

Rivista mensile - Anno XII, Numero 6

settembre  
2022

# MEDIA APPALTI

---

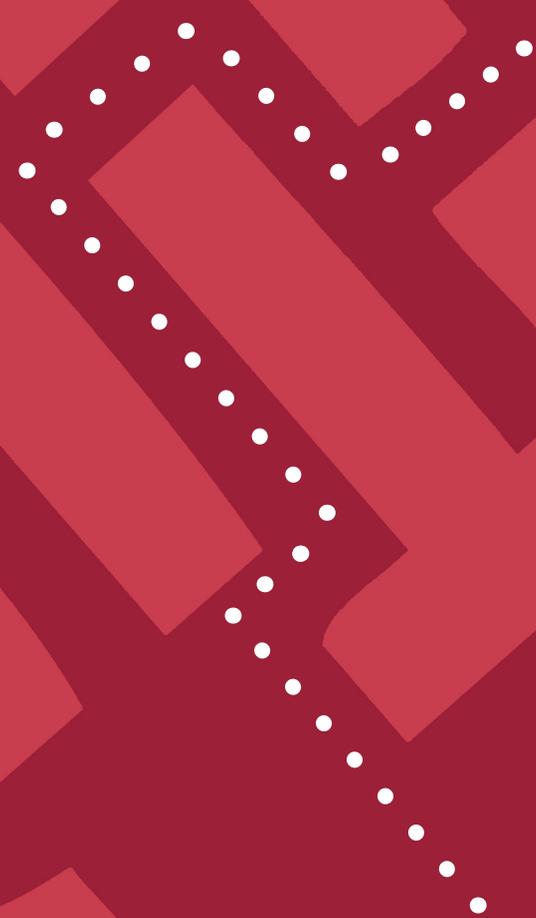
**Il Fondo per l'adeguamento prezzi: le nuove modalità di accesso al Fondo per gli interventi PNRR e per gli altri interventi**

---

**Collegio consultivo tecnico: vero strumento di semplificazione. Aspetti operativi**

---

**Appalti del PNRR/PNC: istituzione della cabina di regia**



**“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**

settembre  
**2022**

# Carceri

Tutti commettiamo errori. "Chi è senza peccato scagli la prima pietra" annunciava Gesù secondo il Vangelo di Giovanni. Uno sbaglio può essere piccolo, innocuo, oppure grave e nocivo. I primi si risolvono con scuse e strette di mano. I secondi con denunce, tribunali e condanne, fino al carcere. Nella tradizione giuridica italiana la detenzione è un periodo di tempo durante il quale il detenuto deve essere accompagnato in un percorso riabilitativo.

L'articolo 27 della Costituzione introduce il fine di "tendere alla rieducazione del condannato". Il carcere non come punto di arrivo. Una fine. Ma come una seconda possibilità. Un luogo dal quale poter ricominciare. Un secondo grembo materno. Il corpo del nascituro, nel ventre della madre, cresce e si forma per poter essere pronto alla vita. Il percorso di una persona in carcere dovrebbe essere qualcosa di simile. Una gestazione durante la quale aiutare qualcuno a crescere per prepararsi a una nuova vita, tramettendo conoscenze culturali, competenze lavorative, socialità.

Sappiamo che nulla di questo è vero. Non lo è per una grande parte della popolazione carceraria. Non lo si riesce a garantire. Mancano i presupposti perché si possa avverare. Presupposti strutturali: il sovraffollamento rende il carcere un luogo che

rischia di incattivire chi ci deve vivere senza poter usufruire di uno spazio vitale dignitoso e in buone condizioni igieniche. Presupposti culturali e sociali: le scarse occasioni di acquisire conoscenze e professionalità, tramite progetti di formazione, fanno decadere quel nobile ruolo riabilitativo delle carceri.

In Italia, oggi, si contano 197 istituti penitenziari. Un numero che sarebbe destinato a crescere se si arrivasse a concretizzare quei progetti che, su tutto il territorio nazionale, sono in attesa di essere approvati, appaltati o semplicemente cantierizzati. In lista ci sono, tra gli altri, i nuovi istituti di Savona e Nola, ma anche progetti di ampliamento e riqualificazione come previsto per Brescia e Udine.

Nella situazione fotografata il 30 aprile del 2022, sulla base dei dati ufficiali del Ministero della Giustizia, nelle carceri italiane ci sono 54.595 detenuti al cospetto dei 50.853 posti disponibili.

Il tasso di sovraffollamento è del 107,35% con picchi del 150% nel carcere di Latina e del 190% nel San Vittore di Milano.

"Il grado di civilizzazione di una società si misura dalle sue prigioni", affermava lo scrittore russo

Fedor Dostoevskij. In molte, tante carceri italiane, non si riescono a garantire i 3mq calpestabili per persona all'interno delle celle. Una situazione che posiziona il nostro paese tra quelli meno civilizzati in ambito europeo. E non è solo questione di spazi. La torrida estate che ci stiamo per lasciare alle spalle ha fatto emergere gravi mancanze strutturali che hanno aggravato la percezione della calura all'interno degli istituti penitenziari. Non a caso, "La calda estate delle carceri" è il titolo del rapporto di metà anno redatto dall'associazione Antigone.

Caldo e sovraffollamento acquiscono la criticità della vita in carcere. Il regolamento penitenziario datato 2000 prevedeva che entro il 20 settembre 2005 ci sarebbe dovuta essere una doccia in ogni cella. E invece, "nel 58% delle carceri visitate c'erano celle senza la doccia per garantire igiene e refrigerio", si legge nel rapporto. Si è provato ad alleviare gli effetti del caldo con la possibilità dei carcerati di poter acquistare ventilatori tramite il sistema di spaccio interno alle carceri chiamato sopravvitto, ma non tutti i carcerati hanno disponibilità economiche per poterne acquistare uno e non tutte le carceri hanno la possibilità di poterli far funzionare. Nelle celle del carcere di Bolzano, ad esempio, mancano prese e interruttori.

"Tenere delle persone in queste condizioni - ha detto Elena Dondio, Garante per i diritti dei detenuti di Bolzano - non può che renderle ancora più fragili una volta che saranno fuori".

È questo il punto di arrivo. Coincide con il punto dal quale avevamo preso le mosse: garantire a chi vive in regime di restrizione una qualità di vita dignitosa, nella quale trovare lo slancio per imboccare strade diverse da quelle che li hanno condotti negli istituti penitenziari. Chi è "dentro", lo è perché in qualche modo non ha riconosciuto i valori della società. A volte, probabilmente, non ha nemmeno avuto l'opportunità di conoscerli. Spesso, quasi sempre, si delinque come conseguenza di un disagio.

Il carcere ha il dovere e la nobile aspirazione di prendersi cura dei suoi ospiti. Di assolvere al ruolo educativo della società che per lo psicologo e filosofo tedesco Erich Fromm non deve limitarsi all'età dell'infanzia ma proseguire anche a favore

"degli adulti di ogni età". Per poter far questo ogni carcere dovrebbe garantire standard di vita dignitosi. È qualcosa che ci riguarda. Che tocca anche chi resta fuori. Il reinserimento nella società di chi ha scontato la pena è un successo non solo per il singolo ma per tutta la comunità. Carceri sovraffollate, prive dei servizi essenziali, nelle quali, spesso, non sono garantiti i diritti fondamentali dell'uomo, non sono il luogo idoneo per avviare quei percorsi di reinserimento che sono fatti prima di tutto di buoni esempi e di un ambiente che avvalori le belle parole.

Nel PNRR sono previsti fondi per 132,9 milioni di euro da investire in appalti per la realizzazione di nuove carceri e il miglioramento delle condizioni di quelli esistenti. Somma che dovrà essere spesa tra l'anno in corso e il 2026. Altri 200 milioni di euro, derivanti da altre forme di finanziamento, sono già stati stanziati per il recupero di posti inagibili nelle carceri di Taranto, Sulmona e Cagliari.

Avviare gare d'appalto per migliorare le condizioni della vita carceraria. È per questa via che si può arrivare alla tutela dei diritti in carcere, a un processo di integrazione scevro dalle contaminazioni di un ambiente ostile che rischiano di allontanare invece che avvicinare i detenuti alla socialità, esponendoli a una recidiva nel commettere reati.

Nel 2012 una Commissione straordinaria, istituita presso il Senato della Repubblica, si era occupata della tutela e la promozione dei diritti umani, pubblicando un lavoro dal quale emerge la volontà di dare seguito al monito di Dostoevskij. Migliorare le condizioni delle prigioni per migliorare l'intera società. Non è un lavoro semplice.

Non è una missione che tutti possono comprendere senza sollevare dubbi. "Nelle carceri - si legge nel rapporto - non ci si occupa dei diritti dei buoni ma di quelli dei cattivi, non di quelli degli innocenti ma di quelli dei colpevoli. E non è così facile, né per noi stessi né per gli altri, capire che anche in questo modo si difendono i diritti di tutti, si afferma lo stato di diritto, si rende più matura e migliore la nostra democrazia".

**di Enzo De Gennaro**

## sommario

### Editoriale

Carceri

4

### In evidenza

Il Fondo per l'adeguamento prezzi: le nuove modalità di accesso al Fondo per gli interventi PNRR e per gli altri interventi.

7

### Sotto la lente

L'avvalimento interno e i limiti posti dall'art. 83 del Codice dei contratti: la Corte di giustizia UE risolve il contrasto tra le norme

13

Hanno collaborato a questo numero:

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

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

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

**Ing. Pier Luigi Gianforte**  
Docente di appalti pubblici presso la Scuola Nazionale della Pubblica amministrazione e Consulente di impresa

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

**Avv. Paola Cartolano**  
Esperta in materia di appalti pubblici

**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

La Corte Costituzionale rigetta la questione di legittimità costituzionale sull'applicabilità retroattiva della lex mitior in relazione all'escussione della garanzia provvisoria prevista dal nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

22

Collegio consultivo tecnico: vero strumento di semplificazione. Aspetti operativi.

30

Appalti del PNRR/PNC: istituzione della cabina di regia

36

L'esecuzione anticipata dell'appalto in via d'urgenza

42

Costo della manodopera, "indicazioni per l'uso" dalla giurisprudenza recente

49

### Pareri & Sentenze

54

### A Domanda Rispondiamo

61

### In pillole

65

# Il Fondo per l'adeguamento prezzi: le nuove modalità di accesso al Fondo per gli interventi PNRR e per gli altri interventi.

di Ilenia Paziani

IN  
EVIDENZA

## 1. L'adeguamento ai prezzari regionali

Per fronteggiare l'eccezionale aumento dei costi di produzione, in particolare dei materiali da costruzione e fronteggiare in generale il caro prezzi, alimentato dalla guerra in Ucraina che dall'inflazione, il c.d. DL Aiuti – D.L. 17 maggio 2022 n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2022, n. 91, ha previsto dei meccanismi di adeguamento dei prezzi al fine di evitare che le imprese subiscano eccessivi pregiudizi economici.

Al tempo stesso, il suddetto decreto ha individuato anche i meccanismi attraverso cui le stazioni appaltanti reperiscono le ulteriori somme dovute all'appaltatore e non previste in fase di gara.

In sintesi, l'articolo 26 del DL Aiuti, rubricato "Disposizioni urgenti in materia di appalti pubblici di lavori" non impone all'appaltatore alcun adempimento per ottenere l'adeguamento dei prezzi e stabilisce che le stazioni appaltanti dovranno liquidare il corrispettivo dovuto all'appaltatore **non sulla base dei prezzi messi a gara, ma applicando i prezzari regionali aggiornati entro il 31 luglio 2022** (ormai pressoché tutte le regioni hanno provveduto all'aggiornamento).

**Le stazioni appaltanti liquidano il corrispettivo dovuto all'appaltatore i prezzari regionali aggiornati entro il 31 luglio 2022, tali prezzari saranno applicabili in via transitoria per le nuove gare fino al 31 marzo 2023**



I nuovi prezzari saranno in vigore fino al 31 dicembre 2022 e potranno essere utilizzati, in via transitoria, per i progetti a base di gara approvati entro il 31 marzo 2023.

Dopo la fase emergenziale, le regioni torneranno invece ad aggiornare i prezzari con cadenza annuale.

Nelle more dell'aggiornamento dei prezzi la norma prevedeva che, laddove le regioni non avessero ancora provveduto all'adeguamento, sarebbe stato possibile applicare una maggiorazione del 20% ai prezzari utilizzati in gara e calcolare quindi su tale maggiorazione i nuovi importi da corrispondere all'appaltatore.

Nel caso in cui i prezzari aggiornati abbiano infatti previsto aumenti inferiori al 20%, i conguagli saranno effettuati in sede di stato avanzamento lavori (SAL), rispetto all'effettivo aggiornamento.

In ogni caso il maggiore importo dovuto all'appaltatore è da calcolare, **al netto del ribasso offerto in gara e nella misura del 90%**.

Da un punto di vista temporale, la norma ha circoscritto questo meccanismo di adeguamento prezzi alle procedure di gara il cui termine di **presentazione delle offerte era previsto entro il 31 dicembre 2021** (quindi per tutte le offerte presentate prima di tale data) e per le lavorazioni **eseguite e contabilizzate nell'anno 2022**.

Per completezza, si rammenta che per le gare indette dal 27 gennaio 2022 in poi, fino al 31 dicembre 2023, si applica con l'art. 29 del DL Sostegni-ter, in base al quale le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di (applicare i prezzari aggiornati e) prevedere nei bandi una clausola di revisione dei prezzi

in conformità all'art. 106 co. 1 lett. a) del Codice. In tal caso, la compensazione dei prezzi viene riconosciuta per le eccedenze pari o superiori al 5% e fino all'80%.<sup>1</sup>

**Il meccanismo di compensazione previsto dal DL Aiuti si applica alle gare le cui offerte sono state presentate prima del 31 dicembre 2022 e per le lavorazioni eseguite e contabilizzate nel 2022**



Trattandosi di una situazione eccezionale, che opera in deroga oltre che al principio generale di immutabilità dell'offerta, anche alle eventuali clausole contrattuali che vietano la revisione del prezzo, il medesimo comma 1 dell'articolo 26

individua anche le modalità attraverso cui le stazioni appaltanti reperiscono gli importi ulteriori dovuti all'appaltatore a titolo di adeguamento del corrispettivo.

**2. Le fonti per gli ulteriori importi da corrispondere all'appaltatore a titolo di adeguamento**

In particolare, la norma specifica che il pagamento delle somme dovute a titolo di adeguamento in favore dell'appaltatore è effettuato al netto delle compensazioni eventualmente già riconosciute o liquidate, ai sensi dell'articolo 106, comma 1, lettera a), del codice dei contratti pubblici.

Laddove, infatti, lo specifico contratto avesse già previsto la revisione del prezzo a fronte di una apposita clausola di revisione ivi prevista, l'importo già riconosciuto dovrà essere scomputato dall'importo complessivo dovuto a seguito dell'applicazione dei prezzari regionali aggiornati.

**Preliminarmente le stazioni appaltanti devono verificare se possiedono i fondi per fronteggiare l'aumento dei prezzi considerando: le risorse accantonate per imprevisti, i ribassi a base d'asta, le somme accantonate per altri interventi ormai collaudati**



1. Ad oggi risulta un vuoto normativo per quanto riguarda le gare indette prima del 27 gennaio 2022, ma il cui termine di presentazione delle offerte è successivo al 31 dicembre 2021. Tale problematica è emersa anche durante la prima tranche di predisposizione delle istanze da parte delle stazioni appaltanti per l'accesso al Fondo per l'adeguamento dei prezzi, in quanto la piattaforma da utilizzare per l'invio dell'istanza (cfr. par. 3) non consente di selezionare l'anno 2022 come termine di presentazione delle offerte.

Ciò premesso, le stazioni appaltanti rinvergono le ulteriori somme dovute per l'adeguamento prezzi utilizzando:

- le **risorse appositamente accantonate per imprevisti** nel quadro economico di ogni intervento, fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti, e nel limite del 50%;
- le eventuali ulteriori somme a disposizione della medesima stazione appaltante e stanziare annualmente relativamente allo stesso intervento;
- le **somme derivanti da ribassi d'asta**, qualora non ne sia prevista una diversa destinazione sulla base delle norme vigenti,
- le somme disponibili relative **ad altri interventi ultimati** di competenza della medesima stazione appaltante e per i quali siano stati **eseguiti i relativi collaudi o emessi i certificati di regolare esecuzione.**

### 3. Il nuovo Fondo per l'adeguamento prezzi

Le fonti sopra esposte potrebbero tuttavia non essere sufficienti a coprire le somme ulteriori che le stazioni appaltanti devono corrispondere all'appaltatore a titolo di adeguamento dei prezzi, in applicazione dei nuovi prezzari regionali.

Pertanto, l'articolo 26 ha previsto la possibilità di accedere (esclusivamente per i soggetti tenuti all'applicazione del Codice dei contratti pubblici) al Fondo, già previsto dall'articolo 1-septies, comma 8, del decreto-legge 25 maggio 2021, n. 73, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 luglio 2021, n. 106.

A differenza del Fondo istituito nel 2021, il presente Fondo (sia per interventi PNRR e

PNC, sia per interventi diversi) prevede alcune novità.

In primo luogo, il contributo economico che verrà erogato è calcolato rispetto all'intero costo dell'opera e non circoscritto ai soli 56 materiali che hanno subito un rincaro superiore all'8%, come previsto in precedenza.

In secondo luogo, è prevista una **compartecipazione dell'impresa all'aumento dei costi**, sulla quale ricade l'alea del 10% del rincaro.

Ed infatti, l'importo che le stazioni appaltanti possono riconoscere all'impresa non corrisponde al 100% del delta risultante dal confronto tra il prezzario posto a base di gara e il prezzario aggiornato, bensì esclusivamente fino al 90% dei maggiori costi sostenuti dall'impresa.

In terzo luogo, **l'utilizzo dei prezzari regionali come parametro di riferimento**, costituisce una novità che assicura la valorizzazione degli extra costi tenuto conto delle specificità locali.

Un'altra novità rispetto al Fondo istituito per la compensazione dei prezzi del 2021 riguarda l'importo complessivamente previsto per il 2022 sia per il Fondo per gli interventi PNRR e PNC e il Fondo per gli altri interventi. Per tali fondi è infatti prevista una dotazione pari a circa 3 miliardi di euro, ben 15 volte in più rispetto al Fondo previsto nel 2021<sup>2</sup>.

In particolare, il Fondo di cui alla lettera b) dell'articolo 26, comma 4 (interventi **diversi** dal PNRR e PNC) ha una dotazione complessiva pari ad euro 770.000.000,00 per l'anno 2022.

Tale importo è ripartito in modo tale da assicurare **pari sostegno alle piccole, medie e grandi imprese.**

**Le novità del  
funzionamento del nuovo  
Fondo: il contributo  
è calcolato rispetto  
all'intero costo dell'opera,  
l'impresa partecipa  
ai costi, l'adeguamento è  
determinato in base allo  
specifico territorio in cui  
l'intervento si svolge**

////////////////////

2. Fonte: Webinar tenuto dal Ministero delle Infrastrutture e delle mobilità sostenibili (cfr. <https://www.youtube.com/watch?v=iUYIFUqSfPU>).

Ed infatti, come specificato dal Decreto ministeriale del 28 luglio 2022:

- il 34% del Fondo è destinato alla categoria «piccola impresa», da intendersi come l'impresa in possesso dei requisiti di cui all'articolo 90 del decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010 ovvero in possesso della qualificazione nella prima o seconda classifica di cui all'articolo 61 del decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010 (in possesso di qualificazioni per importi fino a Euro 516.000);
- il 33% alla categoria «media impresa», da intendersi quale impresa in possesso della qualificazione dalla terza alla sesta classifica di cui all'articolo 61 del decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010 (in possesso di qualificazioni per i importi fino a Euro 10.329.000);
- il 33% alla categoria «grande impresa», da intendersi quale impresa in possesso della qualificazione nella settima o ottava classifica di cui all'articolo 61 del decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010 (in possesso di qualificazione per importi fino ed oltre ad Euro 15.494.000).

#### 4. L'istanza di accesso al Fondo

Il comma 4 prevede che le istanze di accesso al Fondo devono essere presentate esclusivamente dalle stazioni appaltanti (gli appaltatori non possono presentare direttamente richiesta di accesso al Fondo) secondo specifiche tempistiche<sup>3</sup>:

- **dal 1° agosto 2022 al 31 agosto 2022**, relativamente agli stati di avanzamento (SAL) concernenti le lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori ovvero annotate, sotto la responsabilità dello stesso, nel libretto delle misure dal 1° gennaio 2022 e fino al 31 luglio 2022;

- **dal 1° gennaio 2023 al 31 gennaio 2023**, relativamente agli stati di avanzamento concernenti le lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori ovvero annotate, sotto la responsabilità dello stesso, nel libretto delle misure dal 1° agosto 2022 e fino al 31 dicembre 2022.

Con riferimento alle tempistiche, nella prima fase di caricamento delle offerte (1°-31 agosto 2022) sono emersi i primi problemi applicativi, ai quali ha dato riscontro direttamente il Ministero nelle FAQ pubblicate in data 12 agosto 2022.

In particolare, il MISM ha precisato che laddove un SAL emesso dopo il 31 luglio 2022 comprenda lavorazioni eseguite e contabilizzate sia antecedenti che successive al 31 luglio, l'istanza di adesione al Fondo debba essere presentata **entro il 31 agosto 2022 per la sola parte relativa alle lavorazioni contabilizzate prima del 31 luglio 2022** e, nella seconda tranche (1°-31 gennaio 2023), per la parte residua delle lavorazioni svolte a partire dal 1° agosto 2022.

Sempre il comma 4 prevede, ai fini dell'accesso alle risorse del Fondo, che le stazioni appaltanti trasmettono telematicamente l'istanza al Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, ai sensi e per gli effetti dell'art. 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, e secondo le modalità definite dal medesimo Ministero in appositi decreti.

L'articolo 26, comma 4, individua due tipologie di fondo rispettivamente alla lettera a) e alla lettera b) del medesimo comma 4.

La lettera a) è dedicata agli interventi finanziati, in tutto o in parte, con fondi del PNRR e PNC; mentre invece la lettera b) è dedicata a tutti gli altri interventi.

3. Il Ministero nei mesi di luglio e agosto 2022 ha tenuto due webinar nei quali spiega in maniera pratica le modalità di compilazione dell'istanza di accesso al Fondo. Di seguito i link rispettivamente relativi all'accesso al Fondo per gli interventi PNRR e PNC <https://mitgov.sharepoint.com/sites/PubblicazioniEsterne/Documenti%20condivisi/Forms/AllItems.aspx?id=%2Fsites%2FPubblicazioniEsterne%2FDocumenti%20condivisi%2FRegistrazione%20Live%20Session%20%2D%2027%20luglio%202022%2Emp4&parent=%2Fsites%2FPubblicazioniEsterne%2FDocumenti%20condivisi&p=true&ga=1> e relativi agli interventi diversi <https://www.youtube.com/watch?v=iUYIFUqSfPU>.

Per tale ragione, il Ministero ha emesso due decreti per definire le modalità di accesso al fondo rispettivamente:

- il **Decreto 17 giugno 2022** del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili recante le Modalità di utilizzo del Fondo adeguamento prezzi di cui all'articolo 26, comma 4, **lettera a)**, del decreto-legge 17 maggio 2022, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2022, n. 91;
- il **Decreto 28 luglio 2022** del Ministero delle infrastrutture e delle mobilità sostenibili recante le Modalità di utilizzo del Fondo adeguamento prezzi di cui all'articolo 26, comma 4, **lettera b)**, del decreto-legge 17 maggio 2022, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2022, n. 91.

La richiesta per accedere al Fondo deve essere dunque formulata tramite due diverse piattaforme a seconda che si tratti di interventi rientranti negli investimenti PNRR e PNC (lett.a) (<https://adeguamentoprezzipnrrart26a.mit.gov.it/login>), oppure di altri interventi (lett.b) (<https://adeguamentoprezziart26b.mit.gov.it/login>)<sup>4</sup>.

In entrambi i casi la richiesta che, come visto, è redatta ai sensi del DPR n. 445/200 (la cui veridicità è quindi sottoposta ad apposita successiva istruttoria), deve contenere:

- i dati del contratto d'appalto;
- la copia del SAL attestata da parte del DL e vistata dal RUP;
- l'entità delle lavorazioni effettuate;
- l'entità delle risorse finanziarie disponibili (risorse accantonate per imprevisti + somme stanziare annualmente dalla stazione appaltante + somme derivanti da ribassi d'asta + altre somme a disposizione per interventi già collaudati);
- l'entità del contributo richiesto;
- gli estremi per l'effettuazione del versamento.

