione, l'offerta

in questione non avrebbe dovuto ottenere alcun punteggio, non avendo la stessa fornito indicazioni relative alla localizzazione delle S.O.R. né agli operatori chiamati a svolgere il servizio.

Il ricorrente nell'atto introduttivo del ricorso evidenziava che in ragione di tali carenze l'offerta tecnica dell'aggiudicatario, che non conteneva neppure la *"mera promessa di acquisire in futuro la disponibilità di dette strutture sul territorio"*, non consentiva il calcolo del parametro della *"distanza media dai luoghi di intervento"* e, pertanto, era da ritenere inaffidabile, a differenza di quella della ricorrente che conteneva una precisa elencazione delle sedi e delle dotazioni di mezzi e risorse.

Alla luce di tali censure, il TAR ha accolto il ricorso principale, valutando l'offerta tecnica dell'aggiudicatario, non verificabile e non attendibile. Pertanto, la valutazione della Commissione giudicatrice sull'offerta tecnica dell'aggiudicatario risultava palesemente illogica e irragionevole.

Sulla base del ragionamento, di cui si dirà meglio *infra*, il TAR adito ha espresso il seguente principio di diritto: *"Quand'anche si giunga a qualificare un dato elemento dell'offerta come "requisito di esecuzione", è indispensabile che il concorrente, che ne sia sprovvisto, dia comunque prova di poterne acquisire la disponibilità in fase di esecuzione del contratto (o, meglio, della sua stipulazione). Solo a questa condizione, d'altronde, l'offerta può stimarsi realmente seria ed attendibile; potendo, altrimenti, ciascun operatore dichiarare al rialzo sugli altri la disponibilità di mezzi e strumenti (sia pur, per così dire, esecutivi), accaparrandosi in questo modo un più alto punteggio, salvo poi non esserne realmente in grado di impiegarli, con grave pregiudizio all'efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, ove la stazione appaltante si vedesse costretta alla revoca dell'aggiudicazione"*.

### 2. I requisiti di esecuzione. Il quadro normativo

La sentenza in commento verte non tanto sulla qualificazione del possesso delle strutture operative (S.O.R.) come requisito di esecuzione ex art. 100 del Codice dei Contratti, ormai pacifico approdo della recente giurisprudenza amministrativa, quanto sulla necessità di comprovare concretamente il

futuro possesso del requisito di esecuzione del contratto al fine di presentare un'offerta seria, affidabile e meritevole di un punteggio adeguato.

Come noto, la distinzione tra "requisiti di esecuzione" del contratto e "requisiti di partecipazione" alla gara è sancita all'art. 100 del Codice dei contratti che ha recepito la normativa eurounitaria, segnatamente, l'art. 70 della direttiva 2014/24 e l'art. 87 della direttiva 2014/25 che autorizzano le stazioni appaltanti a richiedere agli operatori concorrenti, in aggiunta al possesso dei "requisiti" e delle "capacità" oggetto di valutazione selettiva di cui all'art. 83, ulteriori "requisiti particolari". Tali requisiti devono, tuttavia, soddisfare le seguenti condizioni:

- a) che siano rispettosi degli ordinari canoni di "parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione" che ispirano le procedure evidenziali, nella logica della garanzia di compatibilità "con il diritto europeo";
- b) che siano individuati ed indicati con precisione, come tali (cioè, come distinti dai requisiti speciali di partecipazione) nel corpo della *lex specialis* di procedura. Ovvero, che siano precisate" nel bando, nell'invito o, in alternativa, nel "capitolato d'oneri";
- c) che gli operatori economici si impegnino, già in sede di formalizzazione dell'offerta e con espressa dichiarazione di accettazione, a garantirne il possesso "nell'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari<sup>1</sup>.

Dunque, i requisiti di esecuzione sono rappresentati da quei mezzi, strumenti e attrezzature essenziali per la corretta e integrale esecuzione della prestazione promessa alla stazione appaltante, con la precisazione che la disponibilità degli stessi è richiesta al concorrente non al momento

della presentazione dell'offerta – ciò varrebbe a distinguerli dai requisiti di partecipazione – ma al momento della esecuzione o meglio della stipulazione del contratto, che non sarebbe possibile ove se ne constati la mancanza, per cui potrebbero essere definiti come "condizioni" per la stipulazione del contratto d'appalto<sup>2</sup>.

Ciò giustifica la previsione dei citati requisiti nell'ambito dell'art. 100, collocato fra le disposizioni relative all'esecuzione del contratto e separato dai requisiti speciali ex artt. 83 e 84, quali requisiti di partecipazione.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, purché collegate all'oggetto dell'appalto e indicate nell'avviso di indizione di una gara o nei documenti di gara. Dette condizioni non sono afferenti all'operatore economico e alle sue caratteristiche soggettive ma alla prestazione oggettivamente considerata, che l'Amministrazione considera essenziali per il raggiungimento dei previsti livelli prestazionali e possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione.

**Le amministrazioni  
aggiudicatrici  
possono esigere  
condizioni particolari  
in merito all'esecuzione  
dell'appalto, purché  
collegate all'oggetto  
dell'appalto e indicate  
nell'avviso di indizione  
di una gara o nei  
documenti di gara**

La giurisprudenza ha inserito nell'alveo delle condizioni di esecuzione del contratto ex art. 100 la clausola sociale, il possesso della sede operativa e di centri di cottura, mentre all'esito di un ampio dibattito l'iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali<sup>3</sup> e l'attestazione SOA sono stati piuttosto qualificati come requisiti di partecipazione perché attinenti alle caratteristiche soggettive del concorrente<sup>4</sup>.

L'ANAC, con comunicato n. 484 del 2020, ha specificato che i requisiti di esecuzione di cui

---

1. Cons. Stato, Sez. V, 25 marzo 2021, n.2523  
 2. Cons. Stato, Sez. V, 30 settembre 2020 n. 5734  
 3. Anac, Delibera n. 1173 del 15 novembre 2017.  
 4. Cons. Stato, Sez. V, 19 aprile 2017, n. 1825. Così, come Anac, Comunicato del 29 agosto 2017.

all'art. 100 del Codice dei contratti si sostanziano in *"impegni che gli operatori economici assumono con riferimento alle modalità di esecuzione del contratto oggetto dell'affidamento - la cui eventuale inosservanza si riverbera, tra le parti, nell'ambito del rapporto contrattuale - e non consistono nella dimostrazione dell'esperienza acquisita in forza di pregressi contratti ai fini della selezione dei partecipanti"*.

Tali condizioni non sono, dunque, atte a selezionare i concorrenti al momento della partecipazione ma a imprimere all'esecuzione il giusto indirizzo creando le premesse per un adempimento corretto sotto il profilo delle esigenze e degli obiettivi della stazione appaltante. Tali requisiti, che sono espressione dell'ampia discrezionalità di cui gode la stazione appaltante, impongono astrattamente ai concorrenti e (concretamente) all'aggiudicatario determinate precondizioni di esecuzione devono essere puntualmente indicate e inequivocabilmente definite nella documentazione di gara, in modo da consentire all'operatore economico concorrente di valutare anche l'opportunità di partecipare alla gara. Infatti, l'acquisizione di talune di queste condizioni, imposte dagli atti di gara, per la corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali può esigere investimenti e adempimenti più o meno onerosi che potrebbero anche scoraggiare la partecipazione alla procedura.

### 3. Il dibattito giurisprudenziale

Chiarita la natura e la funzione dei requisiti ex art. 100 del Codice dei contratti, occorre evidenziare che la questione che ha più interessato la giurisprudenza nel dibattito è quella relativa

all'individuazione del momento in cui il concorrente debba dimostrare e in che misura debba provare la titolarità di dette condizioni di esecuzione del contratto.

Sul punto, secondo un indirizzo<sup>5</sup> più sensibile a favorire la massima partecipazione alla gara, la prova del requisito necessario al corretto adempimento del contratto deve avvenire in fase di esecuzione del contratto e non prima, non potendo la stazione appaltante esigere tale condizione da parte di tutti i concorrenti ma solo dall'aggiudicatario definitivo.

Il requisito è legittimamente esigibile solo all'atto di stipula perché è in quel momento che si attualizza per l'Amministrazione l'interesse a che il contraente abbia a disposizione una struttura o uno strumento per assicurare il servizio.

In caso contrario, si avallerebbe un'impostazione ingiustificatamente restrittiva della concorrenza e irragionevole perché si imporrebbe a tutti i concorrenti di procurarsi anticipatamente, e comunque prima dell'aggiudicazione definitiva il requisito.

Nel caso relativo all'affidamento del servizio di ristorazione, sottoposto all'esame del citato orientamento, la disponibilità di un centro di cottura già in fase di partecipazione avrebbe costretto gli operatori economici partecipanti alla procedura di

gara a reperire – con evidente onere economico e organizzativo che poi potrebbe risultare ultroneo per chi non risulta aggiudicatario – immobili idonei alla preparazione di pasti per servizi di ristorazione collettiva, sostenendo i connessi investimenti in vista di una sola possibile e non certa acquisizione della commessa.

**Pertanto, per tale indirizzo, nell'ottica della libera concorrenza e favor participationis, la dimostrazione della futura disponibilità di mezzi e risorse strumentali all'espletamento del servizio direttamente in fase di esecuzione del contratto è da preferire, in quanto l'operatore economico deve poter organizzare i propri mezzi, strumenti o immobili all'esito della procedura in caso di aggiudicazione, senza esser obbligato a sostenere anticipatamente l'onere del reperimento degli stessi**



5. Tar Napoli, sez. V, 12 febbraio 2019, n. 776

Pertanto, per tale indirizzo, nell'ottica della libera concorrenza e *favor participationis*, la dimostrazione della futura disponibilità di mezzi e risorse strumentali all'espletamento del servizio direttamente in fase di esecuzione del contratto è da preferire, in quanto l'operatore economico deve poter organizzare i propri mezzi, strumenti o immobili all'esito della procedura in caso di aggiudicazione, senza esser obbligato a sostenere anticipatamente l'onere del reperimento degli stessi.<sup>6</sup>

Sempre in tale ottica pro concorrenziale, il Consiglio di Stato ha ritenuto legittima e sufficiente l'offerta che prevede il semplice impegno ad entrare in possesso delle medesime attrezzature in caso di esito favorevole della procedura di gara anche quando trattasi di requisito di valutazione dell'offerta tecnica ai fini di incrementarne il punteggio.

Del resto – ha chiarito il Consiglio di Stato – configurare il possesso di specifiche dotazioni quale requisito di partecipazione alla gara potrebbe comportare un eccessivo restringimento della platea dei soggetti ammessi a partecipare alla procedura, in aperta violazione del principio del *favor participationis*.