Prima di presentare l'istanza è quindi necessario verificare che la stazione appaltante **non disponga di risorse finanziarie disponibili o che non ne disponga in misura sufficiente** all'importo da riconoscere a titolo di adeguamento del prezzo.

La richiesta di accesso al fondo è infatti ammissibile esclusivamente nel caso in cui **non risultino sufficienti** per il pagamento del SAL le risorse indicate espressamente al comma 1 dell'articolo 26 e indicate nel secondo paragrafo del presente contributo.

La stazione appaltante che presenta l'istanza dovrà quindi attestare, relativamente al SAL oggetto della richiesta di accesso al fondo, a quanto ammontino le risorse sopra descritte ancora disponibili alla copertura parziale dell'importo del SAL, e in relazione alle quali si verificano le condizioni di insufficienza per l'accesso al contributo.

Per quanto riguarda il fondo previsto per gli interventi diversi da quelli rientranti nel PNRR e PNC, il decreto ministeriale del 28 luglio 2022, agli articoli 3 e 4 stabilisce che dopo la scadenza dei termini per la presentazione delle richieste di accesso al Fondo, nelle more dello svolgimento della relativa attività istruttoria, la Direzione generale per la regolazione dei contratti pubblici e la vigilanza sulle grandi opere può riconoscere a ciascuno dei soggetti che hanno presentato l'istanza, **un'anticipazione pari alla metà dell'importo richiesto**.

Tuttavia, qualora all'esito dell'attività istruttoria, la richiesta di accesso al Fondo sia rigettata in tutto o in parte, la medesima Direzione provvede alla ripetizione totale o parziale dell'importo erogato a titolo di anticipazione, che è versato all'entrata del bilancio dello Stato per essere successivamente riassegnato al Fondo.

Inoltre, qualora l'ammontare delle richieste di accesso superi la quota del Fondo assegnata a ciascuna categoria di impresa, le stazioni appaltanti partecipano in misura proporzionale alla distribuzione delle risorse disponibili.

---

4. Si tratta dei link indicati dal Ministero per la presentazione delle istanze per la prima trince di adeguamenti, scaduta il 31 agosto 2022, presumibilmente per la seconda trince del 31 gennaio 2023 saranno utilizzate le medesime piattaforme, ma si invita a verificare sul sito del Ministero prima dell'apertura della seconda trince di invio delle richieste.

Interessante è la previsione di cui all'articolo 5 del Decreto ministeriale, il quale prevede che qualora l'impresa esecutrice sia un RTI, le stazioni appaltanti assegnano il contributo riconosciuto a valere sulle risorse del Fondo all'impresa mandataria, la quale poi provvede ad attribuire le risorse alle imprese facenti parte del raggruppamento in base ad accordi intercorsi tra le medesime imprese.

# L'avvalimento interno e i limiti posti dall'art. 83 del Codice dei contratti: la Corte di giustizia UE risolve il contrasto tra le norme



SOTTO  
LA  
LENTE

di Alessandra Verde

## 1. La questione controversa

Nel nostro Codice dei contratti pubblici convivono al momento due norme la cui compatibilità è stata da tempo revocata in dubbio. Si tratta dell'art. 89 e dell'art. 83, comma 8, che dettano regole sull'avvalimento interno ai raggruppamenti temporanei di imprese. Su di esse si è recentemente pronunciata la Corte di giustizia UE, mettendo fine alle controverse questioni interpretative sorte nell'ultimo periodo.

L'art. 89 infatti, in tema di avvalimento, sancisce che «l'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere

economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, **anche partecipanti al raggruppamento**, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi»>. Si tratta del cosiddetto avvalimento interno o infragruppo, esplicitamente ammesso dal nostro ordinamento, oltre che, *in primis*, dall'ordinamento dell'Unione, secondo cui, all'interno di un RTI, è possibile che un concorrente si avvalga di uno o più requisiti, di cui esso sia carente, chiedendoli "in prestito" ad altro operatore economico - l'impresa ausiliaria - che può anche far parte del raggruppamento stesso.

Tuttavia, già nel medesimo art. 89 del Codice è contenuta una limitazione all'istituto dell'avvalimento quando questo abbia ad oggetto requisiti esperienziali.

Ai sensi del secondo capoverso del comma 1, infatti, <<per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono (...) avvalersi delle capacità di altri soggetti **solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste**>>.

Ciò significa che, quando il contratto di avvalimento ha ad oggetto il prestito del requisito dell'esperienza pregressa, è necessario che l'ausiliaria si impegni ad assumere un ruolo esecutivo nello svolgimento del servizio e non soltanto a mettere a disposizione dell'ausiliata il *know-how* e la struttura organizzativa.

In questa ipotesi, se l'ausiliaria è anche mandante e l'ausiliata è mandataria, si pone un problema di ripartizione delle quote di esecuzione, in quanto, in forza della disposizione sopra citata, deve essere la mandante ausiliaria ad eseguire il servizio per cui è richiesta l'esperienza pregressa e non la mandataria ausiliata. Ciò, tuttavia, in apparente contrasto con quanto stabilito dall'art. 83, comma 8 del Codice.

Infatti, a fronte delle suddette previsioni, il citato comma 8 dell'art. 83, dal canto suo, stabilisce che, nell'ambito di un raggruppamento temporaneo, <<la mandataria in ogni caso deve **possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria**>>.

Tale prescrizione indubbiamente comporta di fatto una limitazione della possibilità per un'impresa mandataria di un RTI di fruire a suo piacimento dell'istituto dell'avvalimento interno.

Le suddette disposizioni, prese letteralmente, danno infatti luogo a possibili antinomie: come può la mandataria farsi prestare un requisito da una mandante se deve comunque possedere quello stesso requisito in proprio in misura maggioritaria?

E se si tratta del requisito dell'esperienza pregressa, l'obbligo per cui ad eseguire le prestazioni debba necessariamente essere l'ausiliaria mandante come si concilia con il limite imposto dall'art. 83?

**L'art. 89 e l'art. 83, comma 8, del Codice dei contratti, che dettano regole sull'avvalimento interno ai raggruppamenti temporanei di imprese, si pongono tra loro in apparente contrasto, come ha avuto modo di rilevare il Consiglio di giustizia amministrativa siciliana nel sollevare la questione pregiudiziale nanti la Corte di giustizia UE. Quest'ultima si è recentemente pronunciata sul punto confermando l'antinomia.**

Si dovrebbe ipotizzare che l'avvalimento infragruppo sia possibile ma solo a favore delle mandanti o, se reso a vantaggio della mandataria, soltanto in misura limitata, così da non violare il limite quantitativo dell'art. 83, comma 8.

Tale discorso vale per qualunque requisito, ma soprattutto per il prestito dei requisiti tecnico-professionali, per cui la limitazione opera su due fronti: quello del possesso (con mezzi propri) del requisito in capo alla mandataria in misura maggioritaria e quello dell'esecuzione delle prestazioni (cui i requisiti tecnico-professionali sono per loro natura connessi) in capo ad essa sempre in misura maggioritaria. Se il requisito

in prestito è quello dell'esperienza pregressa, la mandataria si troverebbe addirittura impossibilitata ad eseguire le specifiche prestazioni per cui quell'esperienza sia stata richiesta, dovendo quelle essere svolte da chi possiede il requisito. In caso di avvalimento di un requisito di capacità economico-finanziaria, invece, si porrebbe soltanto un problema di ripartizione delle quote di possesso del medesimo senza alcuna ricaduta sulla fase esecutiva.

Si osserva sin d'ora che tali problematiche non sorgerebbero se la mandataria di un RTI decidesse di avvalersi dei requisiti di un soggetto esterno al raggruppamento medesimo. Si tratta quindi di un problema strettamente legato all'avvalimento interno o infragruppo.

## 2. L'interpretazione restrittiva del Consiglio di Stato

Fino al momento in cui il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha posto in dubbio la compatibilità dell'art. 83 comma 8 del Codice con l'ordinamento europeo, il Consiglio di Stato aveva a lungo sostenuto un'interpretazione restrittiva delle disposizioni sopra esaminate.

Infatti, il Supremo Collegio<sup>1</sup> ha più volte ribadito che la disposizione contenuta nell'art. 83, comma 8, <<nello stabilire che "la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria", fissa una prescrizione unitaria, in cui **la fase della qualificazione e quella della esecuzione sono strettamente collegate** ed il criterio di riparto valido per la seconda costituisce diretta conseguenza e logico sviluppo di quello vigente per la prima: ciò che costituisce, del resto, un corollario della regola di corrispondenza tra quote di qualificazione, quote di partecipazione e quote di esecuzione sulla quale fa leva la stessa società resistente all'appello>>.

Il Consiglio di Stato si preoccupa anche di chiarire fino in fondo la *ratio* della norma contestata, quando afferma che <<scopo della regola citata è quello di assicurare che l'impresa mandataria, per il ruolo che detiene all'interno del raggruppamento e la posizione di responsabilità che riveste nei

confronti della stazione appaltante, **assuma una funzione di garanzia della corretta esecuzione dell'appalto**, quale il legislatore ha ritenuto che possa riposare **solo sul suo concorso principale alla dimostrazione dei requisiti di partecipazione ed alla esecuzione della prestazione richiesta dalla stazione appaltante>>.**

**Il Consiglio di Stato ha sostenuto che l'avvalimento interno è possibile, ma a condizione e sino a che non si alteri la regola secondo cui la mandataria deve in ogni caso possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. Tale posizione è stata confermata in un primo momento dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana che ha poi, invece, sollevato la questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia.**

Ne discende che l'avvalimento interno o infragruppo è certamente possibile secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, ma a condizione e sino a che non si alteri la regola secondo cui la mandataria deve "in ogni caso", ossia con mezzi propri, possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria<sup>2</sup>. La medesima interpretazione è stata recepita anche dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana.

## 3. La questione pregiudiziale posta dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana si è trovato a riconsiderare la propria precedente posizione in

occasione di un appello avverso la sentenza del TAR Sicilia, sezione staccata di Catania (Sezione Quarta) n. 3150/2019.

In primo grado, il TAR aveva avuto modo di accogliere il ricorso della seconda classificata in una gara, sulla scorta del fatto che il RTI aggiudicatario

1. Si veda, da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, n. 4206 del 01.07.2020. Nel caso esaminato, il RTI appellato aveva dichiarato, ai fini della dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica, una ripartizione degli stessi tra i componenti il raggruppamento - così come una partecipazione delle imprese raggruppate all'esecuzione del servizio oggetto di gara - non rispettosa della regola maggioritaria stabilita dall'art. 83, comma 8 del Codice.

2. In senso conforme, Cons. Stato sez. III, n. 1339/2018, sez. IV, n. 5687/2017; Consiglio di giust. amm. va Reg. siciliana n. 147/2019.

non avesse rispettato i dettami dell'art. 83 comma 8 del Codice. <<Pertanto, - ha affermato il giudice di prime cure - sebbene, sia certamente ammesso l'avvalimento, la mandataria del RTI deve, comunque, soddisfare la predetta condizione (possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria, ndr), tanto più considerato che la richiamata norma pretende l'osservanza della regola ivi sancita "in ogni caso">>.

In tal senso, il TAR Catania richiama appunto la precedente pronuncia del CGARS n. 147 del 2019 citata in nota, che, confermando l'indirizzo già espresso dal Consiglio di Stato, aveva affermato che <<è innegabile come dall'insieme degli articoli appena citati - del diritto italiano dei contratti pubblici - si ricava una regola per cui "la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria" (...); e che la mandataria, tanto di un raggruppamento orizzontale quanto di uno verticale, **debba assumere un ruolo predominante**, spendendo i requisiti in misura maggioritaria, perché appunto maggioritarie sono le prestazioni che deve eseguire (...). Se dunque il Codice ed il regolamento (il D.P.R. n. 207/2010, ndr) richiedono che la mandataria sia davvero, in senso pieno ovvero anche sostanziale, la capogruppo e la guida effettiva dell'ATI, **si tratta di valutare il rapporto tra la regola di fondo appena individuata e la possibilità, oramai pacificamente ammessa, di ricorrere all'avvalimento ad amplissimo spettro**, permettendo che il prestito dei requisiti avvenga anche tra partecipanti al medesimo raggruppamento (art. 89, co. 1)>>.

Il TAR si rifà quindi alla prima posizione espressa dal CGARS secondo cui va <<**ricercata una formula, e dunque una soluzione, che renda compatibili le due regole, altrimenti in apparente contraddizione, in antinomia, l'una con l'altra** (da un lato l'art. 83, comma 8; dall'altro l'art. 89, comma 1). E questa compatibilità non può che essere trovata riconoscendo che **l'avvalimento infragruppo o interno è (certamente) possibile (ma) a condizione e sino a che non si alteri la regola secondo cui la mandataria deve "in ogni caso" possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria**>>.

In sede di appello, il CGARS si è trovato quindi a dover nuovamente affrontare la questione della

dubbia compatibilità tra l'art. 89, comma 1, che ammette l'avvalimento interno e l'art. 83, comma 8 che vi pone dei limiti.

Stavolta il Collegio non ha concluso per la compatibilità nella misura in cui non sia travalicata la soglia posta dall'art. 83, comma 8, ma si è finalmente deciso a sollevare la questione pregiudiziale davanti alla Corte europea di giustizia, in accoglimento della richiesta in tal senso da parte dell'appellante.

Il RTI appellante ha infatti sostenuto che, nel caso di specie, ci si trovasse dinanzi ad un avvalimento operativo, e non di garanzia, <<un avvalimento, cioè, nel quale non si assiste al mero "prestito cartolare", ma alla concreta messa a disposizione delle risorse umane e materiali che costituiscono il sostrato materiale del requisito stesso>>.

In questo quadro fattuale, sarebbe stato chiaro, a detta dell'appellante, il tenore delle norme europee, <<nel senso della indiscriminata possibilità, espressamente estesa alla possibilità di "fare valere le capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti" (art. 63 direttiva 2014/24/UE, paragrafo 1, comma 3)>>.

In considerazione del ragionamento svolto dall'appellante, il CGARS ha deciso, con ordinanza n. 1106 del 24 novembre 2020, di "passare la palla" alla Corte di Giustizia UE. La motivazione del rinvio è la seguente: <<È noto che l'istituto dell'avvalimento ha una forte valenza nel diritto euro-unitario in quanto esso ha una valenza pro-concorrenza e non sono mancate le contestazioni mosse allo Stato Italiano per non aver valorizzato a pieno le potenzialità dell'istituto la cui disciplina (art. 89 comma 1 del decreto legislativo n. 50 del 2016) reca ancora resistenze ben evidenziate nella procedura di infrazione avviata nel 2019 dalla Commissione europea dove un paragrafo è proprio dedicato all'avvalimento.

Su questi presupposti si prospetta l'eventualità che la disciplina di cui al penultimo periodo del comma 8 dell'art. 83 (...) potrebbe incidere e condizionare il ricorso all'avvalimento, finendo per disattendere quanto indicato dalla direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 **che all'art. 63 paragrafo 1 non sembra porre limitazioni alla possibilità che l'operatore economico faccia affidamento senza restrizioni alle capacità di altri soggetti ricorrendo all'avvalimento.** (...).

Quanto previsto dal penultimo periodo del comma 8 dell'art. 83 del Codice dei contratti d.lgs. 50 del 2016 (...) **finirebbe per determinare in via interpretativa e senza violare direttamente l'art. 63 paragrafo 1 della direttiva 2014/24/UE, un'interpretazione della disposizione comunitaria limitativa delle scelte effettuate dall'operatore economico che finisce per condizionarne le libere determinazioni dell'impresa con chiari effetti anti concorrenziali (...)>>.**

Il CGARS ha anche ribadito il proprio punto di vista, espresso in precedenti pronunce, suggerendo che le due disposizioni in precedenza richiamate (art. 89 comma 1 e art. 83 comma 8 del Codice) non darebbero vita ad alcuna antinomia e potrebbero essere interpretate nel senso che l'operatore economico non incontri alcun limite nel ricorrere all'istituto dall'avvalimento al fine di conquistare capacità non possedute purché il ricorso all'avvalimento non si spinga fino al punto da sovvertire la regola secondo cui la mandataria deve "in ogni caso" possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.

Il CGARS ha quindi concluso la propria ordinanza di rinvio sollevando questione di pregiudizialità e invitando la Corte di Giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, a pronunciarsi sul seguente quesito: <<se l'articolo 63 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativo all'istituto dell'avvalimento, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), **osti all'applicazione della normativa nazionale italiana** in materia di "criteri di selezione e soccorso istruttorio" di cui all'inciso contenuto nel penultimo periodo del comma 8 dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nel senso che in caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento (di cui

all'articolo 89 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), in ogni caso la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria>>.

#### **4. La posizione dell'ANAC espressa nel parere di precontenzioso reso con delibera n. 1140 del 2020**

Nelle more della pronuncia della Corte europea di giustizia sulla questione di pregiudizialità sollevata dal CGARS, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha avuto modo di pronunciarsi su una fattispecie concreta del tutto simile. Con delibera n. 1140 del 22 dicembre 2020, infatti ha emesso un parere di precontenzioso che ha di fatto anticipato quella che poi sarebbe stata la decisione della Corte di giustizia UE.

L'ANAC ha infatti ritenuto che, pur essendo pendente il procedimento di rinvio pregiudiziale dinanzi alla CGUE, sarebbe stato possibile risolvere la questione sulla base dei principi già enunciati in merito dalla Corte di Giustizia fornendo una interpretazione delle norme codicistiche compatibile con le direttive europee.

In primo luogo, l'Autorità rammenta come il diritto europeo e l'interpretazione delle direttive fornita dalla Corte di Giustizia non prevedono limiti al ricorso dell'avvalimento. Il diritto dell'Unione infatti non impone che l'impresa concorrente sia in grado di realizzare direttamente, con mezzi propri, la prestazione convenuta né vieta che un concorrente possa avvalersi delle capacità di una o più imprese ausiliarie, in aggiunta alle proprie capacità, al fine di soddisfare i criteri di qualificazione posti dal bando di gara. Anzi, le direttive europee riconoscono il diritto di ogni operatore economico di fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti "a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi" e purché sia

**La questione pregiudiziale sollevata dinanzi alla Corte di giustizia UE si fonda sul fatto che l'art. 63 par. 1 della direttiva europea sui contratti pubblici non sembra porre limitazioni, a differenza del diritto interno, alla possibilità che l'operatore economico faccia affidamento senza restrizioni alle capacità di altri soggetti mediante avvalimento anche interno ad un RTI.**



dimostrato alla stazione appaltante che l'offerente disporrà dei mezzi di tali soggetti necessari per l'esecuzione della prestazione.

<<In quest'ottica, sostiene l'ANAC - sia la direttiva 2004/18/CE che la successiva direttiva 2014/24/UE hanno consentito senza riserve, ed in sostanziale continuità tra loro, il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di qualificazione imposti dall'amministrazione aggiudicatrice, purché alla stessa si dimostri che l'appaltatore che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti ausiliari disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi, che sono necessari all'esecuzione dell'appalto.

Tale interpretazione risponde all'obiettivo dell'**apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, a vantaggio non soltanto degli operatori economici stabiliti negli Stati membri, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici**. In tal modo, inoltre, **si agevola l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici**>>.

L'ANAC prosegue il ragionamento sostenendo che <<la disciplina dei raggruppamenti temporanei di imprese, in quanto espressione del principio generale di neutralità della forma dell'operatore economico (e quindi della necessità di garantire l'accesso agli appalti pubblici favorendo la cooperazione tra imprese) non può essere intesa come un limite all'avvalimento. La regola codificata nell'art. 83, comma 8, del D. lgs. n. 50/2016 (che, peraltro, **non trova riscontro nelle direttive europee**) va quindi intesa nel senso che anche la quota maggioritaria di requisiti che la mandataria di un raggruppamento deve possedere può essere dimostrata mediante ricorso all'avvalimento, anche interno. D'altra parte, una diversa interpretazione finirebbe con lo svilire la stessa figura dell'avvalimento e il suo significato>>.

L'Autorità, molto argutamente, fa notare inoltre che fornire un'interpretazione dell'art. 83, comma 8, del Codice come "limite" all'avvalimento <<è suscettibile di determinare **una ingiustificata disparità di trattamento** tra l'ipotesi in cui la mandataria di un RTI ricorra all'avvalimento esterno (per il quale gli artt. 83 e 89 del Codice non pongono restrizioni quantitative) e l'ipotesi di utilizzo di avvalimento interno.

Ciò, pur a fronte del rilievo che **l'avvalimento infragruppo offre maggiori garanzie alla stazione appaltante in termini di responsabilità solidale tra le imprese**.

In questo caso, infatti, alla garanzia di solidarietà di cui all'art. 89, comma 5, del Codice (circostrita alle sole prestazioni oggetto del contratto di avvalimento), si aggiunge il regime rafforzato dei RTI (ex art. 48, comma 5, del Codice) che prevede **la responsabilità solidale di tutte le imprese raggruppate nei confronti della stazione appaltante**, nonché dei subappaltatori e dei fornitori, con riferimento

all'esecuzione di tutte le prestazioni oggetto di gara>>.

L'Autorità pertanto conclude sostenendo che <<la regola codificata nel richiamato art. 83, comma 8, del Codice non può essere intesa come "limite" o "condizione" all'avvalimento, **perché così interpretata essa sarebbe contraria al diritto euro-unitario che non pone limitazioni quantitative né qualitative all'avvalimento** e che lo consente espressamente anche nell'ambito dei raggruppamenti di imprese e, in tal caso, sia mediante avvalimento interno sia mediante avvalimento esterno.

Dunque, all'interno di un RTI, anche tutti i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale della mandataria possono essere dimostrati mediante ricorso all'avvalimento (anche interno)>>.

**L'ANAC, in un parere di precontenzioso reso alla fine del 2020, anticipa le conclusioni cui poi giungerà la Corte di giustizia UE, interpretando la regola codificata nell'art. 83, comma 8, del Codice nel senso che essa non può essere intesa come limite all'avvalimento, perché così interpretata risulterebbe contraria al diritto euro-unitario, che non pone limitazioni quantitative né qualitative all'avvalimento.**



## 5. La decisione della Corte europea di giustizia

Con sentenza del 28 aprile 2022, pronunciata nella causa C-642/20, la Corte di giustizia UE scioglie finalmente ogni dubbio sull'apparente antinomia tra l'art. 89 e l'art. 83, comma 8 del Codice.

La Corte delinea il quadro normativo europeo richiamando innanzitutto l'art. 19 della direttiva 2014/24, nella parte in cui prevede che «ove necessario, le amministrazioni aggiudicatrici possono specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici devono ottemperare ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali di cui all'articolo 58, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive.

Gli Stati membri possono stabilire le condizioni generali relative all'ottemperanza a tali modalità da parte degli operatori economici. Le condizioni per l'esecuzione di un appalto da parte di tali gruppi di operatori economici, diverse da quelle imposte a singoli partecipanti, sono giustificate da motivazioni obiettive e sono proporzionate».

La Corte richiama, tra gli altri, l'art. 63 della medesima direttiva che dispone che «per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4, un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali (...) o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia fare affidamento sulle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. (...) Nel caso di appalti

di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 19, paragrafo 2, da un partecipante al raggruppamento».

Stante questa cornice normativa europea, nell'ordinamento italiano si prevede qualcosa di diverso. Secondo la Corte, infatti, nell'imporre all'impresa mandataria del raggruppamento di imprese di eseguire le prestazioni «in misura maggioritaria» rispetto a tutti i membri del raggruppamento, vale a dire di eseguire la maggior parte dell'insieme delle prestazioni contemplate dall'appalto, l'articolo 83, comma 8, del nostro Codice dei contratti pubblici ha posto «una condizione **più rigorosa** di quella prevista dalla direttiva 2014/24, la quale si limita ad autorizzare l'amministrazione aggiudicatrice a prevedere, nel bando di gara, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al raggruppamento di operatori economici. Secondo il regime istituito da tale direttiva, le amministrazioni aggiudicatrici hanno la facoltà di esigere che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente dall'offerente stesso o, se l'offerta è presentata da un raggruppamento di operatori economici ai sensi dell'articolo

19, paragrafo 2, della direttiva 2014/24, da un partecipante a detto raggruppamento; per contro, secondo il diritto nazionale (...), **il legislatore nazionale impone, in modo orizzontale, per tutti gli appalti pubblici in Italia, che il mandatario del raggruppamento di operatori economici esegua la maggior parte delle prestazioni**>>.