Il Consiglio di Stato, in tale occasione, ha quindi avallato la legittimità di una disciplina di gara che – ferma restando la possibilità di presentare un'offerta in cui vengano individuati specifici macchinari già posseduti dal partecipante – consenta altresì di predisporre un'offerta tecnica (e di ottenere il relativo punteggio) in cui il concorrente si limiti ad un impegno ad acquisire i medesimi macchinari in caso di esito favorevole della procedura<sup>7</sup>.

Il necessario possesso del requisito di esecuzione anche in fase di presentazione dell'offerta potrebbe costituire un aggravio di spesa nonché un onere organizzativo che potrebbero risultare ultronei per chi non risulta aggiudicatario<sup>8</sup>.

L'orientamento avallato dal TAR qui in commento si pone in una prospettiva diametralmente opposta,

volta a privilegiare l'efficienza, l'economicità e la speditezza dell'azione amministrativa.

Esso afferma che il concorrente cui è richiesto dalla *lex specialis* un particolare mezzo, strumento o risorsa per l'adempimento delle prestazioni contrattuali è tenuto, per ragioni anche di economia procedimentale, a dimostrare il possesso dello stesso già in fase di presentazione dell'offerta o, in mancanza, a dimostrare concretamente di poterne acquisire la disponibilità in sede di stipula del contratto.

La stazione appaltante è tenuta a verificare la conformità dell'offerta del concorrente prima della stipula del contratto, sebbene l'art. 81 del Codice dei contratti preveda solo la necessità di comprova della documentazione finalizzata all'ammissione alla procedura. Prima della stipula, la Stazione appaltante deve verificare non solo la documentazione richiesta ai fini della partecipazione ma anche l'offerta tecnica presentata dal concorrente. La dotazione di una specifica tecnica va appurata prima dell'esecuzione del contratto perché la sua carenza non consentirebbe l'adempimento delle prestazioni contrattuali.

Come ha evidenziato il Tar Lazio, Sez. II bis, 19 luglio 2021 n. 8194, *"la mancanza in capo alla ricorrente di un requisito indispensabile per lo svolgimento del servizio [...] ha comportato la decadenza dalla aggiudicazione, perché la ricorrente priva del requisito prescritto per l'effettuazione di alcune attività, previste dal bando come parte integrante dell'appalto non avrebbe potuto assicurare un'esatta esecuzione del contratto"*.

Invero, i requisiti di esecuzione sono considerati condizioni per l'esecuzione del contratto, che i concorrenti devono accettare già in fase di partecipazione in vista dell'aggiudicazione e possedere al fine di assicurare gli standard prestazionali richiesti dal contratto. Gli strumenti, i beni le attrezzature di cui l'aggiudicatario deve avere disponibilità per assicurare lo standard realizzativo del contratto caratterizzano e integrano



6. Consiglio di Stato, V, 18 dicembre 2017, n. 5929

7. Consiglio di Stato, Sez. V, 25 marzo 2020, n. 2090

8. Tar Napoli, sez. V, 12 febbraio 2019, n. 776

l'offerta, quindi oggetto di valutazione da parte della Commissione aggiudicatrice della Stazione Appaltante.

Quindi, l'eventuale indisponibilità di mezzi, strumenti e attrezzature necessari per l'esatta e integrale esecuzione del contratto non è quindi causa di esclusione dalla procedura ma va a incidere sull'attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica e sulla formazione della graduatoria fra i concorrenti.

Inoltre, qualora l'aggiudicatario si limitasse a dichiarare il possesso del requisito non posseduto in fase di ammissione e in sede di esecuzione del contratto finisse per esserne privo, la Stazione appaltante dovrebbe procedere alla revoca dell'aggiudicazione in carenza del predetto requisito non essendo possibile l'esecuzione del contratto.

Pertanto, la mera dichiarazione di tenore generico e non circostanziato non suffragata da un'idonea prova di una futura disponibilità dei mezzi non risulta sufficiente a rendere l'offerta valida e affidabile. L'offerta deve essere corredata da idonea documentazione che dimostri che l'operatore economico sarà in grado di procurarsi gli strumenti e le risorse al momento della stipula del contratto. Per far ciò, il concorrente dovrà avvalersi di come contratti preliminari che dimostrano l'intenzione di acquistare immobili ove svolgere il servizio, o altri contratti di compravendita delle risorse necessarie per l'espletamento del contratto di appalto o che, comunque, abbiano ad oggetto un'obbligazione futura, pur non essendo non necessariamente richiesta l'attuale titolarità dei beni.

E sebbene la natura di tale impegno debba essere variamente modulabile dalla stazione appaltante quanto alla serietà e alla modalità della sua assunzione, nonché alle condizioni e ai termini di adempimento dell'obbligazione futura, esso non può sostanziarsi in una generica dichiarazione di impegno a procurarsi il requisito di esecuzione perché "sarebbe sottratta alla ordinaria fase di valutazione dell'offerta la verifica di un elemento essenziale della stessa con ingiustificata compressione della par condicio dei concorrenti".

L'offerta che non assicuri la disponibilità di mezzi necessari all'espletamento delle prestazioni negoziali comunque non è da ritenersi idonea

alla soddisfazione delle esigenze della stazione appaltante.

La comprova del futuro possesso del requisito di esecuzione ex art. 100 del codice dei contratti già in fase di formalizzazione dell'offerta, propugnata dal recente orientamento qui in commento, risponde a una duplice esigenza.

Da un lato, assicura un'esecuzione delle prestazioni seria e rispondente alle esigenze della Stazione appaltante, dall'altro, è volta garantire l'efficacia, la speditezza e l'economicità dell'azione amministrativa, scongiurando il rischio di una revoca dell'aggiudicazione e conseguente riedizione della procedura.

#### 4. Conclusioni

Le superiori considerazioni conducono ad evidenziare un duplice approccio.

Un primo che consente la soddisfazione del requisito di esecuzione attraverso una dichiarazione di impegno all'ottenimento del possesso dello stesso entro la stipula del contratto, un secondo maggiormente rigoroso che imporrebbe ai concorrenti di fornire sin da subito la dimostrazione della possibilità di poter possedere quel requisito esecutivo, attraverso la produzione in gara di documenti di natura contrattuale, seppur di rango preliminare.

Sono evidenti le ripercussioni operative che derivano dall'adozione dell'approccio propugnato dal Collegio romano, a mente della sentenza in commento.

La circostanza di dover sin da subito dover dimostrare la possibilità di poter entrare in possesso dei requisiti del requisito qualificato ex articolo 100 del Codice dei Contratti, impone un ulteriore aggravio ai concorrenti che si trovano costretti a dover attivarsi - sin dalle prime fasi di gara - con soggetti terzi, onde addivenire alla stipula di naturale contrattuale, seppur di rango preliminare, al fine di poter comprovare l'eventuale possesso delle condizioni di esecuzioni previste dalla lex specialis, ove non ne fossero già in possesso in proprio.

Tale soluzione, ad un occhio attento, potrebbe risultare un onere eccessivo, soprattutto ove la Stazione appaltante non abbia associato al

possesso di tale requisito di esecuzione alcun punteggio premiale.

Se da un lato, a bene vedere, un maggior rigore nel dimostrare la possibilità di entrare in possesso di un dato requisito esecutivo, potrebbe essere motivato dalla necessità di dare un concreto appoggio al punteggio premiale eventualmente collegato al suo possesso, meno, a parere di chi scrive, appare ragionevole un onere di questo genere, allorché il requisito di esecuzione sia richiesto tout court, come presupposto per eseguire in una data maniera la prestazione dedotta in contratto, senza che sia lasciato la vaglia discrezionale della commissione giudicare il peso della sua assenza.

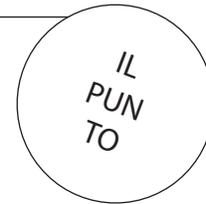
Si tratta di soppesare due ipotesi bene diverse. La prima, impingendo nel merito della offerta tecnica

e della sua valutazione, non può che condurre ad un maggior rigore, venendo in rilievo la necessità di garantire parità di trattamento tra concorrenti in fase di valutazione delle proprie offerte tecniche, la seconda ipotesi, non toccando fasi propriamente di gara, non alterando il sindacato discrezionale della commissione giudicatrice, non pare giustificare una anticipazione della dimostrazione del possesso dei requisiti di esecuzione, i quali ben possono essere valutati dalla stazione appaltante prima della stipula del contratto, la cui omissione condurrebbe all'applicazione dei rimedi in autotutela propria della fase autoritativa.

Dovrà pertanto essere onere della Stazione Appaltante individuare le diverse ipotesi, allo scopo di calibrare al meglio gli oneri di prova che gravano sui concorrenti.

# Via libera dell'Adunanza Plenaria alla possibilità di modifica in riduzione in corso di gara del RTI in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice in capo a uno dei componenti

di Adriana Presti



## Premessa

Con l'ordinanza 18 ottobre 2021 n. 6959, la V Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria i seguenti quesiti:

- "se sia possibile interpretare l'art. 48, commi 17, 18 e 19 - ter d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nel senso che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 da parte del mandatario o di una delle mandanti è consentita non solo in fase di esecuzione, ma anche in fase di gara";

- in caso di risposta positiva al primo quesito, "precisare la modalità procedimentale con la quale detta modifica possa avvenire, se, cioè, la stazione appaltante sia tenuta, anche in questo caso, ed anche qualora

abbia già negato la autorizzazione al recesso che sia stata richiesta dal raggruppamento per restare in gara avendo ritenuto intervenuta la perdita di un requisito professionale, ad interpellare il raggruppamento, assegnando congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere la propria partecipazione alla gara".

Con la sentenza n. 2 del 25 gennaio 2022, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 va interpretato nel senso che la modifica soggettiva del RTI

in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 da parte del mandatario o di una delle mandanti è consentita anche in fase di gara.

**La modifica soggettiva del RTI, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice da parte del mandatario o di una delle mandanti è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in corso di gara**

### 1. La questione alla base della rimessione all'Adunanza Plenaria

La scelta di anticipare la conclusione a cui è giunta l'Adunanza Plenaria è legata all'importanza di ripercorrere la *querelle* sottesa alla controversia da cui è scaturita l'affermazione di un principio per nulla scontato nell'interpretazione giurisprudenziale che nel corso del tempo è stata offerta in ordine all'articolo 48 commi 17, 18 e 19-ter del Codice e più in generale, anche nel vigore del precedente d.lgs. 163/2006, dell'inscalfibile - almeno fino all'A.P. 2/2022 - dogma dell'immodificabilità in riduzione del RTI in caso di mancanza di un requisito di moralità alla partecipazione alla gara, allorché la stessa sopraggiunga in corso di gara.

Si pensi al caso, ad esempio, della intervenuta risoluzione di un precedente contratto con la S.A. banditrice di una nuova procedura di gara o di sentenza di condanna non definitiva (o misura cautelare) sopraggiunta in corso di gara (o nel caso limite a scadenza e conseguente proroga delle offerte) nei confronti di uno dei soggetti apicali di un componente di un RTI ovvero ancora dell'intervenuta annotazione sul casellario ANAC a carico del mandatario o di una delle mandanti.

Si tratta, infatti, di circostanze che, prima d'ora, comportavano l'esclusione *tout court* del RTI, senza la possibilità per i componenti "incolpevoli" di quest'ultimo di estromettere dal raggruppamento il partner commerciale colpito da una sopravvenuta incapacità di proseguire la procedura di gara, costituendo ciò una non consentita elusione delle disposizioni che regolano l'affidamento dei contratti pubblici. Con tutte le inevitabili conseguenze e contenziosi che a valle ne scaturivano.

Da ciò la crucialità della questione che ruota sull'interpretazione dei commi 18 e 19 ter dell'art. 48 del Codice, ovvero sulla possibilità di modificare la composizione soggettiva del RTI partecipante, in corso di gara, ove sia sopraggiunta la perdita, da parte di un mandante, di alcuno dei requisiti morali e professionali di cui all'art. 80 del Codice. Essendo invece pacificamente consentita la modifica soggettiva del raggruppamento anche in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 in fase di esecuzione, quand'ormai la stazione appaltante ha ben poche possibilità di vagliare l'affidabilità del raggruppamento per come riorganizzatosi al venir meno di un suo

componente, con ogni possibile incertezza sulla residua capacità di esecuzione, e non in fase di gara quando è ancora in tempo ad effettuare ogni verifica sui rimanenti componenti.

Il caso da cui scaturisce la rimessione all'Adunanza Plenaria in parola rappresenta, infatti, un caso assai ricorrente e per così dire "tipico": nell'ambito di una procedura per l'affidamento dei lavori di ampliamento di un tratto autostradale, a seguito delle verifiche di rito in capo al RTI aggiudicatario, la S.A. ne disponeva l'esclusione in ragione della presenza, in capo ad una mandante, delle cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) e c-ter) del Codice, in virtù di plurimi provvedimenti di esclusione e revoca dell'aggiudicazione adottati dalla medesima S.A. in precedenza e in altre gare.

L'esclusione, in specie, occasionava dall'insussistenza dei presupposti per accogliere la richiesta di modifica soggettiva del costituendo RTI ai sensi dell'art 48, commi 19 del Codice, in quanto, interpretata, come finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito della gara. Difatti il RTI in prima battuta aveva inteso rimodulare la propria composizione a norma dell'art. 48, comma 19, del Codice per il quale: "*E' ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. In ogni caso la modifica soggettiva di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara*".

Ma, nel provvedimento di esclusione, la stazione appaltante aveva negato la sua autorizzazione alla modifica soggettiva del raggruppamento per recesso di una delle mandanti proprio perché ritenuta finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione, non essendo emerse (e neppure allegate) le ragioni organizzative che l'avrebbero resa necessaria ed essendo, invece, strettamente ravvicinata (e, dunque, presumibilmente consequenziale) ai provvedimenti di risoluzione di precedenti contratti di appalto e di revoca di precedenti aggiudicazioni adottati nei confronti di un componente del RTI. Era dunque il recesso della mandante che il RTI intendeva *in primis* far valere quale causa di modificazione

soggettiva in riduzione della compagine, e solo quando la stazione appaltante, negando la sua autorizzazione, aveva impedito che l'effetto modificativo dovuto al recesso si producesse, aveva assunto rilievo la (diversa) vicenda modificativa costituita dalla perdita di un requisito di partecipazione ex art. 80, comma 5, del Codice.

Sicché negata l'autorizzazione al recesso, però, la stazione appaltante aveva contestualmente disposto l'esclusione del RTI dalla procedura senza che questi potesse esprimere un suo diverso intendimento sulle modalità e la formazione con la quale intendeva permanere in gara.

Avverso tale provvedimento il RTI escluso proponeva impugnativa dinanzi al TAR Firenze, il quale con sentenza breve n. 217 del 10 febbraio 2021 accoglieva il ricorso statuendo che sulla base di una corretta interpretazione dei commi 18 e 19 ter dell'art. 48 del Codice, la rimodulazione della composizione del RTI ricorrente avrebbe dovuto essere consentita dalla Stazione Appaltante previa apertura di un dialogo procedimentale, non essendo stata data la possibilità alle imprese raggruppate di evitare l'esclusione con la rimodulazione prevista dai commi 18 e 19 ter del Codice. E ciò in quanto:

- a) il comma 19 *ter* dell'art. 48 del Codice stabilisce espressamente che le previsioni contenute nei precedenti commi 17, 18 e 19 – che ammettono le modifiche soggettive dei concorrenti in caso di sopravvenienze nella fase di esecuzione del contratto, tra cui rientra anche la perdita dei requisiti di cui all'art. 80 – trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara;
- b) la **ratio** della novella legislativa che ha introdotto il comma 19 – *ter*) all'interno dell'art. 48 del Codice era quella di derogare al principio di immodificabilità alla composizione del raggruppamento per evitare che un intero raggruppamento subisse la sanzione dell'esclusione dalla gara a causa di eventi sopraggiunti comportanti la perdita dei requisiti di ordine generale da parte di un componente e, così, **garantire la partecipazione degli operatori "sani"** costituiti in raggruppamento, salvaguardando al contempo l'interesse pubblico della stazione appaltante a non perdere offerte utili;
- c) al fine di stabilire se la rimodulazione soggettiva del RTI ha (o meno) finalità elusive della

mancanza di un requisito di partecipazione alla gara, si deve necessariamente distinguere fra "mancanza" originaria e "perdita" sopravvenuta di un requisito già sussistente alla data della domanda di partecipazione; essendo chiaro che non si configura tale ipotesi nei casi di sopravvenuta carenza dei detti requisiti;

- d) tutte le vicende sopravvenute previste dai commi 17 e 18, per le quali è consentita la modifica soggettiva del raggruppamento in fase di gara, sono altrettanti casi di perdita di requisiti di ordine generale, tutti ugualmente richiesti dall'art. 80 per la partecipazione e, pertanto, sarebbe contrario ai principi di ragionevolezza, uguaglianza, proporzionalità e logicità prevedere conseguenze diverse (l'esclusione dalla gara a fronte della permanenza in gara) a seconda che l'impresa raggruppata sia interessata da una procedura fallimentare o raggiunta da una interdittiva antimafia ovvero sia interessata, ad esempio, dalla sopravvenienza di un DURC negativo o di un accertamento sull'avvenuta commissione di un grave illecito professionale, senza che sia possibile, per dar giustificazione, distinguere tra una maggiore imputabilità soggettiva di un evento rispetto ad un altro, visto che in materia di appalti le cause di esclusione assumono rilievo a livello oggettivo a prescindere dall'atteggiamento psicologico del concorrente;
- e) è di più facile applicazione a livello pratico, per consentire la continuazione della procedura con il medesimo raggruppamento, sia pure in diversa composizione.

La pronuncia del TAR è stata impugnata dal concorrente controinteressato, divenuto nel frattempo aggiudicatario della gara in esame a seguito dell'esclusione del RTI escluso.

## 2. Il contrasto interpretativo e le ragioni della remissione

Con l'ordinanza 18 ottobre 2021 n. 6959, la V Sezione del Consiglio di Stato ha evidenziato l'esistenza di un contrasto di interpretazione tra sentenze pronunciate dal Consiglio di Stato.

Difatti, con la sentenza della Sez. V, 28 gennaio 2021, n. 833, si era affermato che, a seguito dell'introduzione del comma 19 – *ter*) all'interno dell'articolo 48, è consentita la sostituzione del

mandante in fase di gara per le vicende sopravvenute previste dal comma 18 con esclusione, però, della perdita dei requisiti di cui all'art. 80 del Codice che, per il medesimo comma 18, è prevista quale causa di sostituzione della mandante nella sola fase di esecuzione; tale conclusione viene argomentata proprio in considerazione della scelta del legislatore che, in uno all'introduzione del comma 19 - ter), modificava i commi 17 e 18 specificando che la perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 consentiva, sì, la modificazione del raggruppamento ma sempre che fosse avvenuta "in corso di esecuzione" e, dunque, in quanto "sarebbe [...] del tutto illogico che l'estensione "alla fase di gara" di cui al comma 19 ter, introdotto dallo stesso 'decreto correttivo' vada a neutralizzare la specifica e coeva modifica del comma 18".

Di contro, la Terza Sezione, con la sentenza 2 aprile 2020, n. 2245, aveva ritenuto che il comma 19 - ter dell'art. 48 estendesse espressamente la modifica soggettiva a tutte le vicende richiamate dai commi 17 e 18 (oltre che dal comma 19) - ivi compresa la perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 del Codice - anche alla fase di gara, poiché limitarne la portata, in ragione della locuzione "in corso di esecuzione" inserita nei predetti commi, sarebbe in contraddizione palese con il contenuto innovativo del nuovo comma, in modo da privarlo di significato.

A ciò va aggiunto, che l'Adunanza Plenaria, con sentenza 27 maggio 2021, n. 10, investita della questione della sostituibilità in corso di gara dell'impresa mandataria fallita o comunque assoggettata ad altra procedura concorsuale con un'altra impresa, esterna all'originario raggruppamento di imprese (c.d. sostituzione per addizione), ha affermato (al par. 23.3.) che "nella sola fase di esecuzione, peraltro, il legislatore, dopo la riforma apportata dall'art. 32, comma 1, lett. h, del d.lgs. n. 56 del 2017, ha previsto che anche il venir meno di uno dei requisiti di partecipazione, di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, **in capo ad uno dei componenti - non essendo tale ipotesi applicabile alla fase di gara [...]** - possa giustificare la modifica soggettiva, ma sempre e solo interna al raggruppamento perché, diversamente, la fase dell'esecuzione presterebbe il fianco ex post all'aggiramento delle regole della trasparenza e della concorrenza, che presiedono alla fase della scelta del contraente, con l'inserzione

postuma di soggetti esterni che nemmeno hanno preso parte alla gara e si troverebbero ad essere contraenti della pubblica amministrazione".

Senonché la terza Sezione con la sentenza 11 agosto 2021, n. 5852 ha da ultimo rimeditato il proprio orientamento alla luce delle indicazioni interpretative fornite dall'Adunanza plenaria, facendo propri gli argomenti già spesi da questa Sezione nelle pronunce citate dalla stessa Adunanza plenaria per escludere la modificazione in senso riduttivo del raggruppamento in corso di gara in conseguenza della perdita dei requisiti di cui all'art. 80 del Codice.