Da qui, l'evidente mancato rispetto da parte del nostro legislatore dei principi posti a livello europeo. Prosegue infatti la Corte, affermando che «è vero che l'articolo 19, paragrafo 2, secondo

**Con la sentenza di fine aprile, la Corte di giustizia UE ha finalmente chiarito la questione sull'antinomia tra l'art. 89 e il comma 8 dell'art. 83 del Codice, affermando l'incompatibilità di quest'ultimo con il diritto euro-unitario. Ora, in caso di avalimento interno, la mandataria non sarà più obbligata a possedere i requisiti e ad eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.**



comma, della direttiva 2014/24 prevede che gli Stati membri possano stabilire clausole standard che specifichino il modo in cui i raggruppamenti di operatori economici devono soddisfare le condizioni relative alla capacità economica e finanziaria o alle capacità tecniche e professionali di cui all'articolo 58 di tale direttiva. Tuttavia, quand'anche la capacità di svolgere compiti essenziali rientrasse nella nozione di «capacità tecnica», ai sensi degli articoli 19 e 58 della direttiva 2014/24, ciò che consentirebbe al legislatore nazionale di includerla nelle clausole standard previste dall'articolo 19, paragrafo 2, della stessa, una norma come quella contenuta nell'articolo 83, comma 8, terzo periodo, del Codice dei contratti pubblici, che obbliga il mandatario del raggruppamento di operatori economici ad eseguire direttamente la maggior parte dei compiti, **va al di là di quanto consentito da tale direttiva**. Infatti, una norma del genere non si limita a precisare il modo in cui un raggruppamento di operatori economici deve garantire di possedere le risorse umane e tecniche necessarie per eseguire l'appalto, ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 2, di detta direttiva, in combinato disposto con l'articolo 58, paragrafo 4, della stessa, **ma riguarda l'esecuzione stessa dell'appalto e richiede in proposito che essa sia svolta in misura maggioritaria dal mandatario del raggruppamento**>>.

La conclusione interpretativa cui giunge la Corte europea non è confutata dal fatto che l'articolo 63 della direttiva sopra richiamato consenta alle stazioni appaltanti di esigere, per gli appalti di servizi, che «taluni compiti essenziali» siano svolti da un partecipante al raggruppamento di operatori economici.

La volontà del legislatore europeo, in tale frangente, è chiara nel voler <<limitare ciò che può essere imposto a un singolo operatore di un raggruppamento, seguendo un approccio qualitativo e non meramente quantitativo, al fine di

incoraggiare la partecipazione di raggruppamenti come le associazioni temporanee di piccole e medie imprese alle gare di appalto pubbliche>>.

In altri termini, l'articolo 63 della direttiva si limita ad autorizzare le amministrazioni aggiudicatrici ad esigere, per gli appalti di servizi, che taluni compiti siano svolti dall'uno o dall'altro partecipante al raggruppamento di operatori economici. La prescrizione imposta dal nostro articolo 83, comma 8, invece, che impone tout court alla sola mandataria l'esecuzione delle prestazioni in misura maggioritaria, <<contravviene a siffatto approccio, **eccede i termini mirati impiegati all'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 e pregiudica così la finalità, perseguita dalla normativa dell'Unione in materia, di aprire gli appalti pubblici alla concorrenza più ampia possibile e di facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese**>>.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, la Corte di giustizia UE conclude dichiarando che l'articolo 63 della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso

**che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria**>>.

## 6. Conclusioni

Alla luce dell'esaminata pronuncia della Corte di giustizia UE, gli operatori del diritto - stazioni appaltanti e giudici nazionali - dovranno immediatamente adeguarsi disapplicando, nelle procedure di appalto che di volta in volta si troveranno ad espletare o a giudicare, il limite imposto dall'art. 83, comma 8 del Codice.

**La sentenza interpretativa della Corte di giustizia UE ha portata immediatamente precettiva nel senso che la stessa è efficace e vincolante erga omnes senza alcuna necessità di recepimento da parte dello Stato membro con apposito provvedimento. La norma in contrasto con il diritto europeo deve essere direttamente disapplicata dal giudice e dalla pubblica amministrazione.**



Non vi è infatti alcun dubbio sulla portata immediatamente precettiva delle sentenze della Corte di giustizia, la cui efficacia e immediata vincolatività erga omnes è stata a più riprese affermata dalla Corte Costituzionale<sup>3</sup> e confermata dal Consiglio di Stato il quale, recentemente - con riferimento all'istituto del subappalto per cui la Corte di giustizia si era pronunciata affermando l'incompatibilità della norma interna che pone un limite quantitativo al subappalto in contrasto con l'ordinamento euro-unitario - ha disapplicato in un caso concreto l'art. 105, comma 2 del Codice<sup>4</sup>.

L'interpretazione del diritto europeo, con efficacia vincolante per tutte le autorità - giurisdizionali e amministrative - degli Stati membri, anche ultra partes, compete alla Corte di giustizia UE. Pertanto, una norma interna dichiarata dalla Corte in contrasto con l'ordinamento UE ha come ricaduta la disapplicazione diretta della stessa anche da parte delle pubbliche amministrazioni degli Stati membri.

Secondo l'orientamento consolidato della Corte costituzionale<sup>5</sup>, <<poiché ai sensi dell'art. 164 del Trattato spetta alla Corte di giustizia assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione

e nell'applicazione del medesimo Trattato, se ne deve dedurre che qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario, nel senso che la Corte di Giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative>>.

Ne consegue che <<esigenze fondamentali di eguaglianza e di certezza giuridica postulano che le norme comunitarie (...) debbano avere **piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di recezione e adattamento**, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire un'applicazione uguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari>>.

Non resta quindi che attendere i prossimi passi delle stazioni appaltanti e dei giudici nazionali dinanzi ai casi concreti di avvalimento interno che si troveranno ad affrontare.

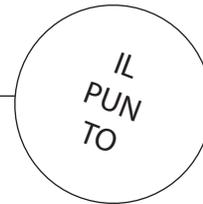
3. Tra le altre, si vedano Corte Cost. n. 210 del 29.10.2015, n. 41 del 07.02.2000, n. 384 del 10.11.1994.

4. Cons. Stato, sez. V, n. 8101 del 17.12.2020

5. Si vedano, ex multis, Corte Cost. n. 170/1984; n. 113/1985; ordinanza n. 255/1999.

# La Corte Costituzionale rigetta la questione di legittimità costituzionale sull'applicabilità retroattiva della lex mitior in relazione all'escussione della garanzia provvisoria prevista dal nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

di Adriana Presti



## 1. Introduzione

La Corte Costituzionale, con la sentenza del 26 luglio 2022 n. 198, ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 93, comma 6, in combinato disposto con l'art. 216, comma 1, del Codice dei Contratti Pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016 deferite dalla V Sez. del Consiglio di Stato con l'ordinanza 26 aprile 2021, n. 3299<sup>1</sup>. Prima di esporre le ragioni alla base della decisione della Consulta è necessaria una breve ricostruzione della questione in fatto ed in diritto.

### 1.1 Sui fatti che hanno originato la questione

A seguito dell'esclusione di un concorrente da una procedura di gara bandita nel vigore del d.lgs. n. 163/2016 in ragione di una serie di irregolarità fiscali accertate, la stazione appaltante provvedeva all'escussione della cauzione provvisoria prestata

non solo per l'unico lotto nel quale detto operatore economico era risultato primo in graduatoria e quindi aggiudicatario, ma anche - in un secondo tempo - per tutti i lotti per i quali lo stesso aveva presentato un'offerta, malgrado il fatto che lo stesso non fosse risultato in relazione a questi ultimi né aggiudicatario e neanche secondo graduato. E ciò in applicazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, *ratione temporis* applicabile alla gara in questione.

L'operatore economico escluso ed escusso, avverso il provvedimento che disponeva l'escussione della cauzione provvisoria per i lotti nei quali non era risultato aggiudicatario, aveva proposto ricorso al TAR e, a seguito del suo rigetto, si era appellato al Consiglio di Stato, sollevando altresì questione di legittimità costituzionale dell'art. 93, comma 6, nel disposto combinato con l'art. 216 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per contrasto con gli artt. 3 e 117 comma primo della Costituzione.



1. Il tema è stato trattato negli scritti di A. Presti, Al vaglio della Consulta la questione dell'applicabilità retroattiva della lex mitior sulla escussione della garanzia provvisoria prevista dal nuovo Codice Appalti, in questa Rivista Anno: XI, Numero: 3 e L'Adunanza Plenaria individua nel solo aggiudicatario, e non nell'o.e. "proposto quale aggiudicatario", il soggetto al quale può essere escussa la garanzia provvisoria ex art. 93, comma 6, del Codice dei Contratti Pubblici, in questa Rivista Anno: XII, Numero 6.

## 1.2 Sul quadro normativo

Come noto, l'art. 93, comma 6 del d.lgs. n. 163 del 2006, la cd. "garanzia provvisoria" prestata dagli operatori economici che partecipino ad una gara copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. La predetta garanzia viene obbligatoriamente posta a corredo dell'offerta e svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto. La norma è dunque chiara nel circoscrivere la possibilità, per la stazione appaltante, di escutere detta garanzia nei soli confronti dell'aggiudicatario (*recte*, "affidatario"), nei casi specifici ivi contemplati.

Ai sensi dell'art. 216, recante "Disposizioni transitorie e di coordinamento", del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016, peraltro, le disposizioni contemplate nel vigente "Codice dei contratti pubblici" si applicano *"alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte"*.

Nel vigente Codice dei contratti pubblici non esiste una disposizione espressa che, in particolare, estenda l'applicazione della disciplina di cui al comma sesto dell'art. 93 cit. anche alle procedure di gara i cui bandi o avvisi siano stati sì pubblicati in epoca antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, ma relativamente alle quali l'amministrazione si sia determinata ad escutere la cauzione prestata da uno dei partecipanti alla gara non aggiudicatario in un momento successivo all'entrata in vigore dello stesso.

Ebbene nel caso di specie, la gara era soggetta alla disciplina di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e ai sensi del previgente codice dei contratti pubblici, l'art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006, che si riferisce all'ipotesi di un controllo a campione che abbia sortito esito negativo circa il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa (ossia dei c.d. "requisiti speciali")

dichiarati dal concorrente all'atto dell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità, a prescindere dalla posizione occupata in graduatoria dal concorrente.

Ai sensi dell'articolo 48 (comma primo), infatti, *"Le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Le stazioni appaltanti, in sede di controllo, verificano il possesso del requisito di qualificazione per eseguire lavori attraverso il casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, ovvero attraverso il sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per i contratti affidati a contraente generale; per i fornitori e per i prestatori di servizi la verifica del possesso del requisito di cui all'articolo 42, comma 1, lettera a), del presente codice è effettuata tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 6-bis del presente Codice. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 6 comma 11. L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento"*.

A sua volta l'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006, che concerne invece il caso del contratto che non venga sottoscritto per fatto dell'aggiudicatario, al comma primo prevede che *"L'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente [...]", di seguito precisando, al comma 6, che "La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo"*.

Secondo un consolidato orientamento giurisdizionale in ordine alla normativa di cui al previgente Codice (cfr. TAR del Lazio, Sez. II, 13 ottobre 2020, n. 10413) è vi è, in linea generale, un automatismo tra esclusione per carenza dei requisiti di partecipazione ed escussione della cauzione provvisoria prestata a garanzia della serietà dell'offerta, quale conseguenza diretta della violazione del patto di integrità e delle regole di gara cui è soggetto il partecipante (v. Cons. St., V, 16.5.2018, n. 2896; Cons. Stato, Sez. V, 2.2.2018, n. 691). L'escussione della cauzione, costituisce, infatti, conseguenza diretta ed automatica del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara per carenza dei requisiti di partecipazione ed è una misura autonoma e ulteriore rispetto all'esclusione dalla gara, che si riferisce, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dall'Amministrazione, ad un distinto per quanto connesso rapporto giuridico fra quest'ultima e l'imprenditore.

In altri termini, la escussione altro non è che una conseguenza vincolata e diretta del provvedimento di esclusione, e ciò anche in quei casi in cui l'effetto espulsivo della procedura sia l'esito di un giudizio di discrezionalità tecnica dell'amministrazione, la quale sussume la fattispecie concreta nella fattispecie astratta disegnata dal legislatore in guisa di concetto giuridico indeterminato.

Conseguenza diretta ed automatica che prescinde dall'elemento soggettivo, atteggiandosi a misura patrimoniale e ad evenienza che i concorrenti accettano partecipando alla selezione e al relativo patto di integrità.

## 2. L'incidente di costituzionalità

In tale contesto, la V Sezione del Consiglio di Stato con l'Ordinanza Collegiale n. 3299/2021, ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 93, comma 6, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, che disciplina la cauzione provvisoria prestata dagli operatori economici che partecipino ad una gara, nel combinato disposto con l'art. 216 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, per contrasto con gli artt. 3 e 117, comma primo (quest'ultimo in relazione all'art. 49, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) della Costituzione.

Secondo il Collegio remittente il regime di escussione della garanzia provvisoria previsto a suo tempo dall'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 integrava una forma di sanzione di carattere punitivo a carico dell'operatore economico che fornisce dichiarazioni rimaste poi senza riscontro, sanzione poi abbandonata dalla normativa sopravvenuta. Dalla natura punitiva e particolarmente afflittiva della misura sanzionatoria amministrativa prevista dall'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 discendevano pertanto le garanzie che la Costituzione ed il diritto internazionale assicurano alla materia, ivi compresa la garanzia della retroattività della *lex mitior*.

Il giudice rimettente sottolineava, infatti, che, per pacifica giurisprudenza amministrativa, l'istituto dell'escussione della garanzia provvisoria disciplinato dal previgente codice dei contratti pubblici, oltre ad avere la funzione di indennizzare «la stazione appaltante

**La Corte Costituzionale dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 93, comma 6, e 216, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 49, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, e all'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e rese esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848, dal Consiglio di Stato, sezione quinta, con l'ordinanza in epigrafe indicata.**



dall'eventuale mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario (funzione indennitaria), può svolgere altresì una funzione sanzionatoria verso altri possibili inadempimenti contrattuali dei concorrenti».

Tale istituto, infatti, «non può essere considerato una misura meramente ripristinatoria dello status quo ante, né ha natura risarcitoria (o anche solo indennitaria), né mira semplicemente alla prevenzione di nuove irregolarità da parte dell'operatore economico». Si tratterebbe, invece, di «una sanzione amministrativa, seppur non in senso proprio», dotata di «elevata carica affittiva (nel caso di specie, all'incirca 2k), che in assenza di una specifica finalità indennitaria (propria della sola ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario) o risarcitoria, si spiega soltanto in chiave di punizione dell'autore dell'illecito». Ad essa, pertanto, avrebbe dovuto applicarsi il principio di retroattività della *lex mitior* che, secondo la più recente giurisprudenza costituzionale, si estende alle «sanzioni di carattere amministrativo che abbiano natura "punitiva"», quale sarebbe l'escussione della garanzia provvisoria come disciplinata dall'art. 48 del previgente codice dei contratti pubblici.

A tale riguardo, nell'Ordinanza in esame si legge **“che il regime di escussione della garanzia provvisoria previsto a suo tempo dall'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 possa integrare, alla luce del richiamato consolidato indirizzo della giurisprudenza amministrativa, una forma di sanzione di carattere punitivo a carico dell'operatore economico che abbia fornito dichiarazioni rimaste poi senza riscontro, sanzione peraltro abbandonata dalla normativa sopravvenuta. Non sembra revocabile in dubbio che la misura sanzionatoria amministrativa prevista dall'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 abbia natura punitiva e soggiaccia pertanto alle garanzie che la Costituzione ed il diritto internazionale assicurano alla materia, ivi compresa la garanzia della retroattività della *lex mitior*. L'escussione della garanzia in parola, infatti, non può essere considerata una misura meramente ripristinatoria dello status quo ante, né ha natura risarcitoria (o anche solo indennitaria), né mira semplicemente alla prevenzione di nuove irregolarità da parte dell'operatore economico. Si tratta, piuttosto, di una sanzione dall'elevata carica**

**affittiva [in taluni casi anche di diversi milioni di euro, come nel caso al vaglio del Consiglio di Stato, n.d.r.], che in assenza di una specifica finalità indennitaria (propria della sola ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario) o risarcitoria, “si spiega soltanto in chiave di punizione dell'autore dell'illecito in questione, in funzione di una finalità di deterrenza, o prevenzione generale negativa, che è certamente comune anche alle pene in senso stretto” (Corte cost., n. 63 del 2019)”.**

La ricordata conclusione, del resto, consegue ad un (puntuale) inquadramento dell'ambito di operatività del principio della retroattività della *lex mitior*, che si fonda su un'analitica disamina della giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte Cost. 21 marzo 2019, n. 63; n. 394/2006; n. 236/2011 e 393/2006), nonché dei principi CEDU (art. 7 nella lettura offertane dalla giurisprudenza di Strasburgo) e di altre norme del diritto internazionale dei diritti umani vincolanti per l'Italia che enunciano il medesimo principio (tra cui gli artt. 15, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e 49, paragrafo 1, CDFUE, quest'ultimo rilevante nel nostro ordinamento anche ai sensi dell'art. 11 Cost.).

Di conseguenza, ad avviso del giudice a quo, l'art. 216, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, impedendo l'applicazione della più favorevole disciplina sanzionatoria dettata dall'art. 93, comma 6, del medesimo decreto – che limita «l'escussione della cauzione provvisoria solo a valle dell'aggiudicazione (definitiva) e, dunque, solo nei confronti dell'aggiudicatario» – si porrebbe in contrasto con gli artt. 3 e 117 Cost.

### 3. La decisione del Giudice delle Leggi

L'esame delle questioni di legittimità costituzionale imponeva, quindi, di verificare la correttezza del presupposto interpretativo da cui muoveva l'ordinanza di rimessione: **l'escussione della garanzia provvisoria, nell'ipotesi di esito negativo del controllo a campione sul possesso dei requisiti speciali a carico dei partecipanti alla procedura di gara diversi dall'aggiudicatario (art. 48, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006), ha natura di sanzione “punitiva” agli effetti della CDFUE**

**e della CEDU e, quindi, soggiace alle garanzie dalle stesse previste, tra cui il principio di retroattività della *lex mitior*?**

La Corte Costituzionale, nel dichiarare non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate nella più volte richiamata Ordinanza n. 3299/2021 del Consiglio di Stato, ha osservato, anzitutto, come la ricostruzione dell'ordinanza di rimessione in ordine alla natura di sanzione "punitiva" dell'escussione della garanzia provvisoria, in caso di esito negativo del controllo a campione di cui all'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, non rifletta il quadro giurisprudenziale costituzionale e amministrativo, che è sempre stato prevalentemente orientato in senso opposto.

La medesima Corte, infatti, aveva già avuto modo di chiarire che la garanzia provvisoria prevista dal citato art. 48 rispondeva «*alla funzione di garantire serietà ed affidabilità dell'offerta*», tutelando la correttezza del procedimento di gara, in modo da assicurarne il «*regolare e rapido espletamento*» (ordinanza n. 211 del 2011).

La funzione della garanzia provvisoria di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese e al dovere di correttezza, «allo scopo di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta e prevenire l'inutile e non proficuo svolgimento di complesse attività selettive», è stata di recente ribadita dalla stessa Corte, con la sentenza n. 23 del 2022, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 17 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 aprile 2020, n. 3, laddove sospendeva l'obbligo di corredare l'offerta con una garanzia provvisoria «per tutte le procedure di gara, di qualsiasi tipo e per qualunque importo», per violazione dei limiti statuari in relazione appunto all'art. 93 del d.lgs. n. 50 del 2016.

In tale occasione la Corte ha infatti osservato che la cauzione provvisoria è strettamente funzionale alla tutela della concorrenza e serve ad assicurare la serietà e la correttezza delle offerte presentate. La sua funzione è, dunque, quella di «responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese e al dovere di diligenza, allo scopo di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta e prevenire l'inutile e non proficuo svolgimento di complesse attività selettive (Adunanza Plenaria n. 5/2016)» (così Consiglio di Stato, sezione terza, sentenza 22

luglio 2021, n. 5517, che si riferisce alla disciplina del nuovo codice; si vedano, altresì, Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza 22 aprile 2021, n. 3255; sezione quinta, sentenze 6 aprile 2020, n. 2264 e 15 maggio 2019, n. 3151).

Del resto, se è vero che «il principio cardine delle gare pubbliche è quello del favor participationis», questo attiene, nondimeno, solo alla partecipazione di «operatori economici "qualificati"», che possono «garantire, da un lato, che l'Amministrazione individui, tra i tanti, il "miglior contraente", dall'altro, l'esplicazione di una piena ed effettiva concorrenza tra le imprese in un mercato libero» (Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza 19 febbraio 2021, n. 1483).

Secondo la Corte, inoltre, ancorché la pronuncia richiamata riguardi la disciplina dettata dal nuovo codice dei contratti pubblici, deve rimarcarsi che essa non circoscrive la funzione della cauzione provvisoria, in termini di garanzia della serietà delle offerte e dell'efficienza dell'azione amministrativa, ai soli comportamenti contrari al dovere di correttezza dell'aggiudicatario, predicandola, per contro, per tutti i partecipanti alla procedura di gara.

L'evidenziata esigenza di assicurare l'affidabilità delle offerte e di evitare un'inutile attività procedimentale dell'amministrazione vale, dunque, a sottolineare una sostanziale omogeneità di funzioni tra le differenti ipotesi di incameramento della garanzia provvisoria (quella di cui al previgente art. 48 e quella di cui al nuovo art. 93, reiterativo del precedente art. 76).

Nel ritenere il citato art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 «strumentale rispetto all'esigenza di garantire imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa», la Corte ha sottolineato come l'incameramento della cauzione provvisoria, in caso di esito negativo del controllo a campione, sia «preordinato ad assicurare il regolare e rapido espletamento della procedura e la tempestiva liquidazione dei danni prodotti dalla alterazione della stessa a causa della mancanza dei requisiti da parte dell'offerente» (ordinanza n. 211 del 2011), tenuto conto peraltro che «l'operatore economico, con la domanda di partecipazione, sottoscrive e si impegna ad osservare le regole della relativa procedura, delle quali ha, dunque, contezza» (ancora, ordinanza n. 211 del 2011).

La Corte Costituzionale non ha mancato di rilevare, come in termini analoghi si sia espressa la prevalente giurisprudenza amministrativa, secondo la quale l'escussione della cauzione provvisoria, in entrambe le ipotesi contemplate dal d.lgs. n. 163 del 2006 (artt. 48, comma 1, e 75, comma 6), «si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto di integrità cui si vincola chi partecipa ad una gara pubblica. La sua finalità è quella di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese, di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, nonché di escludere da subito i soggetti privi delle richieste qualità volute dal bando» (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 10 dicembre 2014, n. 34; in senso conforme, ex multis, Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza 22 aprile 2021, n. 3255 e sezione quinta, sentenze 10 aprile 2018, n. 2181, 19 aprile 2017, n. 1818, e 22 dicembre 2014, n. 6302). Questo perché la presenza di dichiarazioni non corrispondenti al vero «altera di per sé la gara quantomeno per un aggravio di lavoro della stazione appaltante, chiamata a vagliare anche concorrenti inidonei o offerte prive di tutte le qualità promesse» (ancora, Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza n. 34 del 2014).

Pertanto, si tratta, insomma, di «una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio», che costituisce l'automatica conseguenza della violazione del dovere di correttezza gravante sull'offerente e realizza un'anticipata liquidazione dei danni subiti dalla stazione appaltante (ancora, Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza n. 34 del 2014; in senso analogo, Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 4 febbraio 2009, n. 2634, che ne ha sottolineato l'affinità con la caparra confirmatoria).

La Corte Costituzionale non ha però mancato di "bacchettare" il giudice remittente, il quale secondo la stessa "innanzi a così solide conclusioni, supportate da pronunce di questa Corte [...] non si è confrontato".

La Corte ha, altresì, liquidato le argomentazioni delle Parti tratte dalla recente pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 26 aprile 2022, n. 7 della quale questa Rivista ha trattato nello scorso Numero 6. Secondo la Corte, infatti, non apporta alcun argomento in senso contrario il riferimento alla funzione "punitiva"

propria dell'incameramento della cauzione provvisoria. Né, infine, sono in grado di apportare validi argomenti critici al riferito orientamento giurisprudenziale le generiche considerazioni del rimettente, che qualifica l'istituto in esame come «una sanzione amministrativa, seppur non in senso proprio», potendo assolvere, oltre alla «funzione di indennizzare la stazione appaltante dall'eventuale mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario», «altresì una funzione sanzionatoria verso altri possibili inadempimenti contrattuali dei concorrenti».

La Corte ha quindi verificato l'eventuale natura di sanzione "punitiva" dell'incameramento della cauzione provvisoria disposto ai sensi dell'art. 48, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006.

Nel fare ciò ha, dapprima, richiamato la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ricordando che «l'esistenza o meno di una "accusa in materia penale" deve essere valutata sulla base di tre criteri, indicati comunemente con il nome di "criteri Engel" (Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, § 82, serie A n. 22, A e B c. Norvegia [GC], nn. 24130/11 e 29758/11, § 107, 15 novembre 2016, e Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo [GC], nn. 55391/13 e altri 2, § 122, 6 novembre 2018):

- il primo è la qualificazione giuridica del reato nel diritto interno, il secondo è la natura stessa del reato e il terzo è il grado di severità della sanzione in cui incorre l'interessato;
- il secondo e il terzo criterio possono essere alternativi e non necessariamente cumulativi» (Corte europea dei diritti dell'uomo, grande camera, 8 luglio 2019, Mihalache contro Romania), anche se «ciò non impedisce di adottare un approccio cumulativo se l'analisi separata di ciascun criterio non permette di giungere a una conclusione chiara circa l'esistenza di una accusa in materia penale» (Corte europea dei diritti dell'uomo, sezione seconda, 4 marzo 2014, Grande Stevens contro Italia).

Nella specie, l'escussione della garanzia provvisoria – che deve essere presentata a corredo dell'offerta, ai sensi del previgente art. 75, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 e del vigente art. 93, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 – non è formalmente qualificata dall'ordinamento nazionale come sanzione penale.

Il suo eventuale carattere sanzionatorio "punitivo" va allora apprezzato sulla base dei due criteri sostanziali di cui si è detto: da un lato, la natura della violazione, desunta dal suo ambito applicativo, in quanto, per essere "penale", essa deve essere rivolta alla «generalità dei consociati» e non agli appartenenti ad un ordinamento particolare, e, soprattutto, dallo scopo perseguito, che deve essere «non meramente risarcitorio, ma repressivo e preventivo»; dall'altro, la natura e la gravità della sanzione cui l'interessato si trova esposto, che deve presentare «una connotazione afflittiva, potendo raggiungere un rilevante grado di severità» (sentenza n. 43 del 2017).

Con riferimento al primo di questi criteri, la Corte ha dunque sottolineato che l'escussione della garanzia provvisoria ha un ambito applicativo limitato agli operatori economici che partecipano alle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici e non è rivolta alla generalità dei consociati. Detta escussione mira, infatti, a garantire l'ordinato svolgersi di una specifica procedura amministrativa, al punto che il relativo importo non viene assicurato al bilancio pubblico in generale, ma incamerato dalla stazione appaltante.

**Lo scopo da essa perseguito, inoltre, non è repressivo e punitivo, essendo volta, da un lato, a «garantire serietà ed affidabilità dell'offerta»,** dall'altro, a consentire «l'anticipata liquidazione dei danni subiti dalla stazione appaltante» in caso di omessa dimostrazione dei requisiti speciali di partecipazione dichiarati dal concorrente in sede di presentazione dell'offerta (ordinanza n. 211 del 2011). La stessa Corte, nell'ordinanza n. 211 del 2011 più volte citata, nel delineare la differenza e l'incomparabilità tra l'escussione della cauzione provvisoria e le ulteriori sanzioni applicate dall'AVCP (oggi, ANAC), nell'ipotesi di cui al menzionato art. 48, comma 1, ha rilevato che i provvedimenti della menzionata Autorità, «previsti dalla norma censurata, mirano a garantire che nel settore operino soggetti rispettosi delle regole che lo disciplinano e, quindi, sono diretti a sanzionare la condotta dell'offerente per finalità ulteriori e diverse rispetto a quelle cui è preordinato l'incameramento della cauzione provvisoria, caratterizzato da una funzione differente da quella che connota detti provvedimenti», una funzione appunto di tipo riparatorio. Anche se talvolta, in letteratura e in giurisprudenza, viene adottata la assai generica espressione "sanzione", **trattasi comunque di un rimedio non "punitivo".**

L'escussione della cauzione provvisoria, anche se può avere un effetto indirettamente punitivo del concorrente che ha partecipato alla procedura di gara, dichiarando il possesso di requisiti che non ha poi confermato, risponde infatti all'esigenza di garantire il rispetto delle regole procedurali e, quindi, l'affidabilità di tutti i concorrenti e dell'offerta da essi presentata, nonché la speditezza della procedura medesima. In questa stessa ottica, l'incameramento della garanzia provvisoria "sanziona" «la violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente» (ordinanza n. 211 del 2011), nel senso che costituisce il rimedio apprestato dall'ordinamento a tutela dell'interesse della stazione appaltante alla serietà e affidabilità dell'offerente stesso e al rispetto, da parte sua, delle regole di gara.

L'attività contrattuale dell'amministrazione, «sebbene svolta con i moduli autoritativi e impersonali dell'evidenza pubblica», è infatti inquadrabile «nello schema delle trattative prenegoziali», da cui deriva «l'assoggettamento al generale dovere di comportarsi secondo buona fede enunciato dall'art. 1337 cod. civ.» (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 29 novembre 2021, n. 21). Quest'obbligo grava, ovviamente, su entrambe le parti "della trattativa" e, quindi, non solamente sulla stazione appaltante, ma anche sui partecipanti alla procedura di gara e la sua violazione dà vita a responsabilità precontrattuale, che è posta appunto «a presidio dell'interesse di ordine economico a che sia assicurata la serietà dei contraenti nelle attività preparatorie e prodromiche al perfezionamento del vincolo contrattuale» (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza n. 21 del 2021).

L'escussione della garanzia provvisoria risponde, quindi, **alla funzione tipica dei rimedi apprestati dall'ordinamento a fronte di condotte contrarie a buona fede fondanti la responsabilità precontrattuale, che, anche quando "sanzionano" comportamenti scorretti imputabili alla parte, non sono "punitivi" perché sono tesi a salvaguardare posizioni giuridiche soggettive contro la violazione ingiustificata del dovere di correttezza.**

Peraltro, il carattere sanzionatorio che assumono, in taluni casi, i rimedi civilistici non implica che essi siano conseguentemente qualificabili come sanzioni "punitive" agli effetti della CEDU e della

CDFUE, in ragione della ormai riconosciuta natura polifunzionale della responsabilità civile.

L'incameramento della cauzione provvisoria è, insomma, un rimedio atto a sanzionare il mancato rispetto del dovere di buona fede e correttezza nella fase precontrattuale da parte di coloro che, partecipando alla procedura di gara, si impegnano a osservarne le regole.

Come accade in altri istituti previsti dal nostro ordinamento, inoltre, alla funzione di tutela dell'interesse dell'amministrazione ad evitare l'inutile e non proficuo svolgimento di complesse attività selettive, si aggiunge quella di liquidare, preventivamente e forfettariamente, il danno da essa eventualmente subito.

Da qui la funzione complessa della garanzia provvisoria e della sua escussione, volte a rafforzare complessivamente la posizione giuridica dell'amministrazione a tutela dell'interesse pubblico alla concorrenza, trasparenza e legalità delle procedure di affidamento dei contratti pubblici di cui essa è portatrice. «La stessa mancanza di discrezionalità in capo all'autorità amministrativa» (sentenza n. 276 del 2016) chiamata ad escutere la cauzione provvisoria, la quale consegue automaticamente all'esclusione dalla procedura di gara per assenza o mancata dimostrazione del requisito speciale dichiarato in sede di offerta, costituisce un indice ulteriore del fatto che l'incameramento di questa cauzione non abbia carattere "punitivo", ma sia essenzialmente diretto a garantire il rispetto delle regole di gara, restaurando l'interesse pubblico leso, che è quello di evitare la partecipazione alla gara stessa di concorrenti inidonei o di offerte prive dei requisiti richiesti.

La Corte, pertanto, una volta escluso che la misura persegue le finalità afflittive proprie della pena, poste nell'interesse generale dell'ordinamento, anziché in quello settoriale della pubblica amministrazione coinvolta nella gara, ha aggiunto che neppure il suo grado di severità conforta le premesse ermeneutiche del rimettente.

Nella specie sottolineando che *"l'entità della garanzia provvisoria, ai sensi dell'art. 75 del previgente codice dei contratti pubblici, era pari al «due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito» e, quindi, ad una percentuale non particolarmente elevata di esso"*.

Peraltro, sempre secondo la Corte, il comma 7

del medesimo art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006, prevedeva una serie di ipotesi, cumulabili tra loro, in cui l'importo di questa garanzia era ridotto da un minimo del quindici a un massimo del cinquanta per cento, giustificate dal possesso, da parte degli operatori economici, di determinate certificazioni.

Dall'importo della garanzia provvisoria, dalla previsione di forme alternative di costituzione (la cauzione o la fideiussione) e dal regime delle riduzioni previste dal legislatore, dunque, può ben desumersi l'assenza di quel connotato di speciale gravità, necessario affinché la misura pregiudizievole possa essere assimilata a una sanzione sostanzialmente penale.

#### 4. Conclusioni

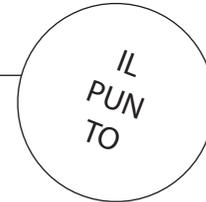
Sulla base delle considerazioni che precedono, la Corte Costituzionale ha ritenuto non condivisibile il presupposto interpretativo dal quale muove l'ordinanza di rimessione, che si basa sulla natura di sanzione "punitiva" dell'incameramento della garanzia provvisoria in caso di esito negativo del controllo a campione ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006.

La pronuncia della Corte Costituzionale si impone sul solco di una tradizione giurisprudenziale che probabilmente meritava di essere maggiormente affrontata dal giudice remittente, come peraltro osservato dalla stessa Consulta, proprio facendo leva sulla *ratio* della nuova normativa introdotta dall'art. 93 comma 6 del Codice dei Contratti Pubblici e sui criteri CEDU testé richiamati.

Sicuramente, la consistenza della indagine è dipesa dalla vicenda nell'ambito della quale è stata adottata l'ordinanza n. 3299/2021, dato che nel caso di specie si disquisiva di una esclusione/escussione disposta a seguito di una causa automatica di esclusione (l'accertata irregolarità fiscale dell'operatore economico); mentre sarebbe stato interessante includere nel giudizio di legittimità le escussioni disposte in ragione della discrezionalità amministrativa della S.A., stante la natura non paritaria del rapporto tra stazione appaltante e operatore economico partecipante alla procedura di gara. Anche se, dato il rigoroso e consolidato orientamento interpretativo riaffermato dalla Consulta, nulla probabilmente sarebbe cambiato.

# Collegio consultivo tecnico: vero strumento di semplificazione. Aspetti operativi

di Pier Luigi Gianforte



Nell'ambito della realizzazione dell'opera pubblica un aspetto rilevante, ai fini della tempestiva attuazione degli interventi, è certamente quello riguardante la riduzione anche in maniera predittiva del contenzioso.

Il legislatore, consapevole dell'importanza di tale aspetto, ha introdotto svariati strumenti per la gestione e la risoluzione del contenzioso nella fase pre-giudiziale e tra questi i più noti sono l'accordo bonario e la transazione (articoli 205 e 208 Codice 50/2016).

Più di recente, seppur a fasi alterne, è stato introdotto anche l'istituto del collegio consultivo tecnico (a seguire per brevità CCT) la cui versione attuale è in fase di applicazione da oltre un anno, a

seguito delle modifiche apportate all' art. 6 del DL 76/20 (che ha reintrodotto il CCT, dopo che la sua istituzione iniziale ad opera dell'art.207 del DLGS 50/16, era stata abrogata dall'art. 121 comma 1 del Dlgs 56/2017) dall'art. 51 comma 1 lettera e) della legge di conversione n. 108 del 29.07.2021, successiva al DL 77/21.

L'istituto di derivazione straniera si è largamente diffusa anche perché molte organizzazioni hanno elaborato regolamenti che ne contemplano e regolano l'impiego; in Italia, seppur in ritardo rispetto al termine stabilito, il Ministro delle infrastrutture ha emanato il decreto di attuazione Decreto MIMS n. 12 del 17 gennaio 2022<sup>1</sup> pubblicato sulla GURI Serie Generale n.55 del 07/03/2022.

---

1. Adozione delle linee guida per l'omogenea applicazione da parte delle stazioni appaltanti delle funzioni del collegio consultivo tecnico. (Decreto n. 12/2022). (22A01477).

Con tale provvedimento, nel rispetto delle disposizioni contenute nella norma primaria, il MIMS ha disciplinato i seguenti aspetti principali:

- requisiti professionali che devono essere posseduti da coloro che siano chiamati a costituire un collegio consultivo tecnico;
- fattispecie di incompatibilità dei membri e del Presidente del CCT;
- determinazione dei compensi rapportati al valore e alla complessità dell'opera;
- modalità di costituzione e funzionamento del CCT.

Il legislatore conscio della frammentarietà della norma primaria ha affidato al predetto Decreto n. 12 l'arduo compito di colmare le rilevanti carenze che caratterizzano la disciplina del CCT.

Si anticipa da subito che a parere dello scrivente il risultato non è stato raggiunto e la disciplina che allo stato attuale resterà in vigore sino al 30 giugno 2023 (cfr. art. 6, commi 1 e 4<sup>2</sup>, del d.l. n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020 e succ. mod.) ha stentato a decollare seppur l'obbligo di costituzione per gli appalti sopra soglia, come discendente dall'art. 6, comma 1, seconda parte, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 - viene individuato nel 17 luglio 2020.

Sulla base della propria esperienza professionale, che verte in gran parte proprio nella gestione tecnica del contenzioso, si fornisce una testimonianza di quelli che sono gli aspetti positivi e negativi di uno strumento che certamente, anticipando le conclusioni del proprio parere, deve essere necessariamente rivisto e meglio articolato nella sua auspicata messa a regime.

Tra gli aspetti più positivi è opportuno sottolineare la previsione introdotta dal decreto semplificazioni 76/20 in ordine alla circostanza che, laddove il RUP si adegui al parere del collegio consultivo tecnico, non incorra in profili di responsabilità per danno erariale. (cfr comma 3 art. 6 del d.l. n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020 e succ. mod.): **"L'inosservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico viene valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali"**.

Si tratta di una norma che nel combinato disposto con quella relativa alla previsione della responsabilità legata al solo caso del dolo rende evidente la manifesta intenzione del legislatore di promuovere il funzionario che compia gli atti a fronte del funzionario omissivo che continua a rispondere del profilo di danno erariale anche nel caso di colpa grave oltre che del dolo. (cfr comma 3 art. 6 del d.l. n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020 e succ. mod.) : **"l'osservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo"**.

Ad un anno dall'introduzione e applicazione dello strumento in esame si può ravvisare, quindi, un'alta efficacia del CCT nella gestione della risoluzione delle riserve apposte in contabilità perché per i motivi sopra esposti risulta agevole per il RUP procedere al riconoscimento delle riserve ove fondate seppur di importo significativo.



2. comma 1: "Fino al 30 giugno 2023 per i lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, è obbligatoria, presso ogni stazione appaltante, la costituzione di un collegio consultivo tecnico, prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre dieci giorni da tale data, con i compiti previsti dall'articolo 5 nonché di rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso. Per i contratti la cui esecuzione sia già iniziata alla data di entrata in vigore del presente decreto, il collegio consultivo tecnico è nominato entro il termine di trenta giorni decorrenti dalla medesima data."

comma 4. "Per le opere diverse da quelle di cui al comma 1 le parti possono comunque nominare un collegio consultivo tecnico con tutti o parte dei compiti descritti ai commi da 1 a 3. Le parti possono anche stabilire l'applicabilità di tutte o parte delle disposizioni di cui all'articolo 5."

Si tratta di un ausilio determinante quello offerto dal CCT al RUP su una materia, quella relativa alla valutazione delle riserve, tutt'altro che agevole e richiedente esperienza specifica non agevolmente reperibile.

Sul medesimo tema è apprezzabile il raccordo intervenuto con il DECRETO MIMS del 17 gennaio 2022 tra accordo bonario e collegio consultivo tecnico: "6.1.5. Con specifico riferimento ai lavori in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore del decreto-legge n. 76/2020, il CCT può assumere determinazioni o rendere pareri solo su questioni che non siano già state devolute all'autorità giudiziaria o per le quali non siano in corso procedure di accordo bonario."

Al netto dell'indubbio vantaggio dello strumento a supporto del RUP, l'esperienza maturata quale componente di svariati collegi ovvero quale consulente che opera ai margini delle attività del collegio è francamente negativa; si lamenta, *in primis*, un difetto di articolazione tra la norma speciale del CCT e il quadro normativo generale o per l'assenza di raccordo con il Codice dei Contratti ed il DM 49/18.

Si pensi su tutto al mancato raccordo alle previsioni sulla sospensione dei lavori contenuti nel codice dei contratti e nel già citato DM 49/2018.

Inoltre gli aspetti rimessi all'interpretazione e correlazione con i principi generali giuridici in particolare quelle del codice di procedura civile, rendono l'applicazione dello strumento tutt'altro che agevole e scevra da possibili situazioni di criticità e contestazioni; su questi aspetti si rinvia alla dottrina e ad una serie di interventi ben più qualificati da parte di giuristi, confermandone in questa sede l'assoluta attinenza ai casi pratici ( esempio principio del contraddittorio, i designazione del Presidente, portata del lodo contrattuale..).

Vi sono poi aspetti pratici incidenti sulla funzionalità dell'istituto.

Un primo profilo di assoluta criticità è quello di **aver stabilito delle tempistiche molto stringenti per l'espressione delle determinazioni** (da 15 a 20 giorni) su aspetti che il più delle volte sono

estremamente complessi tali da richiedere notevoli approfondimenti in un contesto operativo riservato al solo CCT, al quale è altresì negata la possibilità di avvalersi di consulenze tecniche a supporto.

Per quanto il presupposto della norma sia quello di accelerare l'esecuzione delle opere è evidente come le questioni sollevate e poste all'esame del Collegio siano le più disparate e dalla diversa complessità istruttoria.

Ne deriva, il più delle volte, che l'operato del CCT si concentri più nell'esigenza di rispettare le tempistiche che affrontare la questione al cuore del problema con la conseguenza che il contenuto delle determinazioni non sempre risulti pienamente calzante e congruente.

In tale scenario la decisione di molte autorevoli stazioni appaltanti di voler assegnare, sempre e comunque, alle determinazioni del CCT la valenza di lodo contrattuale può rappresentare un evidente salto nel vuoto...

Ecco allora che un ulteriore aspetto positivo dell'istituto, relativo alla possibilità di interessare il CCT di questioni tecniche involgenti l'appalto viene gravemente ridimensionato.

Se da un lato risulterebbe comprensibile l'intenzione di delimitare e focalizzare l'attenzione sull'attività del collegio al di là della competenza dei singoli membri, dall'altro molte questioni sottoposte al medesimo organo richiedono esami documentali, sopralluoghi, accertamenti, che risultano assolutamente incompatibili con le tempistiche assegnate dal legislatore, con la logica conseguenza che molte volte le determinazioni vengono assunte con soluzioni che cercano di ottemperare alle tempistiche assegnate ma non di risolvere in maniera totale ed esaustiva le questioni che connotano la commessa.

Se a tale aspetto si aggiunge quello ulteriore relativo al tetto imposto sugli onorari dei componenti del collegio e limitato ulteriormente di recente dalle norme del PNRR (cfr. art. 35 del D.L. 30/04/2022 n. 36 comma 1 bis<sup>3</sup> aggiunto dalla legge di conversione 29 giugno 2022, n. 79), il

---

3. 1-bis. All'articolo 6 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, il comma 7-bis è sostituito dal seguente: «7-bis. In ogni caso, i compensi dei componenti del collegio consultivo tecnico, determinati ai sensi del comma 7, non possono complessivamente superare con riferimento all'intero collegio:

quadro si delinea completamente negativo: infatti i limiti economici imposti al CCT, soprattutto per appalti sopra soglia, ma inferiori a 15 milioni di euro (che rappresentano gran parte degli appalti del panorama italiano), originano compensi del tutto sottostimati rispetto all'impegno e alle professionalità che vengono richieste, con l'ulteriore possibilità che tali incarichi attraggono preferibilmente la dirigenza pubblica e non le ulteriori e migliori professionalità presenti sul mercato.

Tale assunto non può e non deve essere letto, ovviamente, come un attacco alla dirigenza pubblica, alla quale, il più delle volte, va riconosciuta competenza e serietà operativa, ma la constatazione che la sensibilità e l'approccio nella valutazione di una commessa richiedono proprio esperienze diverse, alcune riferibili certamente alla parte pubblica altre alle professioni e al mondo tecnico e giuridico delle libere professioni, che in qualche modo completano e equilibrano la decisione da dover assumere nell'alveo della norma.

Come noto il procedimento per l'espressione dei pareri o delle determinazioni del CCT può essere attivato da ciascuna delle parti o da entrambe congiuntamente con la presentazione di un quesito scritto attraverso formale richiesta direttamente al CCT e all'altra parte.

Il CCT può esprimere pareri in relazione alla sospensione dell'esecuzione dei lavori di (articolo 5 del DI n. 76/2020) ovvero determinazioni a carattere dispositivo, che hanno come detto natura di lodo contrattuale ex art. 808-ter c.p.c. (art. 6, co. 3 DI semplificazioni), salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti.

Tuttavia non è infrequente imbattersi in situazioni di discrasia e contrasto tra le determinazioni del CCT e il *modus operandi* del RUP.

È accaduto, ad esempio, che un Collegio Consultivo Tecnico si sia espresso favorevolmente, nel ritenere:

1. applicabile l'istituto della revisione prezzi ex art. 1 comma 398 della legge 234/2021 ad un contratto di appalto ove, di converso, l'art. 32 del CSA escludeva qualsiasi forma di revisione prezzi;
2. che in difetto di riequilibrio delle condizioni contrattuali era opportuno pervenire ad una risoluzione consensuale del contratto stesso nonché l'applicazione dell'art. 1664 cc.

Ebbene il RUP, di fronte a tale scenario ha assunto una decisione completamente antitetica a quanto suggerita dal CCT, formulando richiesta di risoluzione del contratto con contestuale dichiarazione di scioglimento del CCT!

Si lascia ovviamente ai giuristi l'antinomia tra la



a) in caso di collegio consultivo tecnico composto da tre componenti:

- 1) l'importo pari allo 0,5 per cento del valore dell'appalto, per gli appalti di valore non superiore a 50 milioni di euro;
- 2) l'importo pari allo 0,25 per cento per la parte del valore dell'appalto eccedente 50 milioni di euro e fino a 100 milioni di euro;
- 3) l'importo pari allo 0,15 per cento per la parte del valore dell'appalto eccedente 100 milioni di euro e fino a 200 milioni di euro;
- 4) l'importo pari allo 0,10 per cento per la parte del valore dell'appalto eccedente 200 milioni di euro e fino a 500 milioni di euro;
- 5) l'importo pari allo 0,07 per cento per la parte del valore dell'appalto eccedente 500 milioni di euro;

b) in caso di collegio consultivo tecnico composto da cinque componenti:

- 1) l'importo pari allo 0,8 per cento del valore dell'appalto, per gli appalti di valore non superiore a 50 milioni di euro;
- 2) l'importo pari allo 0,4 per cento per la parte del valore dell'appalto eccedente 50 milioni di euro e fino a 100 milioni di euro;
- 3) l'importo pari allo 0,25 per cento per la parte del valore dell'appalto eccedente 100 milioni di euro e fino a 200 milioni di euro;
- 4) l'importo pari allo 0,15 per cento per la parte del valore dell'appalto eccedente 200 milioni di euro e fino a 500 milioni di euro;
- 5) l'importo pari allo 0,10 per cento per la parte del valore dell'appalto eccedente 500 milioni di euro».

valenza del lodo contrattuale della determinazione del CCT rapportata alla possibile concorrente e trascendente risoluzione del contratto formalizzata dal RUP.

È tuttavia evidente come queste situazioni testimoniano scenari paradossali nei quali, a fronte del giudizio di un collegio volto a riconoscere circostanze di forza maggiore incidenti sull'appalto, il RUP ne anticipi la determinazione provvedendo allo scioglimento dello stesso e pervenendo alla risoluzione del contratto in danno nei confronti dell'appaltatore.

Il tutto con buona pace del Collegio, che nei fatti si è trovato esautorato di ogni potere e decisione avente peraltro come detto valore di lodo contrattuale...

È evidente come non si possa sostenere la tesi che una volta nominato il CCT non trovino applicazione gli strumenti usuali previsti dal Codice degli Appalti e tra essi la risoluzione del contratto; sul punto, per esempio, il Consiglio di Stato (Sez. V, 7 giugno 2022, n. 4650) ha confermato la pronuncia del TAR Campania, sottolineando che il collegio consultivo tecnico previsto dagli artt. 5 e 6 del d.l. n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020, interviene con funzione consultiva nelle sole ipotesi previste dall'art. 5, comma 1, lett. a) – d), tra le quali non rientra quella del grave inadempimento dell'appaltatore ad obblighi contrattuali, nonché nell'ipotesi dello stesso art. 5, comma 4, quando "la prosecuzione dei lavori ... non possa procedere con il soggetto designato".