Tanto precisato, con l'Ordinanza di rimessione è stato osservato che:

- nella sentenza n. 10/2021 dell'Adunanza Plenaria, la modificabilità del raggruppamento per la perdita di requisiti di cui all'art. 80 del Codice in capo alla mandataria o ad una delle mandanti in fase di gara è detta non ammissibile solo incidentalmente;
- l'interpretazione delle disposizioni rilevanti è sicuramente connotata da alto livello di problematicità in quanto il dato letterale non pare decisivo: l'inciso "in corso di esecuzione" riferito al caso di perdita dei requisiti di partecipazione, potrebbe essere stato avvertito dal legislatore come precisazione necessaria per evitare il possibile dubbio interpretativo che il richiamo ai "requisiti di cui all'art. 80" vale a dire a quei requisiti - e a quell'articolo del codice - la cui verifica si compie in fase procedurale avrebbe potuto far sorgere dubbi circa l'effettivo ambito applicativo della disposizione";
- risponde a logica l'argomento per il quale se il legislatore, introducendo il comma 19 - ter all'interno dell'art. 48, del Codice avesse voluto far eccezione alla deroga e ripristinare il principio di immodificabilità del raggruppamento in caso di perdita dei requisiti generali di cui all'art. 80 del Codice in fase di gara, la via maestra sarebbe stata quella di operare la distinzione all'interno dello stesso comma 19 - ter, senza dar vita ad un arzigogolo interpretativo; rinviando alle "modifiche soggettive" contemplate dai commi 17, 18 e 19, invero, la norma pianamente dice suscettibili di portare alla modifica del raggruppamento in fase di gara tutte le sopravvenienze ivi previste, compresa la perdita dei requisiti generali".

### 3. Il ragionamento dell'Adunanza Plenaria

Il "punto di diritto" rimesso all'esame dell'Adunanza Plenaria ha comportato per la stessa:

- i) sia di fornire, in funzione nomofilattica, l'interpretazione dei commi 17, 18 e 19-ter dell'art. 48, se, cioè, come si è detto, la modificazione in riduzione del raggruppamento ivi contemplata sia possibile anche in fase di gara;
- ii) sia di chiarire se il diniego di autorizzazione al recesso di cui al comma 19 influisca (anche eventualmente in senso impeditivo) sulla applicabilità della modificazione prevista dai commi 17 e 18.

L'Adunanza Plenaria, come si è anticipato, ha, quindi anzitutto affermato che la modifica soggettiva del RTI, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del medesimo Codice. Con la conseguenza che, laddove si verifici la predetta ipotesi di perdita dei requisiti, la stazione appaltante, in ossequio al principio di partecipazione procedimentale, è tenuta ad interpellare il raggruppamento e, laddove questo intenda effettuare una riorganizzazione del proprio assetto, onde poter riprendere la partecipazione alla gara, provveda ad assegnare un congruo termine per la predetta riorganizzazione.

Il Supremo Consesso ha poi chiarito che il diniego di autorizzazione al recesso di cui al comma 19 non impedisce la riduzione della compagine associativa prevista dai commi 17 e 18 dell'articolo 48 del Codice.

Il tutto in ossequio ad un'articolata e convincente ricostruzione del quadro giuridico di riferimento, sintetizzabile come segue:

- l'art. 48, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 prevede, in via generale, il divieto di modificazione della composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti "rispetto a

quella risultante dall'impegno in sede di offerta", fatto salvo quanto disposto ai successivi commi 17 e 18, che costituisce ipotesi di "eccezione" al predetto principio generale;

- l'Adunanza Plenaria, con sentenza 27 maggio 2021 n. 10, ha affermato i seguenti principi di diritto: "a) l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione meramente interna del mandatario o del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese con un altro soggetto del raggruppamento stesso in possesso dei requisiti, nella fase di gara, e solo nelle ipotesi di fallimento, liquidazione coatta

**La modifica soggettiva del RTI, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara**

amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione o, qualora si tratti di imprenditore individuale, di morte, interdizione, inabilitazione o anche liquidazione giudiziale o, più in generale, per esigenze riorganizzative dello stesso raggruppamento temporaneo di imprese, a meno che – per questa ultima ipotesi e in coerenza con quanto prevede, parallelamente, il comma 19 per il recesso di una o più imprese raggruppate – queste esigenze non siano finalizzate ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara; b) l'evento che conduce alla sostituzione meramente interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità procedimentalizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara o la prosecuzione del rapporto contrattuale";

- i commi 17, 18 e 19-ter dell'art. 48 del Codice sono stati interpretati nel senso di consentire, ricorrendone i presupposti, esclusivamente la modificazione "in diminuzione" del RTI e non anche quella cd. "per addizione", che si verificherebbe con l'introduzione nella compagine di un soggetto ad essa esterno;

- è chiaro che la modifica sostituiva c.d. per addizione costituisce ex se una deroga non consentita al principio della concorrenza perché ammette ad eseguire la prestazione un soggetto che non ha preso parte alla gara secondo regole di correttezza e trasparenza, in violazione di quanto prevede attualmente l'art. 106, comma 1, lett. d), n. 2, del d. lgs. n. 50 del 2016, più in generale, per la sostituzione dell'iniziale aggiudicatario";
- una ulteriore eccezione al principio generale di immutabilità della composizione del raggruppamento, benché non richiamata dal comma 9 dell'art. 48, è introdotta dal comma 19, che prevede il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire, non essendo in ogni caso la modifica soggettiva ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara;
- da un lato **il comma 9 dell'art. 48 introduce un principio generale di "immutabilità" della composizione del raggruppamento;** dall'altro lato, **i commi 17, 18 e 19, quali norme di eccezione alla norma generale,** introducono una pluralità di esclusioni a tale principio, tali per la verità (stante il loro numero) da renderne sempre meno concreta l'applicazione;
- l'ampiezza dell'ambito applicativo delle eccezioni si dimostra, a maggior ragione, alla luce di quanto previsto dal comma 19-ter dell'art. 48, in base al quale "le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verifichino in fase di gara";
- le norme di eccezione di cui ai commi 17 e 18 disciplinano fattispecie diverse da quella di cui al comma 19. Ed infatti mentre le ipotesi disciplinate dal comma 17 (con riferimento al

**La possibilità che la stazione appaltante non ammetta il recesso di cui al comma 19 di una o più delle imprese raggruppate non esplica alcun effetto sulle diverse ipotesi di eccezione, relative alle vicende soggettive del mandatario o di uno dei mandanti, disciplinate dai citati commi 17 e 18 dell'art. 48 del Codice.**



mandatario) e dal comma 18 (con riferimento ad uno dei mandanti) attengono a vicende soggettive, puntualmente indicate, del mandatario o di un mandante, conseguenti ad eventi sopravvenuti rispetto al momento di presentazione dell'offerta; nell'ipotesi, invece, di cui al comma 19 attiene ad una modificazione della composizione del raggruppamento derivante da una autonoma manifestazione di volontà di recedere dal raggruppamento stesso, da parte di una o più delle imprese raggruppate, senza che si sia verificato nessuno dei casi contemplati dai commi 17 e 18, ma solo come espressione di un diverso e contrario volere rispetto a quello di partecipare, in precedenza manifestato. **Ed il recesso in**

**tanto è ammesso,** non tanto in base ad una più generale valutazione dei motivi che lo determinano, **ma in quanto le imprese rimanenti "abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire" e sempre che la modifica soggettiva derivante dal recesso non sia "finalizzata ad eludere un requisito di partecipazione alla gara".** Si tratta, dunque, nel caso disciplinato dal comma 19, di eccezione al principio generale di immutabilità della composizione del raggruppamento del tutto

diversa da quelle di cui ai commi 17 e 18, di modo che la possibilità che la stazione appaltante non ammetta il recesso di una o più delle imprese raggruppate non esplica alcun effetto sulle diverse ipotesi di eccezione, relative alle vicende soggettive del mandatario o di uno dei mandanti, disciplinate dai citati commi 17 e 18 dell'art. 48.

L'Adunanza Plenaria ha quindi ritenuto di superare l'antinomia riscontrata nelle citate disposizioni attraverso il ricorso ad altre considerazioni, riconducibili ai principi di interpretazione secondo ragionevolezza ovvero secondo Costituzione (o costituzionalmente orientata), cui peraltro lo stesso criterio di ragionevolezza (riferibile all'art. 3 Cost.) si riporta.

A tali fini, ha quindi osservato come una interpretazione che escluda la sopravvenienza della perdita dei requisiti ex art. 80 in fase di gara, per un verso introdurrebbe una disparità di trattamento tra varie ipotesi di sopravvenienze non ragionevolmente supportata; per altro verso, perverrebbe ad un risultato irragionevole nella comparazione in concreto tra le diverse ipotesi, poiché sarebbe consentita la modificazione del raggruppamento in casi che ben possono essere considerate più gravi – secondo criteri di disvalore ancorati a valori costituzionali che l'ordinamento deve tutelare, come certamente quella inerente a casi previsti dalla normativa antimafia - rispetto a quelli relative alla perdita di requisiti di cui all'art. 80.

Inoltre, **si verificherebbe un caso di concreta incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione** da parte di imprese in sé "incolpevoli", riguardando il fatto impeditivo sopravvenuto una sola di esse, così finendo **per costituire una fattispecie di "responsabilità oggettiva"**, ovvero una inedita, discutibile (e sicuramente non voluta) speciale fattispecie di *culpa in eligendo*.

Nel caso in esame, quindi, l'antinomia trova soluzione inquadrando il caso concreto e le norme antinomiche ad esso applicabili nel più generale contesto dei principi costituzionali ed eurounitari, fornendo una interpretazione che renda applicabile una sola di esse in quanto coerente con detti principi, e che consente una regolazione del caso concreto con essi compatibile.

Di conseguenza, se uno dei principi fondamentali in tema di disciplina dei contratti con la pubblica amministrazione - tale da giustificare la previsione stessa del RTI - è quello di consentire la più ampia partecipazione delle imprese, in condizione di parità, ai procedimenti di scelta del contraente (e dunque favorirne la potenzialità di accedere al contratto, al contempo tutelando l'interesse pubblico ad una maggiore ampiezza di scelta conseguente alla pluralità di offerte), una interpretazione restrittiva della sopravvenuta perdita dei requisiti ex art. 80, a maggior ragione perché non sorretta da alcuna giustificazione non solo ragionevole, ma nemmeno percepibile, finisce per porsi in contrasto sia con il principio di eguaglianza, sia con il principio di libertà economica e di par condicio delle imprese nei confronti delle pubbliche amministrazioni

(come concretamente declinati anche dall'art. 1 della l. n. 241/1990 e dall'art. 4 del codice dei contratti pubblici).