Ciò che qui si vuole evidenziare è come un'amministrazione di fronte ad una posizione responsabile ed equilibrata assunta dal CCT preferisca pervenire alla risoluzione del contratto in danno!

Vediamo il caso concreto per ogni opportuna riflessione sul punto.

Ci si riferisce ad una commessa (scuola) avente quale componente sostanziale il legno lamellare, materiale questo che, come è noto, ha subito un aumento esorbitante del costo del materiale (il 134%!) tale da stravolgere completamente il sinallagma contrattuale.

L'operatore economico aveva posto al CCT il seguente quesito: "In considerazione delle note

*variazioni dei prezzi intervenute in ambito nazionale, valuti il Collegio Consultivo Tecnico le variazioni di prezzo in aumento subite dalle lavorazioni tenendo conto dei giustificativi formulati in sede di gara e preventivati per le varianti, rispetto agli effettivi costi sostenuti e necessari per l'esecuzione dei lavori, nel periodo intercorrente tra la formulazione dell'offerta e la data odierna e ciò con espresso riferimento alle disposizioni dell'art. 106 comma 1 lett. a) del Codice degli Appalti."*

Il CCT dopo un attento esame e vaglio dei documenti contrattuali era pervenuto alle seguenti conclusioni:

*"1) I prezzi nell'ambito dei quali siano presenti i materiali oggetto della compensazione di cui ai decreti MISM del 25 novembre 2021 e 4 aprile 2022 devono essere oggetto di revisione in coerenza con le previsioni del legislatore, che il CCT ritiene inderogabili.*

*A tal fine l'amministrazione dovrà selezionare i prezzi che compongono il computo metrico estimativo di appalto che, contenendo i materiali di cui ai decreti MISM in precedenza citati, devono essere compensati ai sensi e nella misura della normativa di cui ai decreti sopra citati."*

*"2) I prezzi relativi alle lavorazioni ed oneri della sicurezza – per loro stessa natura non soggetti a ribasso – devono essere variati in relazione alle nuove indicazioni di cui al prezzario ..... 2022, recante aumento rispetto ai prezzi desunti dal progettista dell'opera dal prezzario Lombardia..... Le variazioni dei prezzi devono essere disposte secondo il procedimento e le modalità operative del combinato disposto dell'art. 32 del Capitolato Speciale d'Appalto e dell'art. 106 del codice dei contratti e non saranno oggetto di ribasso d'asta".*

*"3) Le voci di prezzo relativo all'appalto devono essere variate in coerenza con le risultanze del prezzario ..... 2022, con aumento dei prezzi rispetto a quelli indicati dal progettista nel computo del progetto esecutivo, desunti dal prezzario ..... 2019. Le variazioni dei prezzi devono essere disposte secondo il procedimento e le modalità operative del combinato disposto dell'art. 32 del Capitolato Speciale d'Appalto e dell'art. 106 del codice dei contratti. Ai prezzi aggiornati dovrà essere applicato il ribasso economico offerto in gara dall'appaltatore pari al .....%."*

"4) Con riferimento alle numerose voci di NP indicate nel computo metrico estimativo, laddove i prezzi non siano presenti nel prezzario ..... 2022, il CCT all'unanimità dispone che l'amministratore proceda alla definizione dei nuovi prezzi alla luce della prassi contabile dei lavori pubblici e cioè sulla base di documentazione acquisita alla luce del mercato attuale, con specifico riferimento alla dichiarazione di fornitori o subcontraenti o altri idonei mezzi di prova relativi alle variazioni, per i materiali di costruzione, del prezzo elementare dei materiali da costruzione pagato dall'esecutore, rispetto a quello documentato dallo stesso con riferimento al momento dell'offerta. Tale modalità viene desunta dal Collegio per analogia dal disposto dell'art. 29 del DL 27 gennaio 2022 n. 4, convertito con legge il 28 marzo 2022 n. 25, in quanto ricognitiva del modus operandi per la definizione dei nuovi prezzi.

Le variazioni dei prezzi devono essere disposte secondo il procedimento e le modalità operative del combinato disposto dell'art. 32 del Capitolato Speciale d'Appalto e dell'art. 106 del codice dei contratti. A tali nuovi NP così come sopra definiti dovrà essere applicato il ribasso d'asta offerto dall'appaltatore in gara (.....%).

Il Collegio stabilisce infine che in vista della variazione ed aggiornamento dei prezzi non assumono rilevanza i giustificativi formulati dall'impresa in sede di gara, citati dall'appaltatore nel suo quesito: ai sensi della normativa vigente l'amministrazione deve infatti raffrontare i prezzi relativi indicati dal progettista del progetto a base di gara rispetto a quelli variati in aumento al momento desumibili dal prezzario della Regione Lombardia 2022, senza che in tal senso possano assumere rilevanza le giustificazioni rese dall'appaltatore in sede di verifica di anomalia."

La determinazione del CCT sembra smentire lo scrivente per l'efficacia della statuizione; in verità benché il CCT abbia puntualmente indicato le procedure da seguirsi per la "revisione" dei prezzi il Direttore dei lavori ha adottato propri e diversi criteri per quanto tempestivamente contestati dall'operatore economico.

Sovviene quindi un primo aspetto legato all'asserito mancato rispetto della determinazione e, conseguentemente, dei rimedi applicabili al caso di specie...

Ma vi è di più!

A fronte degli aumenti accusati l'impresa aveva sospeso gli ordinativi del legno lamellare e nel contempo formulato istanza di recesso per eccessiva onerosità e della questione interessato oltre il RUP anche il CCT.

Quest'ultimo seppur informalmente nelle varie riunioni aveva espresso il proprio convincimento che nella situazione erano venutasi a creare una soluzione equa e percorribile sarebbe stata quella di pervenire alla risoluzione consensuale.

Il RUP, di contro, anche in considerazione delle pregresse riserve iscritte in contabilità dall'appaltatore nel presupposto contestato del perdurante fermo cantiere, a prescindere dall'interpello del CCT, ha inteso risolvere il contratto in danno con tutte le evidenti conseguenze del caso...

Ecco allora un ulteriore profilo dell'istituto che deve essere ben tenuto presente da tutti gli operatori del settore: l'attività del CCT è solo complementare e non spoglia l'amministrazione da tutte le proprie prerogative ivi compresa la facoltà di risolvere il contratto e con essa procedere allo scioglimento del CCT.

Se mi è consentita una riflessione elementare lo scenario concretizzatosi e un pò come da bambini quando giocando a pallone e perdendo si raccoglieva la palla e si esclamava "basta non si gioca più!" ... con buona pace dei principi di buon andamento che debbono improntare l'operato della pubblica amministrazione.

# Appalti del PNRR/PNC: istituzione della cabina di regia

di Stefano Usai

IL  
PUN  
TO

## Premesse

Le stazioni appaltanti beneficiarie di finanziamenti PNRR, oramai, devono attivare le procedure di appalto tenendo ben a mente (ed in questo caso soprattutto i RUP) le dinamiche vincolanti nell'affidamento di commesse finanziate con i fondi in parola per cui si prevedono (in particolare per i lavori) rigorosissime forme di rendicontazione.

È bene annotare, però, che non tutte le problematiche propedeutiche sono state risolte.

Una prima, rilevantissima, problematica riguarda in particolare **i comuni non capoluogo stante le forti limitazioni della propria autonomia nell'aggiudicazione** dei contratti finanziati anche solo in parte dal PNRR/PNC. Ed è questa una delle prime questioni che richiedono un approfondimento.

### 1. Le prerogative del comune non capoluogo di provincia

In generale, il primo complesso normativo che si deve tener a mente in relazione all'attuazione degli interventi del PNRR/PNC è il **DL 77/2021 convertito con legge 108/2021** ed ovviamente le varie circolari che, anche recentemente, si stanno pubblicando.

Nell'ambito del DL appena richiamato riveste una particolare importanza il **titolo IV** dedicato ai contratti pubblici. Si tratta di norme che, alcune, vanno ad integrare e completare le fattispecie già note del DL 76/2020 (di cui viene anche esteso il termine di applicazione (fino al 31 dicembre 2023)). Il titolo citato del DL 77/2021 riporta però anche delle norme peculiari che hanno determinato il sorgere di nuovi obblighi documentali a carico delle stazioni appaltanti (nel senso che impongono la previsione di nuove clausole come quelle assunzionali) ed obblighi per gli stessi operatori, si pensi - appunto -, alle previsioni di cui all'articolo 47 e quindi all'obbligo, potenziale, di assunzioni (nuove assunzioni) per assicurare l'esecuzione del contratto. Obblighi che si inquadrano - come dalla rubrica dell'articolo ultimo citato - nell'obiettivo di una parità di genere e inclusione lavorativa.

Con riferimento ai comuni non capoluogo, il primo riferimento di particolare rilievo è contenuto **nell'articolo 52 del DL 77/2021** che, come noto, impone ai predetti una limitata autonomia nell'aggiudicazione degli appalti anche solo finanziati in parte dal PNRR/PNC. I comuni non capoluogo non qualificati, ed è la realtà che evidentemente riguarda tutta la P.A. visto che il sistema di qualificazione non è stato ancora attivato, possono procedere direttamente con l'aggiudicazione degli appalti di beni e servizi infra 40mila euro e infra 150mila euro per i lavori.

Per importi pari o superiori ai predetti, i RUP dei comuni non capoluogo **devono procedere attraverso la stazione appaltante dei comuni**

**non capoluogo, città metropolitana, provincia o comune capoluogo a pena di nullità degli atti.** Puntualizzazione ribadita in tempi recenti anche da IFEL e dalla stessa ANCI.

La questione è stata di recente ripresa anche dall'ufficio di supporto contratti del MIMS (con il parere n. 1400/2022) in cui, a domanda sulla possibilità (o meno) di ovviare al problema sopra prospettato riguardo alla limitata competenza dei comuni non capoluogo in relazione agli appalti del PNRR/PNC utilizzando CONSIP, il MIMS risponde negativamente visto che CONSIP **rappresenta uno strumento di negoziazione e non una stazione appaltante** a cui, si ripete, per gli appalti in parola (finanziati anche solo in parte dal PNRR/PNC) il comune non capoluogo, per importi pari o superiori ai 40 mila euro per forniture/servizi e infra 150mila per lavori, deve delegare l'aggiudicazione (si tratta di stazione appaltante anche non qualificata, di un ente sovracomunale).

Nel riscontro al quesito, più nel dettaglio, si legge che *"per le opere afferenti al PNRR, la stazione appaltante, qualora sia un Comune non capoluogo di provincia, dovrà procedere secondo una delle modalità indicate dall'art. 37, comma 4, del Codice dei contratti pubblici nonché dall'art. 52, co. 12, del D.L. n. 77/2021, convertito con la L. n. 108/2021, ad esclusione delle ipotesi disciplinate dall'art. 37, comma 1 e 2 primo periodo, del Codice. Sul punto, si precisa che il MEPA costituisce un mero strumento di negoziazione, che la PA può utilizzare per gli affidamenti diretti e/o per l'espletamento di procedure di gara di valore inferiore alla soglia comunitaria. Pertanto, al fine di soddisfare i requisiti di cui all'art. 37, comma 4, del Codice, la stazione appaltante che sia un Comune non*

*capoluogo di provincia può utilizzare il mercato elettronico MEPA per aderire alle Convenzioni o agli Accordi Quadro banditi da CONSIP SPA".*

Gli obblighi in parola, circa la necessità di delegare l'appalto PNRR/PNC, in caso di beni/servizi di

**Le stazioni appaltanti beneficiarie di finanziamenti PNRR, oramai, devono attivare le procedure di appalto tenendo ben a mente (ed in questo caso soprattutto i RUP) le dinamiche vincolanti nell'affidamento di commesse finanziate con i fondi in parola per cui si prevede (in particolare per i lavori) rigorosissime forme di rendicontazione.**



importo pari o superiore ai 40mila euro o 150 mila euro nei casi di lavori è stato di recente ribadito, come detto, dall'IFEL e dall'ANCI nel quaderno operativo n. 32/2022.

Si tratta di una questione, come facilmente comprensibile, estremamente delicata visto che – almeno in assenza di un diverso parere ufficiale –, richiede un approccio cauto e responsabile onde evitare di generare atti assolutamente nulli.

È bene anche rammentare che in tempi recenti il Ministero del lavoro, in relazione alla missione 5 collegata al PNRR, ha evidenziato che per qualificazione, dei comuni non capoluogo, si deve intendere l'iscrizione AUSA, circostanza che aprirebbe alla possibilità di aggiudicare, direttamente senza delega, appalti infra sotto soglia per beni e servizi e fino al milione di euro per lavori di manutenzione ordinaria, mentre gli altri lavori solo infra 150mila euro. **Si tratta, però, di parere che entra in contrasto con il disposto di cui all'articolo 52 del DL 77/2021 pertanto si ritiene opportuno che ogni RUP attivi una certa cautela adottando, in particolare, approcci condivisi (e non anarchici).**

## 2. La necessità di una "cabina di regia" presso gli enti attuatori

L'esistenza di un articolato complesso normativo (e di prassi) in parte assolutamente inedito – si pensi, come anticipato, al disposto di cui all'articolo 47 del DL 77/2021 che introduce nuovi obblighi documentali e nuovi obblighi assunzionali in caso di aggiudicazione degli appalti del PNRR/PNC –, esige, a sommosso parere, l'adozione di un atto che istituisca la c.d. cabina di regia interna. L'atto in parola (una delibera giunta), per intendersi è finalizzata a costituire un gruppo soggetti con funzioni di controllo ma anche di indirizzo in relazione all'attuazione degli interventi del PNRR/PNC in modo da evitare una anarchia di comportamenti amministrativi. Si pensi al caso

**Consip rappresenta uno strumento di negoziazione e non una stazione appaltante a cui, si ripete, per gli appalti in parola (finanziati anche solo in parte dal PNRR/PNC) il comune non capoluogo, per importi pari o superiori ai 40 mila euro per forniture/ servizi e infra 150mila per lavori, deve delegare l'aggiudicazione (si tratta di stazione appaltante anche non qualificata, di un ente sovracomunale).**



della eterogeneità degli atti gestionali, ad esempio, nel recepimento di certi obblighi con conseguenti varie e variegate interpretazioni sullo stesso dato normativo.

L'atto in parola, pertanto, costituisce il gruppo lavoro alla presenza del Sindaco (se si tratta di comune) del segretario comunale e dei dirigenti coinvolti compresa la partecipazione dei RUP, di volta in volta, interessati. La cabina di regia "locale" dovrebbe, pertanto, evitare errori, distorsioni, rallentamenti nell'azione amministrativa (stante i tempi rapidi di attuazione degli interventi) e di correggere interpretazioni

differenti, come prima anticipato, sulle stesse norme.

Per intendersi, ancora più nel dettaglio, si pensi al caso, inaccettabile, in cui all'interno dello stesso ente diversi RUP interpretano in modo differente, ad esempio, il disposto appena ricordato dell'articolo 52 del DL 77/2021, o gli stessi obblighi assunzionali e via discorrendo. La cabina di regia, pertanto, dovrebbe avere anche, tra i vari obiettivi, l'obiettivo di assicurare una uniforme azione amministrativa ed uniformità degli atti (si pensi, ancora, alla redazione della determina a contrarre ed alla sua stessa esigenza).

Si è indotti a ritenere, infatti, che l'adozione di atti di avvio del procedimento anche difforni sotto il profilo formale sia dannosa per la pubblica amministrazione interessata. Pertanto, sia a livello di dirigenza/responsabili di servizio quanto a livello di RUP è fondamentale che, trattandosi di attuare interventi PNRR/PNC, si utilizzi una condotta uniforme.

## 3. Contenuto dell'atto di indirizzo

A parere di chi scrive, l'istituzione della cabina di regia interna, del soggetto attuatore, dovrà riportare anche, magari a titolo non esaustivo, indicazioni specifiche sulle norme e procedure

da applicare. Il riferimento, evidentemente, è alle norme che disciplinano le procedure di aggiudicazione.

Un atto, generale, di indirizzo ai RUP – perché in questo si sostanzia l'atto in analisi -, non può non evidenziare **l'urgenza dell'applicazione delle norme emergenziali, nel sottosoglia, rispetto a quelle codicistiche.** Del

resto, in questo senso, la stessa ANAC con il recente parere n. 13/2022 in cui si è chiarito che l'apparato normativo, in tema di appalti, del DL 76/2020 come adeguato dal DL 77/2021, non può definirsi affatto facoltativo.

Il ragionamento espresso, con il parere in commento, è che il legislatore ha predisposto delle disposizioni che consentono una più celere (almeno in teoria) aggiudicazione dell'appalto. E tali norme sono a presidio di specifici obiettivi/finalità ovvero **assicurare la ripresa economica del Paese velocizzando la spendita dei finanziamenti e, quindi, riferito al PNRR/PNC, velocizzare gli interventi di questo tipo.**

Non è dato, pertanto, al RUP la possibilità di sostituirsi al legislatore e quindi questo non ha la possibilità di utilizzare procedure che, arbitrariamente, rallentino/ritardino le aggiudicazioni e aumentino, in modo inaccettabile, la "sicurezza" del responsabile unico.

Per chiarirsi, non può accettarsi un comportamento istruttorio del RUP che cerca di restare nella sua "comfort zone" (ad esempio utilizzando sempre procedure di aggiudicazione particolarmente articolate quando ciò non è necessario oggettivamente) piuttosto che utilizzare, sia accettabile o meno, gli strumenti semplificati del legislatore. Si pensi, ad esempio, alla possibilità di utilizzare la procedura negoziata per lavori, fino a somme di poco pari al sottosoglia, con l'invito contingentato a 10 operatori economici. Circostanza che, stante l'esiguità del numero degli invitati, può portare il RUP a preferire la gara aperta pur in assenza di specifiche motivazioni.

La scelta, quindi, di una procedura semplificata, nel sottosoglia e quindi le ipotesi di cui alle lettere a) e b) comma 2, art. 1 del DL 76/2020, dovrà

**A parere di chi scrive, l'istituzione della cabina di regia interna, del soggetto attuatore, dovrà riportare anche, magari a titolo non esaustivo, indicazioni specifiche sulle norme e procedure da applicare.**



avere, fin dalla determinazione a contrarre, una motivazione a valenza interna ovvero che spieghi la ragione per cui, nonostante l'esigenza di velocizzare l'aggiudicazione il RUP abbia ritenuto, anziché utilizzare gli strumenti appositamente predisposti dal legislatore, delle procedure di aggiudicazione maggiormente articolate. Aumentando, ad esempio, senza alcuna ragione

il numero degli inviti nelle procedure negoziate o decidendo, in luogo dell'affidamento diretto, laddove possibile, di predisporre una procedura talmente articolata mettendo anche a rischio i finanziamenti.

#### 4. La tempistica di aggiudicazione

In tema di tempestività di aggiudicazione, un atto generale di indirizzo (come una delibera di istituzione della cabina di regia interna per l'attuazione degli interventi del PNRR/PNC) **non può non occuparsi della questione e dell'esigenza di assicurare una tempestiva aggiudicazione degli appalti.** Almeno nei termini di cui all'articolo 1 e 2 del DL 76/2020 in cui si precisa che in caso di affidamento diretto l'aggiudicazione (anche solo provvisoria) deve avvenire entro due mesi, entro 4 mesi in caso di procedura negoziata ed entro 6 mesi nel caso di procedura ad evidenza pubblica.

Termini che decorrono, secondo il dato normativo, dall'atto di avvio del procedimento amministrativo. Si badi, non dall'atto di avvio della procedura che è cosa differente.

In tempi recenti, la giurisprudenza ed in particolare il **Consiglio di Stato (sez. III, con la sentenza n. 1796/2022)** ha precisato che la procedura di affidamento, viene configurata in modo unitario "come unico procedimento amministrativo che si avvia con la determina a contrarre e si conclude con l'aggiudicazione definitiva".

Si tratta di una posizione – sia pur con riflessioni anche diverse -, già espressa autorevolmente anche dall'ANCI con il quaderno operativo n. 32/2022 del mese di marzo in tema di contratti del PNRR.

Pertanto, occorre apprestare particolare attenzione al tempo di aggiudicazione evitando, ad esempio, che tra determina a contrarre e lettera di invito (o pubblicazione del bando di gara) trascorra un tempo esagerato/eccessivo senza che ciò sia determinato da giustificazioni oggettive che possano tutelare il RUP da potenziali danni erariali (si ipotizzi il caso in cui l'ente non ottenga i finanziamenti determinati da ritardi vari).

L'intervento del giudice, sopra riportato, consente quindi di distinguere tra procedimento amministrativo e procedura di affidamento.

Il primo prende avvio, giusto disposto di cui al secondo comma dell'articolo 32 del Codice, dalla determinazione a contrarre; la procedura di aggiudicazione dall'atto tecnico che, a seconda dell'importo può identificarsi con la lettera di invito nella procedura negoziata (visto che l'avviso pubblico potrebbe anche portare ad un nulla di fatto ovvero a non determinare alcuna candidatura/partecipazione) o con il bando di gara nel caso in cui la procedura utilizzata sia la procedura classica ad evidenza pubblica (obbligatoria nel sopra soglia comunitaria).

### 5. Le questioni dell'affidamento diretto "emergenziale" e della motivazione

Non v'è dubbio che un atto di indirizzo generale debba anche chiarire una delle più annose questioni ovvero quella dei rapporti tra l'affidamento diretto "semplificato" (ex art. 1, comma 2, lett. a) del DL 76/2020 ora consentito infra 139mila euro per servizi e forniture e infra 150mila euro per lavori.

Il legislatore dell'emergenza ha costruito una fattispecie, evidentemente, semplicatissima quasi preferendo la "sostanza" alla forma. Questo non significa che i tradizionali principi di imparzialità ed oggettività possano essere tranquillamente superati/violati dal RUP nel momento in cui suggerisce l'affidamento

### Termini di aggiudicazione che decorrono, secondo il dato normativo, dall'atto di avvio del procedimento amministrativo.



una fattispecie assolutamente inapplicabile (il riferimento è ad una evidente antitesi di un affidamento diretto con adeguata motivazione, che risulta fattispecie sostanzialmente inattuabile).

La motivazione, necessaria sempre anche nell'affidamento diretto, si concentra, in particolare, fermo restando l'oggettivo possesso dei requisiti richiesti, e tra questi anche la pregressa esperienza (giusto articolo 1, comma 2, lett. a) del DL 76/2020 come adeguato dal DL 77/2021), il rispetto della rotazione, sulla certificazione circa la congruità del prezzo di assegnazione dell'appalto.

Alla certificazione, il RUP, circa la congruità/accettabilità del prezzo (visto che gli aspetti qualitativi verranno definiti in fase di negoziazione diretta) ci può giungere secondo diverse dinamiche, ad esempio, confrontando dei preventivi appositamente richiesti.

Si tratta, nel caso di specie, di ipotizzare una procedura non formale, senza pubblicazione di avviso, o formalizzata con la pubblicazione dell'avviso che, però, **limita la partecipazione ad un numero di partecipanti limitato.**

Proprio per evitare una eccessiva articolazione (rispetto all'appalto da aggiudicare) ed eccessiva lunghezza nei tempi di aggiudicazione. Nel caso di inviti senza avviso pubblico (laddove, si ripete si tratta di importi per cui la procedura negoziata risulti obbligata come nel caso degli importi di cui alla lettera b) art. 1, comma 2 del DL 76/2020), **gli operatori possono essere scelti, sempre nel rispetto della rotazione, attraverso l'estrazione da albi (anche del MEPA), o tramite analisi di banche dati, esperienze nella stessa tipologia**

**d'appalto di altre stazioni appaltanti limitrofe o, se esiste, nell'unione dei comuni.**

### Alla certificazione, da parte del RUP, circa la congruità/accettabilità del prezzo (visto che gli aspetti qualitativi verranno definiti in fase di negoziazione diretta) ci può giungere secondo diverse dinamiche



Occorre nella scelta, pertanto, una certa imparzialità oppure criteri di buon senso: ad esempio, il fatto che l'operatore economico prescelto non sia mai stato invitato a procedura di aggiudicazione.