#### 4. Conclusioni

Il problema interpretativo dei commi 17, 18 e 19-ter dell'art. 48 del Codice dei contratti è stato ingenerato da una evidente antinomia normativa frutto di una tecnica legislativa non particolarmente sorvegliata.

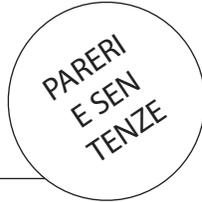
In attuazione del "principio di coerenza" dell'ordinamento giuridico, che impone il superamento delle antinomie, rimettendo all'interprete, chiamato ad individuare ed applicare la regola di diritto al caso concreto, di verificare le possibilità offerte dall'interpretazione, senza necessariamente (e prima di) evocare l'intervento del giudice delle leggi, il Supremo consesso ha condivisibilmente interpretato le norme nel senso di ritenere che il divieto di modifica per la perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 in sede di gara non trova alcuna valida spiegazione, non potendo la stessa ravvisarsi nella necessità di evitare che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto del quale non abbia potuto verificare i requisiti, generali o speciali di partecipazione in quanto, una volta escluso dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 10 del 2021 la c.d. sostituzione per addizione, tale evenienza non potrà giammai verificarsi quale che sia la vicenda sopravvenuta per la quale sia venuto meno uno dei componenti del raggruppamento, né la tutela della par condicio dei partecipanti alla procedura di gara, che è violata solo se all'uno è consentito quel che all'altro è negato.

Del resto se il vietare la modifica soggettiva al raggruppamento del quale uno dei componenti sia incorso in perdita dei requisiti di partecipazione in fase di gara, ma che sia comunque capace di eseguire il contratto in affidamento, **non apporta alcun vantaggio alla stazione appaltante**, per la quale, rispettata quest'ultima condizione, quale che sia il numero dei componenti il raggruppamento, resta comprovata l'affidabilità dell'operatore, **innegabile è, invece, il vantaggio per le imprese raggruppate di poter evitare di subire ingiustamente gli effetti negativi di altrui condotte che non hanno in alcun modo potuto evitare.**

Finalmente consacrata la possibilità di modificare (in diminuzione) il raggruppamento temporaneo di imprese, anche nel caso di perdita sopravvenuta dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice in corso di gara, il tema sul quale si sposterà il fulcro dibattito non potrà che essere circoscritto al "se" ed al "quando" la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara possa dirsi originaria ovvero sopravvenuta, non essendo improbabile che si faccia rientrare dalla finestra ciò che si sperava definitivamente espulso dalla porta dell'Adunanza Plenaria.

In caso di intervenuta condanna con sentenza non definitiva in corso di gara, il difetto del requisito di moralità, in capo ad un soggetto apicale di cui al comma 3 dell'art. 80, dovrà dirsi originario, essendo, ad es., stata la condotta presumibilmente consumata in epoca antecedente la partecipazione alla gara o potrà dirsi sopravvenuto? E così la intervenuta risoluzione per inadempimento di una commessa analoga o avvenuta per mano della medesima S.A. sarà considerata causa sopravvenuta in corso di gara o essendo l'inadempimento consumatosi antecedentemente alla partecipazione sarà considerata coeva alla stessa?

# Pareri & Sentenze



## Consiglio di Stato, Sez. V, 25/1/2022, n. 506

*Avvalimento - In caso di dichiarazioni non veritiere dell'impresa ausiliaria, "l'automatismo espulsivo deve essere disatteso in tutte le ipotesi in cui la falsità non fosse conoscibile dal concorrente, secondo il criterio di responsabilità richiesto agli operatori economici ed il ragionevole grado di diligenza professionale, dovendo, in tal caso, essere garantita la sostituzione dell'ausiliaria"*

"... la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con sentenza del 3 giugno 2021, resa nella causa C-210/20, abbia statuito 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 [nella specie: 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" e che "[...] ancor prima di esigere da un offerente la sostituzione di un soggetto sulle cui capacità intende fare affidamento, a motivo del fatto che quest'ultimo si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 57, paragrafi 1 e 4, della direttiva 2014/24, l'articolo 63 di tale direttiva presuppone che l'amministrazione aggiudicatrice dia a tale offerente e/o a tale soggetto la possibilità di presentarle le misure correttive che esso ha eventualmente adottato al fine di rimediare all'irregolarità constatata e, di conseguenza, di dimostrare che esso può essere nuovamente considerato un soggetto affidabile [...] e solo in subordine, e se il soggetto al quale è opposta una causa di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafi 1 e 4, della direttiva 2014/24 non ha adottato alcuna misura correttiva, o se quelle che esso ha adottato sono ritenute insufficienti [...] dall'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima può, o, se il suo diritto nazionale la obbliga, deve imporre all'offerente di procedere alla sostituzione di detto soggetto".

Per tal via, la Corte ha dichiarato la contrarietà al diritto eurounitario del meccanismo espulsivo, per contrasto con il principio di proporzionalità, enunciato all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, sulla decisiva considerazione che non necessariamente e non sempre l'operatore economico ausiliato sia a conoscenza delle irregolarità contestate all'ausiliaria. ... In applicazione della richiamata decisione, Cons. Stato, sez. III, 2 dicembre 2021, n. 1043 ha, da ultimo, disapplicato l'art. 89 comma 1 d.lgs. n. 50/2016, nella parte riferita alle dichiarazioni mendaci dell'impresa ausiliaria e all'automatico effetto espulsivo che ne deriva, non trovando la disposizione "margini di possibile componimento con i principi prevalenti del diritto comunitario": di tal che, in base alle consequenziali coordinate ermeneutiche, l'automatismo espulsivo deve essere disatteso in tutte le ipotesi in cui la falsità non fosse conoscibile dal concorrente, secondo il criterio di responsabilità richiesto agli operatori economici ed il ragionevole grado di diligenza professionale, dovendo, in tal caso, essere garantita la sostituzione dell'ausiliaria..."

**Consiglio di Stato, Sez. V, 20/1/2022, n. 365**

*"Iscrizione nel sistema AVCPass e l'indicazione del PassOE non sono richieste a pena di esclusione da alcuna norma di legge"*

"... La giurisprudenza di questa Sezione è ormai costante nel rilevare che l'iscrizione nel sistema AVCPass e l'indicazione del PassOE non sono richieste a pena di esclusione da alcuna norma di legge (l'art. 216 comma 13 del d.lgs. 50/2016 si limita a stabilire che le stazioni appaltanti e gli operatori economici utilizzano la banca dati AVC Pass istituita presso l'Anac), e che non è consentito alla stazione appaltante imporre il possesso all'operatore economico partecipante alla gara a pena di esclusione, e ciò sia tenuto conto della natura di tale atto, sia del principio generale di tassatività delle cause di esclusione. Il PassOE non costituisce infatti un "pre-requisito" dell'operatore economico, secondo il modello erroneamente considerato dal primo giudice sulla base di una giurisprudenza che non può trovare conferma, bensì rappresenta solo uno strumento di controllo del possesso dei requisiti auto-dichiarati dai concorrenti, che, in mancanza dell'esplicita previsione normativa della sua essenzialità, non si configura, sotto il profilo operativo e funzionale, come elemento essenziale incidente sulla par condicio dei concorrenti (Cons. Stato, V, 30 dicembre 2020, n. 8505; 21 agosto 2020, n. 5164; 4 maggio 2017, n. 2036; 26 settembre 2017, n. 4506; in diversa prospettiva, 16 marzo 2020, n. 1863)."

**Consiglio di Stato, Sez. V, 14/1/2022, n. 257**

*Differenze tra avvalimento di garanzia e avvalimento operativo*

"È noto invero che mentre ricorre l'avvalimento di garanzia laddove l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la sua solidità economica e finanziaria, assicurando la stazione appaltante delle sue capacità di fare fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento, l'avvalimento è operativo quando l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto, avendo così ad oggetto i requisiti di capacità tecnica e professionale (in termini, tra le tante, Cons. Stato, IV, 11 novembre 2020, n. 6932).

In termini sostanziali, per chiarire la differenza tra le due forme di avvalimento, può osservarsi che l'impresa ausiliaria diviene, di fatto, un garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario, mentre nell'ipotesi di avvalimento c.d. tecnico od operativo, avente ad oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria, è chiamata a mettere a disposizione determinate specifiche risorse (Cons. Stato, V, 26 novembre 2018, n. 6693)."

**TAR Abruzzo, Sez. I, 17/01/2022, n. 23**

*Differenze tra "proposta di aggiudicazione", "approvazione della proposta di aggiudicazione" e "aggiudicazione"*

"Il D.lgs. n. 50/2016, infatti, opera una chiara distinzione tra la "proposta di aggiudicazione", "l'approvazione della proposta di aggiudicazione" e "l'aggiudicazione". La "proposta di aggiudicazione", che è formulata dalla commissione giudicatrice composta da esperti nello specifico settore relativo all'oggetto del contratto d'appalto, è soggetta ad "approvazione" dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione

appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti (in mancanza di fissazione di detto termine lo stesso è individuato ope legis in trenta giorni) (art. 33, comma 1). L'“aggiudicazione”, invece, costituisce il provvedimento conclusivo della procedura di gara in forza del quale viene attribuito il bene della vita.

La “proposta di aggiudicazione” rappresenta un atto endoprocedimentale e, come tale, non è soggetto ad autonoma impugnazione (in tali termini, T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 5.6.2020, n. 212; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 23.6.2020, n. 240). L'art. 204 del nuovo Codice degli appalti difatti sancisce espressamente l'inammissibilità della impugnazione della “proposta di aggiudicazione” in quanto atto privo di lesività essendo destinato ad essere superato dall'“aggiudicazione”.

Parimenti non impugnabile è “l'approvazione della proposta di aggiudicazione” che si sostanzia in quell'attività di “verifica della proposta di aggiudicazione” prevista dall'art. 32, comma 5, del D.Lgs n. 50/2016, ovvero nell'attività di controllo sulla proposta di aggiudicazione rientrante nel più generale controllo degli atti della procedura attuato dalla stazione appaltante (che autonomamente individua l'organo competente, ovvero, in mancanza, il R.u.p.), disciplinata dall'art. 33, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016 (in tali termini, cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 27 aprile 2020 n. 2655).

Solo all'esito della suddetta attività di verifica sulla “proposta di aggiudicazione”, la stazione appaltante provvede all'“aggiudicazione” che costituisce un'autonoma e distinta manifestazione di volontà della stazione appaltante.

Il provvedimento di “aggiudicazione”, che deve essere necessariamente espresso, segue, quindi, “l'approvazione della proposta di aggiudicazione”, che può intendersi perfezionata anche qualora la stazione appaltante non si sia pronunciata nei termini di legge, come prevede testualmente l'art. 33, comma 1, ultima parte del D.Lgs. n. 50/2016.

In definitiva, dopo “l'approvazione della proposta di aggiudicazione”, atto privo di carattere lesivo, che sia espressa o tacita, deve comunque necessariamente intervenire “l'aggiudicazione”.

Come di recente è stato puntualmente rimarcato in giurisprudenza, dal combinato disposto degli artt. 32, comma 5, e 33, comma 1, del D.Lgs. 50/2016 emerge con meridiana evidenza la distinzione formale, oltre che logica, dell'approvazione della proposta di aggiudicazione e del provvedimento definitivo di aggiudicazione: solo quest'ultimo concretizza e rende attuale l'interesse all'impugnazione (T.A.R. Campania - Napoli, Sez. I - sentenza 2 aprile 2021 n. 2247).”

### **Consiglio di Stato, Sez. III, 10/01/2022, n. 164**

*Le misure c.d. di self cleaning hanno effetto pro futuro, ossia per la partecipazione a gare successive all'adozione delle misure stesse*

“Quanto all'efficacia delle misure di cd self cleaning ex post adottate, il TAR ha ritenuto – disattendendo l'ulteriore profilo di censura di -OMISSIS- - “le misure rimediali di carattere organizzativo adottate da -OMISSIS- -consistenti nella rimozione, dopo l'apprensione della notizia di indagini penali, dei -OMISSIS- della società -OMISSIS- e nell'adozione di iniziative propedeutiche all'adeguamento del modello di cui al d.lgs. n. 231 del 2001- idonee già allo stato a consentire la formulazione di offerte in pubblici incanti”.

Al riguardo è sufficiente invece far richiamo alla recente giurisprudenza del Consiglio di stato (-OMISSIS-), che ha avuto modo di chiarire, in analogica vicenda, ...che risponde a logica, prima che alla normativa vigente, che le misure c.d. di self cleaning abbiano effetto pro futuro, ossia per la partecipazione a gare successive all'adozione delle misure stesse, essendo inimmaginabile un loro effetto retroattivo. Solo dopo l'adozione delle stesse la stazione appaltante può, infatti, essere ritenuta al riparo dalla ripetizione di pratiche scorrette ad opera degli stessi organi sociali, posto anche che l'atto sanzionatorio remunera una condotta ormai perfezionata in ogni elemento (in termini, Cons. Stato, -OMISSIS-).”

**TAR Toscana, Sez. I, 10/01/2022, n. 3**

*In caso di contratto sottosoglia, l'utilizzo della procedura ordinaria impone l'applicazione di tutte le regole che le disciplinano ivi comprese quelle relative agli oneri di pubblicazione*

“La stazione appaltante sostiene che obblighi di pubblicità in GU, secondo il Decreto MIT del 2/12/2016, si applicherebbero esclusivamente alle procedure sopra alla soglia di cui all'art. 50 Dlgs 50/2016, mentre resterebbero ancora da definire le forme di pubblicità obbligatoria per le procedure sottosoglia come quella del caso di specie.

La tesi non è condivisa da Collegio.

Per i contratti sottosoglia l'art. 36 comma 2 del codice dei contratti pubblici prevede la possibilità di intraprendere procedure alternative di gara facendo salvo il ricorso a quelle ordinarie obbligatorie per i contratti sopra soglia su opzione della p.a.

In tale caso (scelta per le procedure ordinarie) si applicano, tuttavia tutte le regole che le disciplinano ivi comprese quelle relative agli oneri di pubblicazione.

Tali oneri per le procedure aperte sono contemplati dall'art. 73 del medesimo codice e dal decreto del Ministero dei Trasporti a cui esso rinvia i quali dispongono appunto la pubblicazione in gazzetta ufficiale senza prevedere alcuna eccezione o deroga per i contratti inferiori alla soglia comunitaria.

Del resto il ricorso alla procedura aperta è suscettibile di neutralizzare l'operatività del principio di rotazione proprio in quanto modalità che consente per sua natura un confronto concorrenziale ad ampio spettro che può realizzarsi solo qualora l'avviso di gara sia adeguatamente pubblicizzato.

Diversamente la partecipazione gara viene di fatto ristretta solo ad un numero limitato di imprese finendo con l'essere la sua sola apparente apertura un possibile mezzo per eludere il principio rotatorio.”

**Consiglio di Stato, Sez. III, 07/01/2022, n. 64**

*I chiarimenti resi dalla stazione appaltante nel corso di una gara d'appalto non hanno alcun contenuto provvedimentale, non potendo costituire, per giurisprudenza consolidata, integrazione o rettifica della lex specialis di gara*

“I chiarimenti della stazione appaltante, infatti, sono ammissibili solo se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione della lex specialis, un significato ed una portata diversa o maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della lex specialis, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. (cfr. Cons. Stato, IV, 15 dicembre 2020, n. 8031, che richiama anch'essa a corredo una vasta giurisprudenza).”

**TAR Calabria, Sez. II, 23/12/2021, n. 2347**

*Nei contratti sottosoglia non trova applicazione l'obbligo di motivazione della scelta del criterio del prezzo più basso*

“ ... sia l'art. 36, comma 9 bis, d.lgs. 50/2016 (relativo ai contratti sotto soglia) sia l'art. 1 d.l. 76/2020 (relativo alle procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale da Covid-19 in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia) prevedono un regime speciale che

rimette alla stazione appaltante la libera scelta tra i criteri di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e del prezzo più basso, fatta eccezione per le sole ipotesi – non confacenti il caso in esame – di obbligatorietà del primo criterio ex art. 95, comma 3, d.lgs. 50/2016.

Poiché, diversamente che per le gare sopra soglia, il criterio del prezzo più basso non è eccezionale, non trova applicazione l'obbligo, ricavabile dall'art. 95, commi 4 e 5, d.lgs. 50/2016, di motivazione specifica della scelta di ricorrere ad esso (in termini congruenti, cfr. T.A.R. Torino, Sez. II, 6 aprile 2021, n. 366)."

#### **Autorità Nazionale Anticorruzione**

##### **DELIBERA N. 686 del 13 Ottobre 2021**

##### **PREC 193/21/L**

*"L'avvalimento dell'attestazione di qualificazione SOA non può risolversi in un prestito meramente cartolare e astratto del requisito di partecipazione, ma deve essere soddisfatto concretamente e con specificazioni controllabili dalla stazione appaltante"*

" ... secondo consolidata giurisprudenza e in base a quanto recentemente ribadito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in caso di avvalimento dell'attestazione SOA, è necessario: "a) che oggetto della messa a disposizione sia l'intero setting di elementi e requisiti che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell'attestazione SOA; b) che il contratto di avvalimento dia conto, in modo puntuale, del complesso dei requisiti oggetto di avvalimento, senza impiegare formule generiche o di mero stile" (Cons. Stato, Ad. Plen. 16 ottobre 2020, n. 22). È stato, in particolare, affermato che, quando oggetto dell'avvalimento sia un'attestazione SOA di cui il concorrente sia privo, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire l'attestazione da mettere a disposizione (Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2017, n. 2316; Id., sez. V, 12 maggio 2017, n. 2226), sicché è onere del concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto e, nel caso di specie, l'attestazione SOA, quale mero requisito astratto e valore cartolare, ma assume la specifica obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (cfr. Anche T.R.G.A. Trento, 1 ottobre 2019, n. 121, ove si sottolinea che "l'avvalimento di attestazione in questione non può risolversi in un prestito meramente cartolare e astratto del requisito di partecipazione, ma deve essere soddisfatto concretamente e con specificazioni controllabili dalla stazione appaltante."

##### **DELIBERA N. 838 del 21 dicembre 2021**

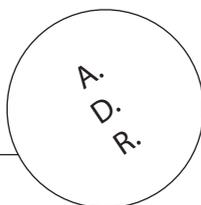
##### **PREC 229/2021/S**

*"... la clausola sociale non può essere intesa nel senso di imporre all'aggiudicatario subentrante di applicare un determinato CCNL..."*

" ... la consolidata giurisprudenza in materia di CCNL applicabile ai lavoratori impiegati negli appalti anche di recente si è espressa nel senso di ritenere, in via generale, che «non rientra nella discrezionalità dell'amministrazione appaltante imporre o esigere dai partecipanti alla gara un determinato Contratto

collettivo nazionale di lavoro, tanto più qualora una o più tipologie di Contratti possano anche solo astrattamente adattarsi alle prestazioni oggetto del servizio da affidare (Cons. Stato, sez. V, 23 luglio 2018, n. 4443; id. 5 ottobre 2016, n. 4109); ne consegue che la mancata applicazione di un C.c.n.l. diverso da quello indicato dalla lex specialis di gara non può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione per inammissibilità dell'offerta (Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975; 9 dicembre 2015, n. 5597); tale assunto vale anche in relazione alla valutazione di anomalia dell'offerta, legata al costo della manodopera in relazione al C.c.n.l. di riferimento (Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2017, n. 932; id. 12 maggio 2016, n. 1901). Tale libertà imprenditoriale non è però assoluta, ma incontra il limite logico, prima ancora che giuridico in senso stretto, della necessaria coerenza tra il contratto che in concreto si intende applicare (e in riferimento al quale si formula l'offerta di gara) e l'oggetto dell'appalto; la scelta del Contratto collettivo di lavoro applicabile al personale dipendente, che diverge insanabilmente, per coerenza e adeguatezza, da quanto richiesto dalla stazione appaltante in relazione ai profili professionali ritenuti necessari, è idonea di per sé a determinare una ipotesi di anomalia, riflettendosi sulla possibilità di formulare adeguate offerte sotto il profilo economico incoerenti o incompatibili essendo i profili professionali di riferimento (Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2020, n. 6336)» (così Consiglio di Stato, sez. V, 15.03.2021 n. 2198); ... e l'imposizione di un determinato CCNL non può essere giustificata neppure dall'inserimento negli atti di gara di una clausola sociale, avendo la giurisprudenza da tempo chiarito che la clausola sociale non può essere intesa nel senso di imporre all'aggiudicatario subentrante di applicare un determinato CCNL, per essere, invece, rimessa alla sua libera determinazione la scelta del CCNL, che, pertanto, potrà anche essere diverso da quello applicato dal precedente contraente, sempreché siano salvaguardati i livelli retributivi dei lavoratori in modo adeguato e congruo (v., ex multis, Consiglio di Stato, V, 12.9.2019 n.6148);”

# A Domanda Rispondiamo



## 1

### **Il canone concessorio costituisce un corrispettivo rilevante ai fini IVA?**

La questione viene affrontata nella risposta n. 211 dell'Agenzia delle Entrate ad un interpello. Come precisato nella risoluzione dell'11/06/2002 n. 183/E, un contributo assume rilevanza ai fini IVA se erogato a fronte di un'obbligazione di dare, fare, non fare o permettere, ossia quando si è in presenza di un rapporto obbligatorio a prestazioni corrispettive. Solitamente il contratto tra concessionario e istante concedente rappresenta una tipologia di contratto qualificato per legge "a titolo oneroso" e, come tale si intende il canone corrisposto dal Comune per remunerare le generiche prestazioni di servizi svolte nell'ambito della concessione, per le quali non può trovare applicazione il regime di esenzione di cui al d.p.r. n. 633/72 all'art. 10 comma 1 n. 22. Pertanto il suddetto canone deve essere assoggettato ad IVA nella misura ordinaria.