La congruità del prezzo potrà essere certificata, inoltre, attraverso un confronto tra prezzi reperibili nel mercato, anche elettronico, in base alle pregresse esperienze (stessa tipologia di prestazioni) e quindi compulsando la banca dati che il RUP abbia, nel tempo, predisposto, o banche dati tratte da esperienze di altre stazioni appaltanti. In sostanza, il tratto fondamentale è che il RUP non può affrancarsi dal dichiarare che l'offerta è congrua e, attraverso questo sistema, legittimare/motivare la scelta dell'operatore economico.

Queste indicazioni dovranno risultare nella determina di aggiudicazione dell'appalto. Ecco, quindi, che queste indicazioni – sulla necessità di motivare l'affidamento diretto ed in che modo o, se si preferisce, in rapporto a che cosa -, potrà (o dovrà) essere oggetto di considerazione nell'atto istitutivo della cabina di regia interna per evitare, come più volte ripetuto, approcci diversi allo stesso problema e quindi scorretti *modus operandi*.

## 6. Conclusioni

La deliberazione di istituzione della cabina di regia interna, in pratica, deve affrontare e risolvere, fornendo precisi indirizzi ai RUP, tutta una serie di questioni propedeutiche (di alcune si è dato conto sopra) che evitano dispendio di tempo circa la corretta interpretazione da parte dei vari responsabili coinvolti<sup>1</sup>. Si tratta, evidentemente, di indicazioni che devono essere condivise in seno alla conferenza dei dirigenti/responsabili di servizio in modo da assicurare l'uniformità dell'azione amministrativa che, soprattutto nel caso di specie, rappresenta un valore aggiunto.

---

1. Per maggiori approfondimenti sia consentito rinviare al volume "Guida pratica alla gestione dei fondi del PNRR" di Manca, Rossi, Usai, Maggioli, 2022.

# L'esecuzione anticipata dell'appalto in via d'urgenza

di Paola Cartolano

IL  
PUN  
TO

## Premesse

Nei rapporti con la Pubblica Amministrazione il vincolo negoziale si perfeziona con la sottoscrizione del contratto nella forma scritta *ab substantiam*, in cui vengono precisati i termini e le condizioni del rapporto contrattuale.

Come noto, infatti, nella tradizionale struttura "bifasica" che caratterizza la formazione dei contratti ad evidenza pubblica, nella fase pubblicistica l'esito del procedimento amministrativo è la determinazione conclusiva con cui viene disposta l'aggiudicazione a favore dell'offerta selezionata, cui segue la stipula del contratto e, dunque, la fase esecutiva.

Il legislatore ha però previsto la possibilità che, per determinate condizioni espressamente individuate, in mancanza della formale sottoscrizione del contratto, la stazione

appaltante incarichi l'aggiudicataria dell'appalto dell'esecuzione d'urgenza: ai sensi dell'**articolo 32** del d.lgs. n. 50/2016 (di seguito, "**Codice Appalti**") è prevista, all'esito della fase selettiva delle offerte e anticipando le ordinarie scansioni procedurali e gli ordinari adempimenti formali, una fase propriamente esecutiva che fa sorgere un vincolo prestazionale obbligatorio in capo all'aggiudicatario, in pendenza della stipulazione del contratto ovvero di perfezionamento della sua efficacia con le relative approvazioni.

Come vedremo nel prosieguo del presente contributo, ferma restando la disciplina di carattere generale di cui al richiamato articolo 32 del Codice Appalti, il legislatore è intervenuto di recente in via emergenziale per consentire, ove necessario, l'avvio anticipato delle prestazioni oggetto dell'appalto.

**L'esecuzione in via d'urgenza consiste nell'avvio dell'esecuzione delle prestazioni in pendenza della stipulazione del contratto ovvero di perfezionamento della sua efficacia**



### 1. Il quadro normativo

Come anticipato, il Codice Appalti disciplina all'articolo 32 l'esecuzione in via d'urgenza ovvero l'avvio dell'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto in pendenza della stipulazione del contratto ovvero nelle more che lo stesso divenga efficace.

Ai sensi dell'articolo 32, comma 13 del Codice Appalti, infatti, l'esecuzione, del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante ne chieda l'esecuzione anticipata nei termini di cui al **comma 8**.

Testualmente l'articolo 32 del Codice Appalti - come modificato dal comma 1, lettere a) e b) dell'articolo 4 del D.L. n. 76/2020 convertito in legge n. 120/2020 ("Decreto Semplificazioni") - dispone al **comma 8** che «*Divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione deve avere luogo entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario purchè comunque giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto. La mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e viene valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto. Non costituisce giustificazione adeguata per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto, salvo quanto previsto dai commi 9 e 11, la pendenza di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto ....*».

È chiara, dunque, in termini generali la finalità del legislatore di garantire l'immediatezza della stipulazione del contratto per dare pieno avvio all'esecuzione negoziale, rendendo stringente l'eventuale differimento della firma.

Tuttavia, per garantire la possibilità di dare avvio

all'esecuzione anticipata, il legislatore al comma 8 prevede espressamente che «*L'esecuzione d'urgenza di cui al presente comma è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari*».

Correlativamente il **comma 13** specifica che «*L'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste al comma 8*».

Dall'elencazione codicistica emerge che per giustificare un'esecuzione anticipata deve rilevarsi un'urgenza "qualificata", ammessa **esclusivamente** nelle ipotesi indicate dal legislatore.

Le modalità dell'esecuzione in via d'urgenza si ricavano dalla disciplina che lo stesso articolo 32 al comma 8 indica circa le conseguenze della mancata stipulazione del contratto o della mancata efficacia dello stesso dettate: «*Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore lavori, ivi comprese quelle per opere provvisoriale. Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione*».

Dalla citata disposizione emerge, dunque, che affinché si possa dare corso a un'esecuzione in via d'urgenza occorre che intervenga un ordine espresso di esecuzione delle prestazioni, ovvero la consegna dei lavori o l'avvio all'esecuzione del contratto da parte rispettivamente del Direttore dei Lavori nel caso di appalto di lavori e del Direttore dell'esecuzione nel caso di appalti di servizi o forniture. Risalendo la scansione procedurale, occorre inoltre che preventivamente a detto ordine

intervenga la determinazione del Responsabile del Procedimento considerato che ai sensi dell'articolo 101 del Codice «*La esecuzione dei contratti aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture, è diretta dal responsabile unico del procedimento, che controlla i livelli di qualità delle prestazioni*».

In deroga alla normativa di carattere generale di cui al Codice Appalti, nell'ambito della legiferazione emergenziale operata nel periodo pandemico sviluppatosi con la diffusione del Covid-19, il Decreto Legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla L. 11 settembre 2020, n. 120 all'**articolo 8** ha introdotto una disciplina emergenziale riferita alle procedure pendenti alla data di entrata in vigore (17 luglio 2020).

- i cui bandi o avvisi di indizione di una gara sono già stati pubblicati alla data del 17 luglio 2020.
- in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, in cui al 17 luglio 2020 siano già stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi, ma non siano scaduti i relativi termini.
- e in ogni caso per le procedure avviate a decorrere dal 17 luglio 2020 e fino alla data del **30 giugno 2023** (termine da ultimo prorogato dal Decreto Legge 31 maggio 2021 n. 77).

**Per tali procedure il legislatore ha previsto che è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 32, comma 8 del Codice Appalti** nelle more della verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 del sui motivi di esclusione, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura. Questa deroga deve essere letta in connessione con il comma 7 dell'articolo 32 secondo cui l'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso in capo all'aggiudicatario dei prescritti requisiti: poiché la consegna in via d'urgenza è consentita prima della verifica dei requisiti,

**L'art. 32 del d.lgs. 50/2016 disciplina l'esecuzione in via d'urgenza, ammessa esclusivamente nelle ipotesi indicate dal legislatore**



e poi non si addivenga alla stipula del contratto, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori, servizi e forniture su ordine del direttore dei lavori o del direttore dell'esecuzione.

**2. Obbligazioni e responsabilità derivanti dall'avvio dell'esecuzione anticipata**

Data la possibilità di ricorrere all'esecuzione anticipata, la giurisprudenza amministrativa intervenuta sul tema ha rilevato il carattere vincolante del rapporto che si instaura fra la stazione appaltante e l'aggiudicatario.

È stato infatti evidenziato che qualora nella fase procedimentale pubblicistica intervenga la c.d. esecuzione anticipata dello stipulando contratto, giustificata da ragioni di urgenza, si instaura un «*rapporto contrattuale (che trae, comunque, titolo nell'esito della fase selettiva) prefigura, sia pure in termini di anticipazione rispetto alle ordinarie scansioni temporali e agli ordinari adempimenti formali, una fase propriamente esecutiva*», le cui vicende si strutturano in termini di adempimento delle obbligazioni contrattuali e di responsabilità conseguente al loro inadempimento (**Consiglio di Stato, Sez. V, 2 agosto 2019 n. 5498**).

**Il Decreto Semplificazioni ha introdotto una disciplina emergenziale riferita a talune procedure pendenti alla data di entrata in vigore dello stesso per le quali è sempre autorizzata l'esecuzione anticipata**



ne consegue che essa può avvenire non solo prima della stipula del contratto ma anche prima che l'aggiudicazione divenga efficace.

Restano ferme le previsioni del comma 8 dell'articolo 32: se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza

ne consegue che essa può avvenire non solo prima della stipula del contratto ma anche prima che l'aggiudicazione divenga efficace.

la medesima giurisprudenza ha rilevato che in tali ipotesi «è da tempo è acquisita l'idea che la responsabilità contrattuale discenda dalla violazione della lex contractus, cioè dal complesso delle obbligazioni giuridicamente impegnative, non essendo necessaria la formale stipula di un contratto. Nondimeno, anche in caso di esecuzione anticipata residua

la possibilità di "rifiutare la stipula" per ragioni riconnesse alla fase propriamente pubblicistica, comportanti decadenza dall'aggiudicazione».

In particolare, in ambito giurisprudenziale è stato ancora evidenziato che «le obbligazioni nascenti a carico delle parti a seguito della consegna anticipata dei lavori, pur se di carattere preparatorio e temporaneo, in quanto destinate a restare definitivamente suggellate nel contratto, sono effettivamente sorte e non potrebbe dubitarsi della loro piena vincolatività, pena altrimenti la frustrazione dell'istituto acceleratorio, finalizzato a soddisfare il prevalente interesse pubblico alla conclusione dei lavori appaltati nel rispetto di termini particolarmente stringenti. E pertanto, nonostante l'assenza di quello che viene propriamente definito "vincolo contrattuale", l'inadempimento ..... configura comunque un'ipotesi di **inadempimento contrattuale**» (Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 giugno 2012 n. 3320).

Alle medesime conclusioni è giunta una successiva pronuncia del Giudice Amministrativo, il quale si è inoltre soffermato per rilevare che «... la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, cui si intende dare qui continuità, ha già chiarito che in caso di esecuzione anticipata o d'urgenza delle prestazioni, tra la stazione appaltante e l'impresa aggiudicataria viene a intercorrere un rapporto obbligatorio per il quale l'impresa è tenuta all'esecuzione delle medesime prestazioni cui sarebbe chiamata in forza del contratto stipulato (Cons. Stato, V, 4 febbraio 2019, n. 827) ...» (Consiglio di Stato, Sez. V, 15 maggio 2019 n. 3152).

Ancora, il medesimo principio è stato da ultimo richiamato in una recentissima pronuncia di Palazzo Spada (Consiglio di Stato, Sez. II, 14 giugno 2022 n. 4857) la quale ha statuito in tema di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione. In particolare, è stato affermato che qualora la stazione appaltante abbia proceduto alla consegna anticipata dei lavori in via d'urgenza – cioè prima della stipula del contratto di appalto – e successivamente l'aggiudicazione sia stata annullata in sede giurisdizionale, è

configurabile una responsabilità precontrattuale in capo alla stazione appaltante: sussiste infatti la responsabilità precontrattuale se l'amministrazione ha agito con negligenza in fase di redazione della *lex specialis* o nello svolgimento delle operazioni di gara. Nel caso di specie, «L'erronea scelta del contraente, venuta meno per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale, obbliga l'amministrazione al risarcimento del danno, in conseguenza della violazione dei doveri di buona fede, di correttezza, di protezione e di informazione che ha comportato la lesione dell'affidamento incolpevole del privato sulla regolarità e legittimità dell'aggiudicazione. Sono, al riguardo, ravvisabili gli ulteriori

presupposti del danno (per le spese sopportate in vista della stipula del contratto e per l'avvio del cantiere) e del nesso di causalità (essendo evidente che tali spese sono state sopportate inutilmente dall'impresa, in quanto a causa dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, non è più stato stipulato alcun contratto e la consegna dei lavori è stata prima sospesa e poi revocata)». Quanto ai lavori nel frattempo eseguiti, viene a configurarsi una responsabilità contrattuale sempre dell'ente appaltante – nonostante formalmente il contratto non sia stato stipulato – che obbliga quest'ultimo al pagamento degli stessi, nei termini previsti dal contratto.

Circa gli aspetti connessi alla responsabilità dell'aggiudicatario, si segnala inoltre una pronuncia intervenuta nell'ambito di una fattispecie relativa a un concorrente che era incorso nella revoca di una precedente aggiudicazione per non avere accettato la richiesta di esecuzione provvisoria del servizio nelle more della stipula del contratto. Sul punto il giudice amministrativo ha rilevato che, con riferimento alla *ratio* sottesa al motivo di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lett. c) del Codice Appalti (ovvero evitare che l'amministrazione aggiudichi ad un soggetto che faccia dubitare della sua integrità o affidabilità) «anche la mancata esecuzione anticipata delle prestazioni contrattuali non adeguatamente giustificata, infatti, traducendosi in una violazione del principio di correttezza e buona fede da parte dell'aggiudicatario, lesiva dell'affidamento

**La giurisprudenza ha rilevato che in caso di esecuzione anticipata delle prestazioni, tra la stazione appaltante e l'impresa aggiudicataria viene a intercorrere un rapporto obbligatorio**

*ingeneratosi in capo alla stazione appaltante, che solo e in forza del detto illecito può adottare un provvedimento di caducazione dell'intervenuta aggiudicazione, costituisce senz'altro illecito professionale rientrante nella fattispecie legale anche se non espressamente menzionato» (Consiglio Giustizia Amministrativa Regione Sicilia, 10 luglio 2019 n. 662).*

### 3. È possibile l'avvio dell'esecuzione anticipata durante il periodo di stand-still?

Nell'ambito della disciplina della contrattualistica pubblica è prevista la clausola c.d. di "stand still" la quale opera all'interno della procedura di affidamento configurandosi come lo strumento attraverso il quale viene posto un temporaneo impedimento alla stipula del contratto di appalto a seguito dell'aggiudicazione.

In tal senso, la clausola di stand still garantisce la piena tutela giurisdizionale degli operatori economici partecipanti alla gara, onde evitare che le loro ragioni possano essere frustrate dall'intervenuta stipula del contratto a valle dell'aggiudicazione.

Il Codice Appalti prevede, infatti, l'applicazione di un termine dilatorio tra l'aggiudicazione e

la stipula del contratto, al fine di garantire al ricorrente la piena tutela delle proprie ragioni, qualora intendesse proporre ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva.

In particolare, il Codice Appalti disciplina la clausola di stand still in due diverse forme, di derivazione comunitaria (già Direttiva 2007/66/CE), sostanziale e processuale.

È ancora sull'articolo 32 del Codice Appalti che ci si sofferma, in particolare sul comma 9 ai sensi del quale «*Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione*». La norma in questione fa riferimento al c.d. stand still sostanziale e il termine di trentacinque giorni è stato coordinato con il termine di ricorso giurisdizionale di trenta per evitare che la stipula del contratto intervenga in pendenza di giudizio. Facciamo infatti riferimento al c.d. stand still processuale, che prevede un effetto sospensivo automatico di venti giorni dalla proposizione del ricorso con contestuale proposizione dell'istanza cautelare, come disposto dall'articolo 32, comma 11 del Codice Appalti<sup>1</sup>.

Rimangono escluse dall'applicazione della clausola di stand still le sole ipotesi espressamente contemplate al successivo comma 10<sup>2</sup>.

Alla luce delle richiamate disposizioni, l'interrogativo



1. Articolo 32, **comma 11** del Codice Appalti «*Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice del processo amministrativo di cui all'Allegato I al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare*».

2. Articolo 32, **comma 10** del Codice Appalti «*Il termine dilatorio di cui al comma 9 non si applica nei seguenti casi:*

a) *se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o dell'inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;*

b) *nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'articolo 54, nel caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 55, nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico nei limiti di cui all'articolo 3, lettera bbbb) e nel caso di affidamenti effettuati ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettere a) e b)».*

che sorge è dunque se l'avvio dell'esecuzione anticipata dell'appalto possa determinare la violazione della clausola di stand still.

Sul punto è intervenuto più volte il giudice amministrativo per chiarire che la violazione dello stand still, ovvero del termine di 35 giorni dall'ultima comunicazione di aggiudicazione dell'appalto, inibisce/impedisce solamente la stipula del contratto ma non anche l'avvio dell'esecuzione (anticipata) dell'appalto.

In particolare, in ambito giurisprudenziale è stato rilevato che «... per consolidata giurisprudenza in tema di gara per l'affidamento di un appalto pubblico, la violazione dell'art. 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, presuppone che sia intervenuta la stipulazione del contratto, senza la quale non sussiste alcuna violazione della clausola di stand still, **non essendo l'esecuzione in via d'urgenza parificabile alla stipulazione del contratto.** Peraltro, è stato anche rilevato che la mera violazione della clausola di stand still, senza che concorrano vizi propri dell'aggiudicazione, non comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o l'inefficacia del contratto, in quanto trattasi di una fase successiva a quella di selezione del migliore contraente, che, per ciò stesso, non potrebbe ripercuotersi negativamente sul provvedimento di aggiudicazione definitiva (ex multis, Consiglio di Stato, sez. III, 17 giugno 2019, n.4087; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 11 marzo 2021, n. 3047)» (TAR Campania - Napoli, Sez. V, 5 gennaio 2022 n. 78 - non appellata).

È possibile, quindi, affermare che qualora sia necessario assicurare lo svolgimento delle prestazioni oggetto di appalto, non si ravviserebbero profili di illegittimità nell'esecuzione anticipata qualora l'anticipazione motivata rispondesse a un preminente interesse pubblico, anche in ragione della circostanza della probabilità, in caso di mancata esecuzione, di verificarsi di pregiudizi rilevanti.

Sul punto, tornando al precedente giurisprudenziale già citato al paragrafo 2., si evidenzia che i Giudici di Palazzo Spada, anche in tema di riparto di

giurisdizione, hanno rilevato «*in principio, che la (necessaria) dilazione imposta (essenzialmente ai fini del c.d. stand still, preordinato al consolidamento della scelta del contraente, a fronte della possibile proposizione di ricorsi giurisdizionali) tra l'adozione del provvedimento di aggiudicazione e la stipula del contratto* (cfr. art. 32, commi 10

ss. d. lgs. n. 50/2016), **non sottrae la relativa subfase alla fase pubblicistica** (e, di conserva, alla giurisdizione amministrativa), *trattandosi di fase ancora esposta all'esercizio di poteri autoritativi di controllo e di eventuale autotutela della stazione appaltante* (cfr. art. 30, comma 8 d. lgs. cit.). Occorre, tuttavia, considerare la possibilità che, in tale fase procedimentale, intervenga la c.d. esecuzione anticipata dello stipulando contratto, per

*solito giustificata da ragioni di urgenza: in tal caso, l'instaurazione di un rapporto contrattuale (che trae, comunque, titolo nell'esito della fase selettiva) prefigura, sia pure in termini di anticipazione rispetto alle ordinarie scansioni temporali e agli ordinari adempimenti formali, una fase propriamente esecutiva, che deve considerarsi rimessa alla **giurisdizione del giudice ordinario**, in quanto le relative vicende si strutturano in termini di adempimento delle obbligazioni contrattuali e di responsabilità conseguente al loro inadempimento. Del resto, per questo profilo, è da tempo acquisita l'idea che la responsabilità contrattuale discenda dalla **violazione della lex contractus**, cioè dal complesso delle obbligazioni giuridicamente impegnative, **non essendo necessaria la formale stipula di un contratto.** Nondimeno, anche in caso di esecuzione anticipata residua la possibilità di "rifiutare la stipula" per ragioni riconnesse alla fase propriamente pubblicistica, comportanti decadenza dall'aggiudicazione» (Consiglio di Stato, sez. V, 2 agosto 2019 n. 5498).*

**La giurisprudenza ha rilevato che affinché sussista la violazione della clausola di stand still occorre che sia intervenuta la stipula del contratto, a cui non è parificabile l'esecuzione in via d'urgenza**

#### 4. Conclusioni

La chiarezza circa le questioni connesse all'avvio dell'esecuzione in via d'urgenza è quanto mai necessaria per garantire la spedita applicazione dell'istituto in questione da parte delle stazioni appaltanti e, dunque, accelerare i tempi di

realizzazione degli interventi, qualora in presenza dei presupposti indicati dalle norme. Detta circostanza si rende ancora più necessaria al fine di dare piena attuazione alla disciplina emergenziale di cui al Decreto Semplificazioni, onde garantire tra l'altro l'accelerazione dei tempi di realizzazione degli interventi, nell'ambito del quale – come visto - l'esecuzione in via d'urgenza risulta ampiamente incentivata dal legislatore per favorire la ripresa nel post-pandemia da Covid-19, inclusa l'attuazione del cd. PNRR.

# Costo della manodopera, “indicazioni per l’uso” dalla giurisprudenza recente

di Giuseppe Croce

IL  
PUN  
TO

## Premesse e punti di osservazione

Nella determinazione del valore complessivo della commessa pubblica, la fase preliminare di progettazione è come noto, passaggio ineludibile e fondamentale, in particolare la determinazione corretta del costo del lavoro assume rilievo

preponderante, sia in termini quantitativi (secondo un’analisi puramente economico – contabile), sia in termini di garanzie (secondo un’analisi prospettica di tipo giuslavoristico)<sup>1</sup>, sia in termini procedurali nella dinamica della gara di appalto<sup>2</sup> (secondo un’analisi pubblicistica e di contrattualistica pubblica).

1. L’art. 23 comma 16 del d.lgs. 50/2016 descrive esattamente il percorso e le fonti a cui attingere per la determinazione esatta del costo del lavoro: “Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione. Per i contratti relativi a lavori il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato sulla base dei prezzi regionali aggiornati annualmente. Tali prezzi cessano di avere validità il 31 dicembre di ogni anno e possono essere transitoriamente utilizzati fino al 30 giugno dell’anno successivo, per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data. In caso di inadempienza da parte delle Regioni, i prezzi sono aggiornati, entro i successivi trenta giorni, dalle competenti articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sentite le Regioni interessate. Fino all’adozione delle tabelle di cui al presente comma, si applica l’articolo 216, comma 4. 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. I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell’importo assoggettato al ribasso.”

2. Art. 95 co. 10 del d.lgs. 50/2016 - 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). 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).

Art. 97 co. 5 lett. d) d.lgs. 50/2016 - La stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni. Essa esclude l’offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l’offerta è anormalmente bassa in quanto:

- a) (omissis);
- b) (omissis);
- c) (omissis);

d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all’articolo 23, comma 16.

Questi tre punti di osservazione, non sono scindibili e possono costituire la chiave di lettura da utilizzare qualora ci si ritrovi ad esaminare le molteplici pronunce che a diversi livelli affrontano l'argomento.

Analizzando la fattispecie dal versante delle tutele e della compatibilità dei contratti collettivi con l'oggetto dell'appalto, si richiama un interessante *Tar Basilicata, Sez. I, 1 agosto 2022, n. 577*, il quale ribadisce che: *"Tra l'ambito di applicazione del CCNL e l'attività oggetto dell'appalto deve sussistere un vincolo di stretta connessione. La violazione di detto precetto è conducente all'esclusione dell'operatore (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 11/1/2022, n. 199, poiché la corretta applicazione dei contratti collettivi secondo i propri naturali ambiti di applicazione è condizione indefettibile per il corretto funzionamento del mercato del lavoro e per il dispiegarsi di una leale concorrenza tra imprese (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 4/5/2020, n. 2829), in quanto finalizzata a garantire sia che il personale impiegato venga adeguatamente tutelato per la parte giuridica e percepisca una retribuzione proporzionata all'attività in concreto svolta, sia che le prestazioni oggetto della commessa siano correttamente eseguite attraverso una vincolante connessione funzionale delle stesse con i profili professionali più appropriati (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 25/2/2020, n. 1406)".*

### **1. Indagine in ambito di anomalia dell'offerta**

Estendendo l'indagine al momento della valutazione di anomalia dell'offerta, si impongono invece riflessioni sulle modalità pratiche di determinazione del costo del lavoro e sulle ripercussioni in tema di valutazione di anomalia dell'offerta. In tal senso è intervenuto recentemente il *Tar Veneto, Sez. II, 11 agosto 2022, n. 1292*, il quale rammenta e premette che con riferimento alle tabelle ministeriali, esse a fini della determinazione del costo medio orario, includono voci obbligatorie e indisponibili e voci convenzionali, la cui incidenza può diversamente configurarsi a seconda delle condizioni individuali del lavoratore e dell'organizzazione del lavoro. Queste ultime non hanno carattere cogente ed inderogabile, essendo invece consentiti motivati scostamenti (*Cons. Stato, Sez. III, 13 luglio 2021, n. 5286*). Il riferimento alle tabelle ministeriali

relative ai costi del lavoro, ove non sia in questione il rispetto dei minimi salariali stabiliti dalla contrattazione collettiva, deve intendersi infatti come meramente indicativo, con conseguente possibilità per l'operatore economico di giustificare eventuali scostamenti dai valori di riferimento.