L'esclusione dal campo di applicazione dell'IVA si configura ogni qual volta il soggetto che riceve il contributo non diventa obbligato a dare, a fare, a non fare, o a permettere alcunché in controprestazione, ad esempio i contributi a fondo perduto, o non versati per una cessione di beni o in contropartita ad una prestazione di servizi, non sono soggetti ad imposta.

## 2

### **In quale fase procedimentale la stazione appaltante è obbligata ad incamerare la garanzia provvisoria ex art. 93 comma 6 del codice?**

La garanzia provvisoria copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario. La norma dunque colloca l'escussione della garanzia provvisoria nella fase successiva all'aggiudicazione e prima della stipula del contratto. L'aggiudicazione, dopo la sua adozione, richiede l'espletamento di un'ulteriore fase avente ad oggetto la verifica dei requisiti e condizionante l'efficacia dell'aggiudicazione stessa e la conseguente decorrenza del termine per la stipula del contratto.

È, pertanto, in questa fase che, secondo il disposto dell'art. 93 comma 6 d. lgs. n. 50/16, opera la garanzia provvisoria la quale, nella previsione legislativa, sanziona le ipotesi in cui, anche per la mancanza dei requisiti dichiarati in sede di partecipazione e negativamente verificati, non sia possibile, "dopo l'aggiudicazione", pervenire alla sottoscrizione del contratto.

Ne consegue che l'art. 93 comma 6 d.lgs. n. 50/16 non si applica alle ipotesi in cui è intervenuta la sola proposta di aggiudicazione o ai casi in cui la stazione appaltante procede discrezionalmente, nel corso della gara, alla verifica dei requisiti di uno o più concorrenti. Il Consiglio di Stato, sez. IV, con sentenza n. 26 del 04/01/2022 ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione di diritto, ossia se "l'art. 93 comma 6 del D.Lgs. n. 50/2016 possa (recte, debba) trovare applicazione non solo nei confronti del soggetto cui sia già stata definitivamente aggiudicata la gara, ma anche nei confronti del soggetto che la commissione giudicatrice, dopo le valutazioni di spettanza, abbia proposto per l'aggiudicazione".

## 3

**Quali amministrazioni sono obbligate a predisporre la programmazione biennale dei servizi e forniture e triennale dei lavori pubblici?**

Ai sensi dell'art. 21 comma 1 del codice "Le amministrazioni aggiudicatrici adottano il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali. I programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio e, per gli enti locali, secondo le norme che disciplinano la programmazione economico-finanziaria degli enti". Partendo dalla definizione dei soggetti obbligati (amministrazioni aggiudicatrici, piuttosto che soggetti aggregatori e centrali di committenza), ai sensi dell'art. 3 comma 1 del D.Lgs. n. 50/2016, si intende per: «amministrazioni aggiudicatrici»: 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. Nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici sono ricompresi gli organismi di diritto pubblico. Per «organismi di diritto pubblico», si intende qualsiasi organismo, anche in forma societaria il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV al codice: 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. Il codice non chiarisce cosa debba intendersi per "qualsiasi organismo anche in forma societaria". Dalla lettura delle "Istruzioni per la redazione del programma triennale dei lavori pubblici e del programma biennale degli acquisti di forniture e

servizi di cui all'art. 21 d.lgs.50/2016 e s.m.i." (predisposte da ITACA), si evince che laddove ricomprese nell'ambito soggettivo di cui all'art. 21 comma 1 del codice, anche le società in house sono soggette, per gli interventi e gli acquisti propri, agli obblighi di programmazione di cui alla predetta norma.

## 4

**Gli enti ecclesiastici rientrano tra i soggetti tenuti all'applicazione del codice?**

L'art. 15, comma 3-bis, del decreto-legge n. 189 del 2016, come modificato da ultimo dall'art. 11, comma 3, del decreto-legge n. 76 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 120 del 2020, stabilisce infatti che ". . . i lavori di competenza delle diocesi e degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti di cui al comma 1, lettera e), di importo non superiore alla soglia comunitaria per singolo lavoro, seguono le procedure previste per la ricostruzione privata sia per l'affidamento della progettazione che per l'affidamento dei lavori" (principio conseguentemente ribadito dall'ordinanza n. 105 del 2020).

Si ritiene che la Parrocchia, nell'esecuzione dei lavori di ristrutturazione finanziati dalla regione debba applicare il codice degli appalti allorché i lavori superino l'importo superiore ad 1 milione di euro e siano sovvenzionati direttamente dalla Regione in misura superiore al 50%, la stessa disciplina si applica ai servizi connessi ove di importo superiore alle soglie.

## 5

**Le società in house rientrano nel novero di Pubbliche Amministrazioni?**

Con sentenza n. 434 del 02/04/2021 il TAR Veneto, sez. I ha precisato che "Nell'ordinamento sono rinvenibili molteplici nozioni di pubbliche amministrazioni, ed in diversi settori si è assistito all'estensione del regime giuridico originariamente applicabile ai soli enti pubblici anche a soggetti formalmente privati ma connotati da punto di vista sostanziale da tratti di carattere pubblicistico. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla materia della contabilità pubblica, della responsabilità erariale, o alla previsione dell'obbligo di rispettare le procedure ad evidenza pubblica anche per soggetti che hanno natura privata. A livello definitorio vi è una nozione di "pubbliche amministrazioni" che delimita il settore del pubblico impiego prevista all'art. 1, comma 2, del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, secondo cui "per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300". Tale nozione tuttavia non è l'unica. Esiste infatti anche una nozione molto più ampia di "pubbliche amministrazioni" prevista dalla normativa nazionale in materia di contabilità e finanza pubblica di recepimento della disciplina comunitaria di cui al regolamento (UE) n. 549/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013, relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione Europea. La legge 31 dicembre 2009, n. 196, all'art. 1,

comma 2, dispone che ai fini dell'applicazione delle disposizioni in materia di finanza pubblica per "amministrazioni pubbliche" si intendono gli enti e i soggetti indicati a fini statistici in appositi elenchi approvati dall'Istat con proprio provvedimento (ad oggi vale il Comunicato del 30 settembre 2015 pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 30 settembre 2015, n. 227). Tale provvedimento, in applicazione della disciplina comunitaria, prescinde totalmente dalla natura giuridica pubblica o privata dei soggetti interessati, e dà invece prevalenza alle fonti di finanziamento pubbliche (vi sono ad esempio le società per azioni in mano pubblica, alcuni enti di previdenza privati, le Fondazioni pubbliche ecc.) ricomprendendo pertanto anche una molteplicità di persone giuridiche private (T.A.R. Veneto, Sez. I, 1 aprile 2021, n. 428)". Ciò vale a maggior ragione per le società *in house* che costituiscono in realtà articolazioni in senso sostanziale della pubblica amministrazione da cui promanano.

## 6

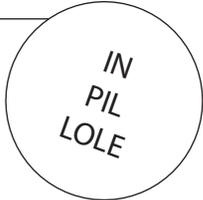
**È legittimo l'affidamento del servizio di igiene urbana tramite ordinanza sindacale?**

La sentenza del Tar Puglia, Lecce, Sez. II, 20/09/2019, n. 1483, ritiene illegittima l'ordinanza di proroga di un contratto già in essere per la durata di un ulteriore anno, non trovando giustificazione adeguata nella circostanza che sarebbe in corso di svolgimento la procedura di gara per l'affidamento del servizio a livello di ambito.

Gli Enti Locali, anche se autorizzati ad affidare il servizio con una gara unitaria, per non rimanere sforniti nelle more dell'avvio del servizio affidato a seguito di "gara accentrata", devono espletare una "gara-ponte", prevedendo appositamente una clausola di risoluzione immediata in caso di avvio del servizio unitario.

Pertanto, l'ordinanza in questione è illegittima nelle parti in cui non ha contestualmente disposto l'espletamento della gara-ponte e non ha assoggettato la proroga a risoluzione anticipata nel caso di avvio del servizio unitario o, se anteriore, a seguito di gara-ponte.

## Approdi recenti in tema di accesso agli atti. Il valore concreto del concetto di interesse.



IN  
PIL  
LOLE

È utile periodicamente ritrovarsi a fare il punto sui risvolti pratici e sugli ultimi approdi giurisprudenziali che un pò fanno da "termometro operativo" per gli operatori del settore, siano essi soggetti pubblici siano essi operatori economici privati; muovendoci su quel sottile filo sospeso, tra esigenza difensiva e tutela delle posizioni di vantaggio commerciale acquisite (estensibile al concetto di tutela del diritto alla riservatezza). Una esigenza di bilanciamento costante e necessaria, per consentire la convivenza – non sempre pacifica – tra due diritti di per se stessi legittimamente tutelabili e tutelati dal diritto vivente, che ovviamente mira a raccordare nella maniera più utile e giuridicamente sostenibile, le previsioni contenute nell'art. 53 del d.lgs. 50/2016. Iniziando la disamina ci si imbatte anzitutto nel Tar Campania-Napoli, Sez. IV, 10 novembre 2021, n. 7141, il quale rammenta che: "La Stazione appaltante acconsentiva all'accesso sugli atti di gara richiesto dalla parte ricorrente, ad eccezione di quelli per i quali, poiché inerenti l'offerta tecnica,

*l'aggiudicataria aveva espresso il proprio diniego, di tal che sarebbe stato poi onere della ricorrente, intenzionata ad insistere nella richiesta di accesso anche ai documenti in tutto o in parte oscurati" per il diniego espresso dall'aggiudicataria, dimostrare l'indispensabilità della loro conoscenza ai fini della tutela in giudizio delle proprie ragioni (Cons. Stato, sez. V, 03/05/2021 n.3459; Cons. Stato, sez. IV, 19/02/2021 n.1492; Cons. Stato, sez. V, 26/10/2020, n. 6463; Cons. Stato, sez. V, 01/07/2020, n. 4220; Cons. Stato, sez. V, 17/04/2020, n. 2449)".*

Pochi giorni dopo, il 17 novembre, la sezione V del medesimo Tribunale, con la sentenza n. 7350, ribadisce che: "È legittimo il diniego opposto dalla stazione appaltante in ordine ad una istanza di accesso all'offerta tecnica, avanzata da un concorrente in gara, che sia motivato con riferimento al fatto che l'accedente non abbia dimostrato la sussistenza effettiva della indispensabilità degli

atti e dei documenti richiesti in ostensione ai fini della difesa in giudizio. Difatti, il criterio normativo del bilanciamento dei contrapposti interessi, di cui all'art. 53, comma 6, d. lgs. n. 50 del 2016 (nella specie, da un lato, l'interesse difensivo dell'accedente e, dall'altro, il rispetto delle esigenze di tutela dei segreti tecnici e commerciali contenuti nell'offerta tecnica) richiede, da parte dell'istante, la prova dell'indispensabilità dei documenti ai quali è chiesto l'accesso, affinché possa difendersi in un determinato giudizio; il che equivale ad affermare come l'interesse difensivo all'accesso agli atti di gara debba essere verificato in concreto sulla base di una puntuale prospettazione nella specie affatto dedotta (cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 21 agosto 2020, n. 5167; id. 1° luglio 2020 n. 4220)."