Inoltre perché possa dubitarsi della congruità della offerta in presenza di scostamenti delle voci di costo, è necessario che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata alla luce di una valutazione globale e sintetica (*T.A.R. Umbria, Sez. I, 30 aprile 2021, n. 302*).

Tutto ciò implica che secondo un orientamento giurisprudenziale assolutamente consolidato, la valutazione di congruità dell'offerta ha carattere tecnico-discrezionale e, conseguentemente, il sindacato sul relativo giudizio espresso dalla stazione appaltante è limitato ai casi di manifesta illogicità, irragionevolezza, irrazionalità, arbitrarietà o travisamento dei fatti, non potendo trasformarsi in una valutazione sostitutiva di quella svolta dall'amministrazione. La valutazione sull'attendibilità dell'offerta ha inoltre natura necessariamente globale e sintetica, non potendo risolversi in una parcellizzazione delle singole voci di costo. (*Cons. Stato, Sez. III, 13 luglio 2021, n. 5283*). Né la valutazione di congruità e sostenibilità complessiva dell'offerta richiede una particolare motivazione rafforzata (*Cons. Stato, Sez. V, 18 novembre 2021, n. 7717*; *T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 8 luglio 2021, n. 8097*). Inoltre, nell'ipotesi di giudizio positivo dell'offerta sospettata di anomalia, incombe a chi lo contesta l'onere di dimostrarne l'irragionevolezza o l'erroneità, non essendo sufficiente allegare considerazioni parcellizzate sulla incongruenza o insufficienza (solo) di talune voci di costo (*ex multis: Cons. Stato, Sezione IV, 18 giugno 2021, n. 4712 e Sezione V, 19 aprile 2021, n. 3169*)" (*T.R.G.A. Trentino-Alto Adige, Bolzano, Sez. I, 4 novembre 2021, n. 309*).

È indubbio che un ragionamento di questo genere, sconfinando nel campo delle garanzie previste per i lavoratori, ha imposto ai Giudici l'esigenza di allargare l'indagine, andando altresì a precisare in riferimento al mantenimento delle garanzie retributive dei lavoratori che l'obbligo di riassorbimento non comporta alcun automatismo, in quanto deve essere interpretato conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza

e non può essere tale da comprimere le esigenze organizzative dell'impresa subentrante; va escluso inoltre che la clausola sociale possa implicare la necessaria conservazione dell'inquadramento e dell'anzianità del lavoratore. Conseguentemente la clausola sociale non comporta alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato e in forma automatica e generalizzata, nonché alle medesime condizioni, il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria, ma solo che l'imprenditore subentrante salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo; di guisa che l'obbligo di garantire ai lavoratori già impiegati le medesime condizioni contrattuali ed economiche non è assoluto né automatico (Cons. Stato, n. 6148 del 2019, cit.; 16 gennaio 2020, n. 389, in cui si precisa, sotto altro concorrente profilo, che sull'aggiudicatario non grava l'obbligo di applicare ai lavoratori esattamente le stesse mansioni e qualifiche che avevano alle dipendenze del precedente datore di lavoro; si veda anche 13 luglio 2020, n. 4515, in ordine al CCNL prescelto). Per tali ragioni va escluso che la clausola sociale possa implicare la necessaria conservazione dell'inquadramento e dell'anzianità del lavoratore assorbito dall'impresa aggiudicataria. (Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2022, n. 4539).

Tra l'altro in tema di clausola di riassorbimento e di interpretazione euro orientata si richiama al Consiglio di Stato, sez. V, 03.06.2022 n. 4539, il quale ha posto in risalto che il regime della clausola sociale "richiede un bilanciamento fra più valori, tutti di rango costituzionale, ed anche europeo. Ci si riferisce da un lato al rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost, ma anche dall'art. 16 della Carta di Nizza, che riconosce 'la libertà di impresa', conformemente alle legislazioni nazionali. Dall'altro lato, in primo luogo al diritto al lavoro, la cui protezione è imposta dall'art. 35 Cost., e dall'art. 15 della Carta di Nizza, di analogo contenuto" (Cons. Stato, Comm. spec., parere 21 novembre 2018, n. 2703).

**Il riferimento alle tabelle ministeriali relative ai costi del lavoro, ove non sia in questione il rispetto dei minimi salariali stabiliti dalla contrattazione collettiva, deve intendersi infatti come meramente indicativo, con conseguente possibilità per l'operatore economico di giustificare eventuali scostamenti dai valori di riferimento.**



Per tali ragioni detta clausola va formulata e intesa "in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario", anche perché solo in questi termini "la clausola sociale è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa secondo la quale l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; III, 30 gennaio 2019, n. 750; III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018, n. 731; V, 17 gennaio 2018 n. 272; III 5 maggio 2017, n. 2078; V 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255)" (Cons. Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6148; anche Cons. Stato, VI, 21 luglio 2020, n. 4665; 24 luglio 2019, n. 5243; V, 12 febbraio 2020, n. 1066).

Il tema delle modalità di attuazione della clausola sociale è stato affrontato dal Consiglio di Stato anche in sede consultiva, con il parere reso sulle Linee guida Anac n. 13 (delibera n. 114 del 13 febbraio 2019) relative all'applicazione dell'art. 50 del Codice contratti pubblici.

Al riguardo, è stata posta in risalto l'opportunità di prevedere un "vero e proprio 'piano di compatibilità' o 'progetto di assorbimento', nel senso che l'offerta debba illustrare in qual modo concretamente l'offerente, ove aggiudicatario, intenda rispettare la clausola sociale"; il che confluirebbe nella formulazione di "una vera e propria proposta contrattuale ... che contenga gli elementi essenziali del nuovo rapporto in termini di trattamento economico e inquadramento, unitamente all'indicazione di un termine per l'accettazione", con conseguente possibilità per il lavoratore di "previa individuazione degli elementi

essenziali del contratto di lavoro” (Cons. Stato, parere n. 2703 del 2018).

Allo stesso modo, la stazione appaltante potrebbe valutare se “inserire tra i criteri di valutazione dell’offerta quello relativo alla valutazione del piano di compatibilità, assegnando tendenzialmente un punteggio maggiore, per tale profilo, all’offerta che maggiormente realizzi i fini cui la clausola tende”.

Da ciò si ricava chiara conferma che è rimessa al concorrente la scelta sulle concrete modalità di attuazione della clausola, incluso l’inquadramento da attribuire al lavoratore, spettando allo stesso operatore formulare eventuale ‘proposta contrattuale’ al riguardo, anche attraverso il cd. “progetto di assorbimento”, introdotto dall’art. 3, ultimo comma, delle predette Linee guida (in proposito, Cons. Stato, V, 1 settembre 2020, n. 5338); il che conferma che dalla clausola sociale non può trarsi sic et simpliciter un obbligo in capo al concorrente di inquadrare il lavoratore con lo stesso livello di anzianità già posseduto.

È stato recentemente sottolineato anche come la clausola non comporti “alcun obbligo per l’impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato e in forma automatica e generalizzata, nonché alle medesime condizioni, il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria, ma solo che l’imprenditore subentrante salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo”; di guisa che “l’obbligo di garantire ai lavoratori già impiegati le medesime condizioni contrattuali ed economiche non è assoluto né automatico” (Cons. Stato, n. 6148 del 2019, cit.; 16 gennaio 2020, n. 389, in cui si precisa, sotto altro concorrente profilo, che sull’aggiudicatario non grava “l’obbligo di applicare ai lavoratori esattamente le stesse mansioni e qualifiche che avevano alle dipendenze del precedente datore di lavoro”; si veda anche 13 luglio 2020, n. 4515, in ordine al CCNL prescelto).

Per tali ragioni va escluso che la clausola sociale possa implicare la necessaria conservazione dell’inquadramento e dell’anzianità del lavoratore assorbito dall’impresa aggiudicataria.

Del resto, è stato anche rilevato, sotto altro profilo, che l’aspetto inerente al “modo con cui l’imprenditore subentrante dia seguito all’impegno assunto con la stazione appaltante di riassorbire i lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario (id est. come abbia rispettato la clausola sociale) attiene ... alla fase di esecuzione del contratto, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro” (Cons. Stato, n. 6148 del 2019, cit.; Linee guida Anac n. 13, che all’art. 5 prevedono: “L’inadempimento degli obblighi derivanti dalla clausola sociale comporta l’applicazione dei rimedi previsti dalla legge ovvero

dal contratto. Nello schema di contratto le stazioni appaltanti inseriscono clausole risolutive espresse ovvero penali commisurate alla gravità della violazione. Ove ne ricorrano i presupposti, applicano l’articolo 108, comma 3, del Codice dei contratti pubblici”).

Interessantissime anche le indicazioni del Tar Calabria-Catanzaro, Sez. I, 22 luglio 2022, n. 1373, il quale evidenzia che la verifica demandata

alla Stazione appaltante in forza del combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 97, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 50/2016 non ha riguardo alla congruità complessiva del costo del personale e, quindi, non dà luogo ad un subprocedimento di verifica di anomalia dell’offerta, ma attiene esclusivamente al rispetto dei minimi salariali retributivi, così come indicati nelle apposite tabelle ministeriali di cui all’ art. 23, comma 16, del Codice degli appalti, le quali, seppure espongono dati non inderogabili, assolvono, tuttavia, ad una funzione di parametro di riferimento, dal quale è possibile discostarsi, in sede di verifica, solo sulla scorta di una dimostrazione puntuale e rigorosa in ordine alle ragioni che giustificano lo scostamento” (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 6.12.2021, n. 12588; v. anche T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 22.4.2021 n. 706; T.A.R. Lombardia, Sez. I, 13.5.2019 n. 1067; Cons. St., sez. V, 26.4.2018 n. 2540; id., 30.3.2017 n. 1465; id., 28.6.2011 n. 3865.).

In tema di verifica della congruità del costo della manodopera in sé considerata è stato affermato che risulta illegittimo e va annullato il provvedimento con cui il dirigente della centrale

**Va escluso che la clausola sociale possa implicare la necessaria conservazione dell’inquadramento e dell’anzianità del lavoratore assorbito dall’impresa aggiudicataria**



di committenza abbia disposto l'aggiudicazione dell'appalto approvando la proposta della commissione giudicatrice senza aver previamente verificato, come previsto dall'art. 95 comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, il costo della manodopera dell'aggiudicatario e, in particolare, il rispetto dei minimi retributivi di cui alle tabelle ministeriali dell'art. 23, comma 16, d. lg. n. 50 cit., e il ricorrente abbia comprovato in giudizio l'effettiva insufficienza di tali costi, applicandosi altrimenti l'art. 21-octies, l. 7 agosto 1990 n. 241" (T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 23.7.2020, n. 287).

In termini più specifici è stato rilevato che mentre l'aggiudicazione di un appalto si palesa illegittima ove l'aggiudicatario non abbia, nella sua offerta, indicato i costi della manodopera, ovvero ove tali costi siano inferiori ai minimi salariali stabiliti, l'eventuale mera mancata verifica di tali costi, riportati nell'offerta dell'aggiudicatario e non contestati, va ascritta al novero delle mere irregolarità procedurali non invalidanti di per sé. Si vuol dire che, per censurare l'aggiudicazione per il profilo dei costi di manodopera indicati dall'operatore aggiudicatario, parte ricorrente dovrebbe contestarne la sufficienza, eventualmente supportando tale contestazione con la prova della loro omessa verifica da parte della Commissione di gara.

Di contro, non è sufficiente la mera mancata formalizzazione di tale controllo, in assenza di qualsiasi deduzione (supportata da elementi di prova) sul fatto che tale errore abbia prodotto conseguenze sostanziali. (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 1.7.2020, n. 2793).

Da quanto ora esposto consegue che, come già osservato da questa Sezione (sentenza n. 899 del 26.5.2022), il soggetto che contesta la mancata verifica dei costi di manodopera è comunque onerato a fornire elementi di prova in ordine all'irragionevolezza dell'esito positivo, non essendo sufficiente la contestazione della mancata formalizzazione di tale controllo in sé considerata.

Confermata la posizione anche da parte del Consiglio di Stato, sez. V, 16.08.2022 n. 7141, il quale statuisce che sebbene non si tratti di errore materiale riconoscibile ed emendabile, la attendibilità del costo della manodopera previsto nell'offerta deve essere, in ogni caso, accertata nella sede propria del procedimento di verifica della congruità dell'offerta.

L'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici, non prevede, infatti, per l'ipotesi di errata o incongrua indicazione del costo della manodopera, l'immediata esclusione dell'offerta (prevedendo tale grave conseguenza unicamente per il caso della omessa indicazione: in termini Cons. Stato, V, 30 giugno 2020, n. 4140), ma impone la verifica della congruità ai sensi dell'art. 97, comma 5, lettera d); e solo se la verifica risultasse negativa l'offerta potrebbe essere esclusa.

Anche analizzando il versante operatore economico, non è irrilevante la modalità di predisposizione e compunto del costo del lavoro. In tal senso il TAR Lazio – Roma, sez. II, 28 luglio 2022 n. 10764 che statuisce come obbligatoria l'indicazione dei costi della manodopera in offerta relativamente ai soli dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell'offerta per la specifica commessa; non è così, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti, il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto.

# Pareri & Sentenze



## **Consiglio di Stato, Sez. VI, 26/8/2022, n. 7482**

*Il requisito relativo all'iscrizione al registro delle imprese non può essere prestato mediante il ricorso all'avvalimento*

"L'iscrizione al registro delle imprese è requisito che non può essere prestato mediante il ricorso all'avvalimento. Infatti la norma che lo impone è diretta ad assicurare l'astratta idoneità professionale dell'operatore economico a svolgere l'attività imprenditoriale in un determinato settore, sul presupposto che si tratti di impresa che abitualmente esercita in concreto quella certa attività in quel determinato settore commerciale o economico (Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2020, n. 7037);

- Ciò in quanto la "norma dell'art. 89, comma 1, del Codice dei contratti pubblici ... limita il campo di applicazione dell'avvalimento ai soli requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'art. 83, comma 1, lettere b) e c), del medesimo Codice, escludendo la possibilità di avvalersi della capacità di altri operatori economici per integrare i requisiti di idoneità professionale" (Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2020, n. 7037);

- Pertanto: "Il requisito di idoneità professionale, per sua funzione, qualifica il soggetto economico nella sua unitarietà, non è scindibile nelle sue diverse componenti o nei suoi diversi profili" (Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2020, n. 7037);

- Ed ancora: "il requisito richiesto dalle stazioni appaltanti dell'iscrizione a specifici albi deve intendersi strettamente collegato alla capacità soggettiva dell'operatore economico e pertanto non può formare oggetto di avvalimento" (Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2020, n. 1667);

- Più in particolare: "l'iscrizione agli albi professionali rappresenta un requisito soggettivo afferente l'idoneità professionale degli aspiranti concorrenti alle procedure ad evidenza pubblica che presuppone una specifica organizzazione aziendale, necessaria per consentire il corretto espletamento di attività delicate o pericolose e caratterizzate dall'impiego di attrezzature particolari e di competenze specifiche" (Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2020, n. 1667; Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2015, n. 3698);"

**Consiglio di Stato, Sez. IV, 24/08/2022, n. 7438**

*In ordine all'avvalimento "esperienziale" il contratto deve prevedere, in termini chiari e non equivoci, il (più specifico) impegno o promessa ad "eseguire direttamente", sì da garantire, in tal senso, la stazione appaltante*

"Con la sintetica formula linguistica di "avvalimento esperienziale" si fa riferimento alla forma di avvalimento (necessariamente) operativo che – giusta la previsione dell'art. 89, comma 1 d. lgs. n. 50/2016, in coerenza con l'art. 63, § 1 della Direttiva n. 24/2014/UE, concerne "i titoli di studio e professionali" e le "esperienze professionali pertinenti", in ordine ai quali la valorizzazione cooperativa "delle capacità di altri soggetti" postula, in termini condizionanti, che "questi ultimi esegu[a]no direttamente" (e, per l'effetto, si impegnino effettivamente ad eseguire personalmente, non limitando l'apporto ausiliario alla mera "messa a disposizione", per la durata dell'appalto, delle relative "risorse necessarie", di cui il concorrente ausiliato fosse carente ) "i lavori o i servizi per cui tali capacità s[ia]no richieste".

La regola trae il suo fondamento dal carattere e dalla natura essenzialmente intellettuale di tali servizi (tra cui rientrano la progettazione, la direzione dei lavori, la vigilanza e il controllo sulla esecuzione del contratto etc.), che ne postulano l'esecuzione necessariamente personale.

D'altra parte, trattandosi di apprezzare l'idoneità del contratto di avvalimento nella prospettiva a priori della verifica dei requisiti di partecipazione alla procedura evidenziale, è chiaro che il tratto testuale della condizione posta dall'art. 84 ("se [...] eseguono direttamente") va acquisito (palesandosi altrimenti illogico) nei sensi prospettici e programmatici della idoneità dell'assunzione, in parte qua, dell'impegno divisato: sicché – ad integrazione del generico canone dell'obbligo "a mettere a disposizione" le risorse, reali o personali – il contratto deve prevedere, in termini chiari e non equivoci, il (più specifico) impegno o promessa ad "eseguire direttamente", sì da garantire, in tal senso, la stazione appaltante."

**Consiglio di Stato, Sez. V, 22/08/2022, n. 7353**

*Non è preclusa, nella logica di una efficiente e non disparitaria cooperazione tra operatori economici e stazione appaltante, l'attività di soccorso "procedimentale" (diversa, come tale, dal "soccorso istruttorio") in caso di dubbi riguardanti "gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica", fermo il divieto di integrazione dell'offerta*

" ... importa osservare che – se è, certamente, precluso alla stazione appaltante (e, per essa, alla commissione incaricata della valutazione delle offerte) di sollecitare chiarimenti, precisazioni, integrazioni in ordine ad incerte od ambigue formulazioni della proposta negoziale (ciò che si risolverebbe in forme anomale di dialogo idonee ad alterare il canone di rigorosa parità di condizione fra i concorrenti) – non è vietata la possibilità di sollecitare (con l'ovvio limite che si tratti di meri "chiarimenti" e/o "illustrazioni" e non di modifiche, anche solo quantitativamente parziali o qualitativamente limitate) chiarimenti sui tratti dell'offerta tecnica, le quante volte sia ritenuto opportuno, per la segnata ipotesi di proposte connotate di particolare complessità.

Non è, con ciò, preclusa – nella logica di una efficiente e non disparitaria cooperazione tra operatori economici e stazione appaltante – l'attività di soccorso "procedimentale" (diversa, come tale, dal "soccorso istruttorio", che – ai sensi dell'art. 83, comma 9 d. lgs. n. 50/2016, non potrebbe riguardare l'offerta, non solo sotto il profilo economico, ma anche sotto quello tecnico): in tal senso, da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 2 febbraio 2021, n. 1225, nonché Id., sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680, la quale ha anche rammentato che, nei pareri relativi allo schema del Codice degli appalti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016 e del "correttivo" di cui al d.lgs. n. 56/2017, resi dalla Commissione speciale (n. 855 del 21 marzo 2016; n. 782 del 22 marzo 2017), il Consiglio di Stato aveva espressamente sottolineato, in relazione all'art. 83, l'opportunità di conservare tale forma di soccorso, in virtù del quale potessero essere richiesti, in caso di dubbi riguardanti

“gli elementi essenziali dell’offerta tecnica ed economica”, chiarimenti al concorrente, fermo il divieto di integrazione dell’offerta, trattandosi, segnatamente, di precisazioni finalizzate a consentire l’interpretazione delle offerte e a ricercare l’effettiva volontà dell’impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell’impegno negoziale con esse assunte (cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2015, n. 2082; Id., 22 ottobre 2014, n. 5196; Id., 27 marzo 2013, n. 1487).”

#### **Consiglio di Stato, Sez. V, 16/8/2022, n. 7147**

*Sul divieto di commistione tra offerta tecnica e offerta economica: va apprezzata in concreto e non in astratto*

“... va considerato che, per la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato: a) la valutazione delle offerte tecniche deve precedere la valutazione delle offerte economiche; b) le offerte economiche devono essere contenute in buste separate dagli altri elementi (documentazione e offerte tecniche) e debitamente sigillate; c) la commissione non può aprire le buste delle offerte economiche prima di aver completato la valutazione delle offerte tecniche; d) nell’offerta tecnica non deve essere inclusa né l’intera offerta economica, né elementi consistenti dell’offerta economica o elementi che comunque consentano di ricostruirla; e) nell’offerta tecnica possono essere inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché siano elementi economici che non fanno parte dell’offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell’offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica (Cons. Stato, V, 12 novembre 2015, n. 5181; VI, 27 novembre 2014, n. 5890).

Va altresì rilevato che, per la stessa giurisprudenza, la commistione tra offerta tecnica e offerta economica va apprezzata in concreto e non in astratto, nel contesto di un esercizio proporzionato e ragionevole della discrezionalità tecnica e con riguardo alla concludenza degli elementi economici esposti o desumibili dall’offerta tecnica, che debbono essere effettivamente tali da consentire di ricostruire in via anticipata l’offerta economica nella sua interezza ovvero, quanto meno, in aspetti economicamente significativi, idonei a consentire potenzialmente al seggio di gara di apprezzare prima del tempo la consistenza e la convenienza di tale offerta (Cons. Stato, V, 2 agosto 2021, n. 5645; 17 maggio 2021, n. 3833; 29 aprile 2020, n. 273; 11 giugno 2018, n. 3609; III, 3 dicembre 2021, n. 8047; 26 marzo 2021, n. 2581; 9 gennaio 2020, n. 167; 12 luglio 2018, n. 4284; 3 aprile 2017, n. 1530).

Alla luce di tali coordinate ermeneutiche, deve concludersi che i riferimenti temporali del cronoprogramma, pur essendo declinabili in astratto in termini economici, quali indicazioni della riduzione delle tempistiche di lavorazione, non refluiscano nella violazione del divieto di commistione, rilevando preminentemente nella sola fase contrattuale e non essendo tali da disvelare in via anticipata l’offerta economica, né nella sua interezza né nei suoi aspetti economicamente significativi.

In tal senso, del resto, si è già espressa la giurisprudenza (Cons. Stato, III, 2 agosto 2017, n. 3874; 10 giugno 2016, n. 2510)”

#### **Consiglio di Stato, Sez. V, 5/8/2022, n. 6937**

*Le dichiarazioni false o fuorvianti da parte degli operatori che partecipano a gare d’appalto non comportano l’esclusione automatica*

“... l’art. 80 comma 5 lettera c) del d.lgs. n. 50/2016 consente alle stazioni appaltanti di desumere la commissione di gravi illeciti professionali da ogni pregressa vicenda professionale dell’operatore economico.

5.6.1. Le linee Guida ANAC n. 6 (approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, aggiornate al D.lgs. 56 del 19 aprile 2017) in merito a quanto previsto dall'art. 80, comma 5 lett. c), del Codice dei contratti pubblici, chiariscono che "Il verificarsi delle fattispecie esemplificative individuate nelle presenti Linee guida non dà luogo all'esclusione automatica del concorrente, ma comporta l'obbligo della stazione appaltante di procedere alle valutazioni di competenza in ordine alla rilevanza sostanziale degli specifici comportamenti, da effettuarsi nell'esercizio del potere discrezionale alla stessa riconosciuto, secondo le indicazioni fornite nel presente documento. Le stazioni appaltanti possono attribuire rilevanza a situazioni non espressamente individuate dalle Linee guida, purché le stesse siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta indicata dall'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice e sempre che ne ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi."