Interessante anche la posizione del Consiglio di Stato, sez. V, 20.01.2022 n. 369, il quale sostiene l'utilità di confermare "il costante orientamento giurisprudenziale (ex multis, Cons. Stato, V, 26 ottobre 2020, n. 6463; V, 21 agosto 2020, n. 5167; V, 1° luglio 2020, n. 4220; V, 28 febbraio 2020, n. 1451; V, 7 gennaio 2020, n. 64) secondo cui la ratio della norma consiste nell'escludere dall'accesso quella parte dell'offerta strettamente afferente al know how del singolo concorrente, vale a dire l'insieme del "saper fare" costituito, in particolare, dalle competenze e dalle esperienze maturate nel tempo che consentono, al concorrente medesimo, di essere altamente competitivo nel mercato di riferimento.

Quel che occorre evitare, in altre parole, è un "uso emulativo" del diritto di accesso finalizzato, ossia, unicamente a "giovarsi di specifiche conoscenze industriali o commerciali acquisite e detenute da altri". Ciò anche in considerazione del fatto che la partecipazione ai pubblici appalti non deve tramutarsi in una ingiusta forma di penalizzazione per il soggetto che, risolvendosi in tal senso, correrebbe altrimenti il rischio di assistere alla indiscriminata divulgazione di propri segreti di carattere industriale e commerciale.

Condizione di operatività di siffatta esclusione dall'accesso agli atti è data dalla "motivata e comprovata dichiarazione" da parte del concorrente interessato a far valere il suddetto segreto tecnico o commerciale; la stessa peraltro non opera laddove altro concorrente "dimostrasi che l'ostensione documentale è finalizzata alla difesa in giudizio dei propri interessi" (c.d. accesso difensivo).

In quest'ultima direzione "è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti" quanto, piuttosto, la "stretta indispensabilità" della ridetta documentazione per apprestare determinate difese all'interno di in uno specifico giudizio.

La valutazione di "stretta indispensabilità", in altre parole, costituisce il criterio che regola il rapporto tra accesso difensivo e tutela della segretezza industriale e commerciale.

Una simile valutazione va effettuata in concreto e verte, in particolare, "sull'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate".

Come poi affermato da Cons Stato, Ad. plen. n. 4 del 18 marzo 2021, in materia di accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990, deve però escludersi che sia sufficiente fare generico riferimento, nell'istanza di accesso, a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, laddove l'ostensione del documento richiesto dovrà comunque passare attraverso un rigoroso e motivato vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare.

Trova quindi conferma la tesi di maggior rigore secondo cui deve esservi un giudizio di stretto collegamento (o nesso di strumentalità necessaria) tra documentazione richiesta e situazione finale controversa.: la parte interessata, in tale ottica, dovrebbe allora onerarsi di dimostrare in modo intelligibile il collegamento necessario fra la documentazione richiesta e le proprie difese. E tanto, come evidenziato in diverse occasioni dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, IV, 14 maggio 2014, n. 2472), attraverso una sia pur minima indicazione delle "deduzioni difensive potenzialmente esplicabili".

In questo quadro l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe – secondo il consueto criterio di riparto – su colui che agisce, ossia sul ricorrente (in sede procedimentale, il richiedente l'accesso agli atti);

In assenza di tale dimostrazione circa la "stretta indispensabilità" della richiesta documentazione, la domanda di accesso finisce per tradursi nel

tentativo "meramente esplorativo" di conoscere tutta la documentazione versata agli atti di gara, come tale inammissibile."

Un ultimo cenno.

Merita la pronuncia recentissima del Consiglio di Stato, sez. III, 25.01.2021 n. 495, la quale riporta in auge l'esigenza di incanalare il diritto di accesso entro argini di ragionevolezza e non pretestuosità anche e soprattutto quando si parla di accesso civico. In particolare: "Il diniego, ancorché riferito alla speciale normativa sull'accesso disciplinata dal codice dei contratti pubblici, appare indenne da censura anche tenuto conto della disciplina dell'accesso civico generalizzato.

La stessa Adunanza Plenaria n. 10/2020 ha chiarito che "la disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53 del D.lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara ed in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l'eccezione del comma 3 dell'art. 5 bis del d. lgs. n. 33 del 2013, che non esenta in toto la materia dall'accesso civico generalizzato. Tuttavia, afferma l'Adunanza Plenaria n. 10/2020 che "resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza."

Se esiste, in altri termini, l'interesse ad una conoscenza diffusa dei cittadini nell'esecuzione dei contratti pubblici, volta a sollecitare penetranti controlli da parte delle autorità preposte a prevenire e a sanzionare l'inefficienza, la corruzione o fenomeni di cattiva amministrazione e l'adempimento delle prestazioni dell'appaltatore deve rispecchiare l'esito di un corretto confronto in sede di gara, a maggior ragione gli operatori economici, che abbiano partecipato alla gara, sono interessati a conoscere illegittimità o inadempimenti manifestatisi dalla fase di approvazione del contratto sino alla sua completa esecuzione, non solo per far valere vizi originari dell'offerta nel giudizio promosso contro l'aggiudicazione (Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1115), ma anche con riferimento alla sua esecuzione, per potere, una volta risolto il rapporto con l'aggiudicatario, subentrare nel contratto od ottenere la riedizione della gara con chance di aggiudicarsela.

Ma tale interesse alla trasparenza, di tipo conoscitivo, che non esige una motivazione specifica, deve in ogni caso palesarsi non in modo assolutamente generico e destituito di un benché minimo elemento di concretezza, anche sotto forma di indizio, come accade nel caso in esame in cui viene solo ipoteticamente prospettata l'esistenza di una difformità tra il contratto e l'esecuzione del servizio, pena rappresentare un inutile intralcio all'esercizio delle funzioni amministrative e un appesantimento immotivato delle procedure di espletamento dei servizi.

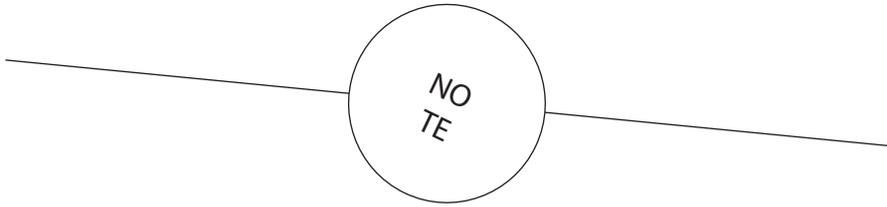
Analogamente deve essere accolto l'ulteriore motivo di appello nella parte in cui -OMISSIS- denuncia l'erroneità della sentenza per non avere riconosciuto l'istanza di accesso massiva ed eccessivamente sproporzionata.

Tale censura è anch'essa fondata

Emerge, infatti, dalla semplice lettura della domanda di accesso che, l'interessata ha, con tale istanza, richiesto un gran numero di documenti che obbligherebbe la -OMISSIS- a fornire migliaia di pagine, senza, peraltro, che tale richiesta sia giustificata da esigenze tali da imporre di sopportarne l'onerosità.

Una tale richiesta, così sproporzionata e onerosa, è espressamente qualificata come inammissibile dall'Adunanza plenaria n. 10/2020: "36.6. Sarà così possibile e doveroso evitare e respingere: richieste manifestamente onerose o sproporzionate e, cioè, tali da comportare un carico irragionevole di lavoro idoneo a interferire con il buon andamento della pubblica amministrazione; richieste massive uniche (v., sul punto, Circolare FOIA n. 2/2017, par. 7, lett. d; Cons. St., sez. VI, 13 agosto 2019, n. 5702), contenenti un numero cospicuo di dati o di documenti, o richieste massive plurime, che pervengono in un arco temporale limitato e da parte dello stesso richiedente o da parte di più richiedenti ma comunque riconducibili ad uno stesso centro di interessi; richieste vessatorie o pretestuose, dettate dal solo intento emulativo, da valutarsi ovviamente in base a parametri oggettivi".

Restiamo pertanto con le antenne ben orientate in alto, perché certamente ulteriori e nuovi riscontri giungeranno dalle Corti italiane su un tema che - lo ricordiamo a noi stessi - ha visto ben due importantissime Adunanze Plenarie (Cons. Stato, Ad. plen. n. 4 del 18 marzo 2021 e Cons. di Stato Ad. Plen. n. 10/2020), e a parere di chi scrive, tanto ancora avrà da raccontare.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



# MEDIAAPPALTI

**Guida pratica in materia di appalti pubblici**

**Mediappalti ora è disponibile on line**

**Abbonati su [www.mediappalti.it](http://www.mediappalti.it)**

**Con soli 80 euro avrai accesso illimitato  
per 12 mesi a tutti i contenuti della rivista**

**MEDIAAPPALTI**

Pubblicità: [pubblicita@mediappalti.it](mailto:pubblicita@mediappalti.it)  
Servizio Abbonamenti: [abbonamenti@mediappalti.it](mailto:abbonamenti@mediappalti.it)

**Medi  
Graphic**

Redazione: Mediagraphic s.r.l.  
Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)  
Tel. 0883.527171 - Mail: [redazione@mediappalti.it](mailto:redazione@mediappalti.it)

# i seminari in programma 2022

SEMI  
NARI

A causa della complessa situazione che si è creata in seguito alla diffusione del Covid-19, e nel rispetto delle attuali indicazioni del Governo, il calendario dei corsi è in aggiornamento continuo.

Per conoscere le date aggiornate visitate il sito [www.mediaconsult.it](http://www.mediaconsult.it)

Oggi ha una motivazione in più per seguire i nostri seminari. Sosteniamo insieme Save the Children: 10 euro della sua iscrizione li destiniamo al sostegno di bambini a distanza. Ci aiuti in questo progetto. Grazie



**Un nuovo obiettivo: un senso profondo!**