La giurisprudenza (Cons. Stato, Ad. Plen. 28 agosto 2020, n. 16), nell'approfondire il rapporto tra la lettera c (ora c-bis) e la lettera f-bis del comma 5 del più volte citato art. 80, ha statuito che: "La presentazione di dichiarazioni false o fuorvianti da parte degli operatori che partecipano a gare d'appalto non ne comporta automaticamente l'esclusione, ma solo laddove la stazione appaltante ritenga motivatamente che esse ne compromettano l'integrità e l'affidabilità. Analogamente, le informazioni dovute dai concorrenti in sede di gara a pena di esclusione, ulteriori rispetto a quelle espressamente previste dalla legge o dalla normativa di gara, sono solo quelle incidenti sulla relativa integrità e affidabilità".

L'Adunanza Plenaria ha dunque affermato il seguente principio di diritto, applicabile alla fattispecie oggetto di giudizio: "La falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-bis] dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50; in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo; alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico; la lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-bis] della medesima disposizione."

Inoltre, la consolidata giurisprudenza, anche precedente alla citata decisione dell'Adunanza Plenaria, ha ritenuto che "la dichiarazione resa dall'operatore economico nella domanda di partecipazione circa le pregresse vicende professionali suscettibili di integrare "gravi illeciti professionali" può essere omessa, reticente o completamente falsa; è configurabile omessa dichiarazione quando l'operatore economico non riferisce di alcuna pregressa condotta professionale qualificabile come "grave illecito professionale"; è configurabile dichiarazione reticente quando le pregresse vicende sono solo accennate senza la dettagliata descrizione necessaria alla stazione appaltante per poter compiutamente apprezzarne il disvalore nell'ottica dell'affidabilità del concorrente; è, infine, configurabile la falsa dichiarazione se l'operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero; la distinzione tra le tre fattispecie non risiede, dunque, nell'oggetto della dichiarazione che è sempre lo stesso (la pregresse vicende professionali dell'operatore economico), quanto, piuttosto, nella condotta di quest'ultimo; e ciò vale a meglio spiegare anche il regime giuridico: solo alla condotta che integra una falsa dichiarazione consegue l'automatica esclusione dalla procedura di gara poiché depone in maniera inequivocabile nel senso dell'inaffidabilità e della non integrità dell'operatore economico, mentre, ogni altra condotta, omissiva o reticente che sia, comporta l'esclusione dalla procedura solo per via di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che sia prognosi sfavorevole sull'affidabilità dello stesso" (Cons. Stato, Sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407)."

**TAR Campania, Sez. VIII, 01/08/2022, n. 5181**

*Il provvedimento di esclusione compete al RUP e non alla commissione di gara*

“Il provvedimento di esclusione, versato in atti, è stato adottato dalla commissione di gara e non dal RUP. Orbene, la giurisprudenza ha chiarito che la competenza a disporre l'esclusione è del RUP e non della commissione di gara. L'art. 80 co. 5 del codice dei contratti (d.lgs. 50/2016), infatti, prevede che sia la stazione appaltante a determinare le esclusioni e questo va inteso nel senso che la competenza spetti al RUP e non all'organo straordinario della commissione che ha compiti di ausilio e di supporto del RUP medesimo (Consiglio di Stato sez. V, 07/10/2021, n.6706; Consiglio di Stato sez. VI, 08/11/2021, n.7419). Con maggiore impegno esplicativo, va rilevato che l'art. 77 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (“Commissione giudicatrice”) statuisce: “nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta di esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto”.

Tale disposizione definisce i limiti della competenza della commissione che si deve limitare a svolgere un'attività di giudizio consistente nella valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico in qualità di organo straordinario e temporaneo della stazione appaltante con funzioni istruttorie.

“È, dunque, preclusa alla commissione giudicatrice ogni altra attività che non sia di giudizio in senso stretto, compresa, in particolare, la verifica della regolarità delle offerte e della relativa documentazione; la quale, ove sia stata in concreto svolta (normalmente, su incarico dell'amministrazione, ma anche in mancanza di specifico incarico), deve essere poi verificata e fatta propria della stazione appaltante” (Consiglio di Stato sez. V, 12/02/2020, n.1104).

Il provvedimento di esclusione dalla procedura trova la propria regolamentazione nell'art. 80 (“Motivi di esclusione”) d.lgs. n. 50 cit. che, in più occasioni (e, precisamente, ai commi 5, 6, 8, 10 - bis) individua nella “stazione appaltante” e, quindi, nel RUP - che ha la competenza generale a svolgere “tutti i compiti” non attribuiti “specificatamente” ad altri organi o soggetti (art. 31 co. 3 dl.gs. 50/2016) - il soggetto tenuto ad adottare il provvedimento di esclusione dell'operatore economico.”

**Consiglio di Stato, Sez. V, 20/7/2022, n. 6389**

*Differenze tra conflitto di interessi attuale e potenziale, con riferimento alle situazioni tipizzate e non tipizzate*

“La definizione di conflitto di interesse contenuta nella direttiva è testualmente ripresa dall'art. 42, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 che vi aggiunge l'inciso finale che “In particolare, costituiscono situazioni di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'art. 7 del DPR 16 aprile 2013, n. 62” (che contiene il regolamento recante il codice di comportamento dei dipendenti pubblici) .... la Sezione consultiva per gli atti normativi ha evidenziato come “occorra distinguere situazioni di conflitto di interessi da un lato conclamate, palesi e soprattutto tipizzate (quali ad esempio i rapporti di parentela o coniugio) che sono poi quelle individuate dall'art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013 citato; dall'altro non conosciuti o non conoscibili, e soprattutto non tipizzati (che si identificano con le “gravi ragioni di convenienza” di cui al penultimo periodo del detto art. 7 e dell'art. 51 c.p.c.)” ed ha nel prosieguo precisato che “rilevano sia palesi situazioni di conflitto di interessi, sia situazioni di conflitto di interessi (in questo senso) potenziali, perché tale nozione include non soltanto le ipotesi di conflitto attuale e concreto, ma anche quelle che potrebbero derivare da una condizione non tipizzata ma ugualmente idonea a determinare il rischio.”.

Le situazioni di “potenziale conflitto” sono identificate in primo luogo, in quelle che, per loro natura, pur non costituendo allo stato una delle situazioni tipizzate, siano destinate ad evolvere in un conflitto tipizzato. A queste vengono aggiunte “quelle situazioni le quali possano per sé favorire l'insorgere di un rapporto

di favore o comunque di non indipendenza e imparzialità in relazione a rapporti pregressi, solo però se inquadrabili per sé nelle categorie dei conflitti tipizzati. Si pensi a una situazione di pregressa frequentazione abituale (un vecchio compagno di studi) che ben potrebbe risorgere (dove la potenzialità) o comunque ingenerare dubbi di parzialità (dunque le gravi ragioni di convenienza).”

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 289 del 21 Giugno 2022  
PREC 42/22/S**

*“L’operatore economico cui è richiesto, tra l’altro, ai fini partecipativi, il possesso di una determinata certificazioni di qualità, in caso di carenza può ricorrere a modelli quali quelli individuati nel R.T.I. ovvero nell’avvalimento idonei a dimostrarne il possesso”*

“ ... in merito alla possibilità che l’operatore economico possa ricorrere all’istituto dell’avvalimento per sopperire alla mancanza della certificazione di qualità richiesta ai fini della partecipazione alle gare ancorché ritenuto requisito speciale di natura soggettiva, l’Autorità, tenendo conto delle posizioni assunte in giurisprudenza, ne ha confermato l’ammissibilità, valorizzandolo, in presenza di una serie di condizioni. In particolare, e al fine di non svuotare di significato l’essenza dell’istituto, la giurisprudenza amministrativa consente siffatto avvalimento a condizione che «L’ausiliaria metta a disposizione dell’ausiliata l’intera organizzazione aziendale con tutte le risorse che le hanno concesso di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione». Sulla base di tale principio, è stata ribadita l’importanza di verificare – onere gravante sulla stazione appaltante – che la messa a disposizione da parte dell’ausiliaria dei mezzi del personale, del know how, e di tutti gli elementi aziendali qualificanti sia effettiva e non fittizia (delibera n. 707 del 24 luglio 2018);”

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 295 del 21 giugno 2022  
PREC 77/2022/S-PB**

*“Appalto pubblico – In genere – Scelta del contraente – Offerta economica – Formula attribuzione punteggio – Errore materiale – Correzione– Chiarimenti – Ammissibilità – Condizioni”*

*“Appalto pubblico – In genere – Prescrizioni lex specialis – Vincolatività – Disapplicazione – Commissione di gara – Non ammissibile.”*

“È possibile rettificare, in sede di chiarimenti, la formula matematica indicata nel disciplinare per l’attribuzione del punteggio alle offerte economiche, mediante inversione del denominatore con il numeratore, sì da renderne logico e possibile il funzionamento, solo quando dagli atti di gara si evinca la chiara ed univoca volontà della Stazione appaltante di far ricorso ad un dato parametro di valutazione delle offerte (ribasso o prezzo)”

“La Commissione di gara, ai fini dell’attribuzione dei punteggi alle offerte economiche, è tenuta ad applicare la formula indicata nella lex specialis e, laddove questa conduca a dei risultati illogici o impossibili, a segnalare il fatto alla Stazione appaltante ai fini dell’adozione degli atti di competenza.”

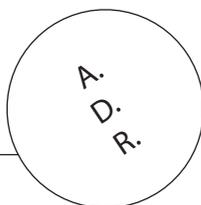
**Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 320 del 6 luglio 2022  
PREC 82/2022/L**

*"Appalto pubblico – Lavori – Clausola revisione prezzi – Disciplina in deroga ex d.l. n. 4/2022 – Procedure ristrette – Avviso di indizione pubblicato successivamente alla data di entrata in vigore del decreto – Applicabilità"*

"In conformità a quanto previsto dall'art. 29, comma 1, d.l. n. 4/2022, convertito con l. n. 25/2022, in caso di procedura ristretta, la norma si applica alle gare il cui avviso di indizione sia stato pubblicato dopo l'entrata in vigore del decreto."

## A Domanda Rispondiamo



### 1

**Nell'affidamento dei servizi sociali indicati nel comma 5-bis dell'articolo 142 del codice dei contratti pubblici quali principi deve garantire la Stazione Appaltante?**

Nell'affidamento dei servizi sociali indicati nel comma 5-bis dell'articolo 142 del codice dei contratti pubblici le stazioni appaltanti garantiscono il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del medesimo codice. Al fine di assicurare il rispetto dei principi sopra enunciati, le stazioni appaltanti potrebbero adottare regolamenti interni da pubblicare nel sito amministrazione trasparente volti a disciplinare gli aspetti relativi alle attività di affidamento ed esecuzione del contratto non disciplinati dal codice dei contratti pubblici, quali, ad esempio, la disciplina dei commissari di gara, la procedura competitiva con negoziazione, l'avvalimento, il subappalto, le modifiche del contratto, la disciplina sull'esecuzione. I principi generali che ispirano detti regolamenti possono essere mutuati dal Quadro europeo volontario per la qualità dei servizi sociali adottato dal Comitato per la protezione sociale del Consiglio europeo il 6 ottobre 2010 e richiamato dal Considerando 114 della direttiva 2014/24/UE.

### 2

**La mancata effettuazione del sopralluogo è sempre causa di esclusione?**

Sull'obbligatorietà del sopralluogo e sulla conseguenza dell'eventuale omissione, la giurisprudenza è oscillante infatti secondo un orientamento già consolidato la ratio della previsione e della connessa sanzione espulsiva va ravvisata nell'esigenza di presentare un'offerta seria e affidabile; e quindi, trattandosi di elemento strettamente connesso all'offerta, non contrasterebbe col principio di tassatività, né sarebbe applicabile il soccorso istruttorio. Recentemente però si è fatta strada un'altra linea di pensiero che ha le sue radici nella formulazione testuale dell'art. 79 comma 2 del codice con la formulazione dell'art. 79, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, il quale fa riferimento alle ipotesi in cui «le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo consultazione sul posto dei documenti di gara», ma solo per farne conseguire la necessità che i termini per la presentazione delle offerte siano calibrati in modo che gli operatori interessati «possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte», senza, dunque, derivarne effetti espulsivi automatici in caso di mancato adempimento (Cons. St., sez. V, 19 gennaio 2021, n. 575).

Da quanto sopra si deduce che tale indicazione nella documentazione di gara non può considerarsi una specifica causa di esclusione contemplata dal codice dei contratti pubblici.

### 3

#### **I contratti aventi ad oggetto servizi sociali rientranti nell'Allegato IX del codice dei contratti pubblici a quali disposizioni del codice sono assoggettati?**

I contratti aventi ad oggetto servizi sociali rientranti nell'Allegato IX del codice dei contratti pubblici (servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, organizzazioni politiche, associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative) di importo superiore alla soglia comunitaria pari ad €. 750.000, qualora non organizzati ai sensi degli articoli 55 e 56 del CTS (d.lgs. n. 117/2017) o mediante forme di autorizzazione o accreditamento previste dalle disposizioni regionali in materia, sono assoggettati al regime «alleggerito».

Tale disciplina prevede l'applicazione dei commi da 1 a 5 e dei commi da 5-ter a 5-octies dell'art. 142 d.lgs. n. 50/2016, dei principi comuni individuati agli articoli da 28 a 34 del codice dei contratti pubblici, delle disposizioni in materia di programmazione di cui all'articolo 21 e di aggregazione di cui agli articoli 37 e 38, degli articoli da 54 a 58 e da 60 a 65 (procedure di aggiudicazione dei settori ordinari), delle disposizioni di cui agli articoli 68 (specifiche tecniche), 69 (etichettature), 75 (inviti ai candidati), 79 (fissazioni di termini), 80 (requisiti generali), 83 (criteri di selezione e soccorso istruttorio) e 95 (criteri di valutazione dell'offerta), adottando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

Gli appalti di servizi di cui all'articolo 142, comma 5-bis, del codice dei contratti pubblici, di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, comma 1, lettera d), sono affidati invece nel rispetto di quanto previsto all'articolo 36 del codice dei contratti pubblici. Agli appalti di servizi sociali rientranti nell'allegato IX del codice dei contratti pubblici, diversi da quelli indicati all'articolo 142,

comma 5-bis, si applicano, ai sensi dell'art. 30 comma 8 del codice, i commi da 1 a 5 del citato articolo 142 e le disposizioni della legge 7 agosto 1990, n. 241/1990.

### 4

#### **È legittimo l'affidamento di un appalto pubblico tramite la clausola di adesione?**

La disciplina legislativa nazionale non regolamenta l'affidamento di un appalto pubblico tramite applicazione di una c.d. clausola di adesione. E' stata la giurisprudenza amministrativa in via interpretativa, sulla base dell'orientamento normativo favorevole all'utilizzo di forme di acquisizione centralizzata ed aggregata di beni e servizi occorrenti al funzionamento delle Pubbliche Amministrazioni ad affermare la sua astratta compatibilità con la normativa nazionale ed europea. Ma, per potersene affermare la legittimità, è necessario che siano osservati i principi di trasparenza, pubblicità e salvaguardia della concorrenza. Pertanto, laddove prevista nella documentazione di gara, nella stessa documentazione devono essere individuate: 1) le Amministrazioni Aggudicatrici che potranno beneficiarne; 2) la quantità di approvvigionamento (del servizio o della fornitura) le cui prestazioni dovranno essere sostanzialmente omogenee, in modo da evitare qualunque alterazione di patti, condizioni e prezzi stabiliti dagli originari atti di gara (**cf. Cons. Stato, sez. III, n. 5705 del 2020, n. 982 del 2018 e n. 442 del 2016**).

## 5

### Quali sono le nuove forme di pubblicità per i concorsi pubblici?

Sono state introdotte misure urgenti in materia di reclutamento del personale che, a partire dal decreto-legge n. 44 del 2021 (legge n. 76 del 2021), hanno ridisegnato la fisionomia dei concorsi pubblici e introdotto meccanismi di accelerazione delle nuove assunzioni, gettando le basi per le misure ordinamentali contenute nel successivo decreto-legge n. 80 del 2021 (legge n. 113 del 2021) e, da ultimo, nel decreto-legge n. 36 del 2022.

Quest'ultimo, convertito con modificazioni in legge 29 giugno 2022, n. 79, inserisce l'articolo 35-ter nel decreto legislativo n. 165 del 2001 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), che dispone all'art 35 ter c.1 che "l'assunzione a tempo determinato e indeterminato nelle amministrazioni pubbliche centrali di cui all'articolo 1, comma 2, e nelle autorità amministrative indipendenti avviene mediante concorsi pubblici orientati alla massima partecipazione ai quali si accede mediante registrazione nel Portale unico del reclutamento" (portale previsto dalla Legge 19 giugno 2019, n. 56 "Interventi per la concretezza delle azioni delle pubbliche amministrazioni e la prevenzione dell'assenteismo" art 3 c.7.)

Il percorso di accesso al portale è regolato in differenti fasi in quanto, secondo la disciplina normativa, il ricorso al Portale per le amministrazioni pubbliche centrali e le autorità amministrative indipendenti è facoltativo dal 1° luglio 2022 e obbligatorio dal 1° novembre 2022 (Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento Della Funzione Pubblica Il Capo Del Dipartimento Nota Circolare n. 1/2022).

L'art. 35 ter del d.lgs. 165/2011 al comma 2-bis stabilisce che: "A decorrere dall'anno 2023 la pubblicazione delle procedure di reclutamento nei siti istituzionali e sul Portale unico del reclutamento esonera le amministrazioni pubbliche, inclusi gli enti locali, dall'obbligo di pubblicazione delle

selezioni pubbliche nella Gazzetta Ufficiale", ed al comma 4 stabilisce che "L'utilizzo del Portale è esteso a Regioni ed enti locali per le rispettive selezioni di personale. Le modalità di utilizzo da parte di Regioni ed enti locali sono definite, entro il 31 ottobre 2022, con decreto del Ministro per la pubblica amministrazione, adottato previa intesa in Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281".

Dalla lettura delle norme risulta che l'obbligo della pubblicazione dei concorsi in Gazzetta Ufficiale (derivante dalla art. 4 del D.P.R. 487/1994, che faceva decorrere il termine per la ricezione delle domande dalla pubblicazione in G.U.) non sarà più vigente.

## 6

### Può la stazione appaltante in fase di chiarimento modificare la lex specialis di gara?

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 (**Cfr., ex multis, Cons. giust. amm. Sicilia, 08-10-2021, n. 841**).

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 della Costituzione. È infatti pacifico in giurisprudenza che i chiarimenti non possono modificare gli atti di gara, pena l'illegittima disapplicazione della lex specialis (**Cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. III, 27 dicembre 2019 n. 8873**).

## **7** A chi spetta l'adozione del provvedimento di esclusione da una procedura di gara?

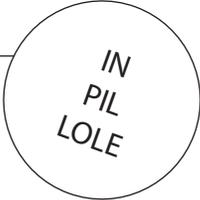
La giurisprudenza ha chiarito recentemente con sentenza del Consiglio di Stato (sez. V, 07/10/2021, n.6706; Consiglio di Stato sez. VI, 08/11/2021, n.7419), che la "competenza a disporre l'esclusione è del RUP e non della commissione di gara. L'art. 80 co. 5 del codice dei contratti (d.lgs. 50/2016), infatti, prevede che sia la stazione appaltante a determinare le esclusioni e questo va inteso nel senso che la competenza spetta al RUP e non all'organo straordinario della commissione che ha compiti di ausilio e di supporto del RUP medesimo".

Ancora più recentemente il Tar Napoli con sentenza del 01/08/2022 n. 5181, stabilisce che: Il provvedimento di esclusione dalla procedura trova la propria regolamentazione nell'art. 80 ("Motivi di esclusione") d.lgs. n. 50 cit. che, in più occasioni (e, precisamente, ai commi 5, 6, 8, 10 - bis) individua nella "stazione appaltante" e, quindi, nel RUP - che ha la competenza generale a svolgere "tutti i compiti" non attribuiti "specificatamente" ad altri organi o soggetti (art. 31 co. 3 dl.gs. 50/2016) - il soggetto tenuto ad adottare il provvedimento di esclusione dell'operatore economico.

## **8** L'importo sul quale effettuare il calcolo degli incentivi delle funzioni tecniche comprende anche il costo degli eventuali rinnovi e/o proroghe previsti nella lex specialis di gara?

Ai sensi dell'art. 113 comma 2 del codice dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici destinano ad un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti delle stesse specificatamente enucleate dalla norma. L'importo a base di gara non va confuso con il c.d. valore stimato dell'appalto che, ai sensi dell'art. 35 comma 4 del codice, tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara. Pertanto, l'importo sul quale calcolare la somma spettante ai dipendenti a titolo di incentivi per le funzioni tecniche espletate è esclusivamente quello a base di gara al netto delle forme opzionali del contratto.

# I gravi illeciti professionali al vaglio della riforma del codice degli appalti



IN  
PIL  
LOLE

Sul tema dei gravi illeciti professionali disciplinati dall'art. 80 del codice degli appalti, si sono resi necessari diversi interventi chiarificatori tra cui le Linee Guida Anac n. 6 elaborate dall'Autorità Nazionale Anticorruzione al fine di dare una indicazione di massima sulle possibili cause di esclusione dalle gare a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell'illecito.

Nelle linee guida si fa riferimento a provvedimenti di rinvio a giudizio, cautelari e di condanna, anche non definitiva, per reati commessi nell'esercizio della professione come ad esempio l'abusivo esercizio di una professione, i reati fallimentari, i reati tributari, i reati societari, i delitti contro l'industria e il commercio, i reati urbanistici, i reati di corruzione fermo restando che le condanne definitive costituiscono motivo di esclusione automatica dalla gara.

Nel vaglio della valutazione a carico della stazione appaltante, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, anche le condanne dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per illeciti antitrust gravi, le sanzioni comminate dall'Anac, le false informazioni rese dai concorrenti alle gare e le carenze nell'esecuzione di precedenti appalti. Al configurarsi di tali fattispecie, l'esclusione dalla gara di appalto non è automatica ma comporta l'obbligo della stazione appaltante di procedere alle valutazioni da adottare sulla base della propria discrezionalità. In caso di esclusione, la durata dell'interdizione dalle gare pubbliche è di tre anni. Gli illeciti vengono inseriti nel Casellario informatico da Anac su segnalazione delle stazioni appaltanti: *"nel 2021 le comunicazioni di esclusione iscritte nel Casellario informatico ammontano a circa 300 che rappresenta il 33 per cento del totale delle comunicazioni"*.

Le linee guida suggeriscono agli operatori economici misure di self-cleaning da mettere in atto per evitare l'esclusione dalle gare.

Da Gennaio 2022 l'Anac ha avviato delle consultazioni pubbliche on line relative al documento recante «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'articolo 80, comma 5, lettere c), c-bis), c-ter) e c-quater) del codice dei contratti pubblici», al fine di procedere all'aggiornamento delle Linee guida n. 6, *“con l'obiettivo di agevolare l'accertamento della ricorrenza delle cause ostative da parte delle stazioni appaltanti della relativa incidenza sull'integrità e affidabilità del concorrente rispetto allo specifico contratto da affidare, favorendo lo sviluppo di buone pratiche e l'uniformità dei comportamenti”*.

Dall'analisi delle osservazioni inviate dagli stakeholders, è emerso che la normativa attuale ha generato un notevole contenzioso a causa dell'indeterminatezza dei casi che portano all'esclusione e dell'elevata discrezionalità attribuita alle stazioni appaltanti nelle valutazioni di competenza, portando l'Anac ad individuare i punti da modificare. In virtù di tali osservazioni l'Autorità (presieduta da Giuseppe Busia) ha presentato una segnalazione al Governo e Parlamento al fine di modificare la normativa sopra richiamata, cogliendo l'occasione dalla revisione del nuovo codice degli appalti da parte del Consiglio di Stato e del Governo, in corso dopo l'approvazione lo scorso 14 giugno della legge delega da parte del Parlamento.

Il testo dovrà infatti essere predisposto entro fine ottobre. Nell'atto di segnalazione elaborato sul tema l'ANAC evidenzia le criticità della disciplina vigente (articolo 80, come 5, lettere c, c-bis, c-ter e c-quater del codice) e suggerisce possibili interventi. Nel testo si legge infatti che innanzitutto serve una *“indicazione chiara ed esaustiva delle fattispecie rientranti nella categoria dei gravi illeciti professionali, circoscrivendo adeguatamente l'ambito di applicazione della norma”*.

Altra criticità evidenziata riguarda la rilevanza delle violazioni non definitivamente accertate, non molto gradita agli operatori del settore, ma secondo ANAC non può essere messa in dubbio

visto che anche la normativa comunitaria obbliga le stazioni appaltanti a tenerne conto come causa di esclusione dalla gara.

Con tale segnalazione, l'Autorità si prefigge, altresì, anche la riduzione del contenzioso generato dalla normativa sulle esclusioni dalle gare per gravi illeciti professionali. Sia l'originario comma 5, lettera c) che la versione attuale della medesima disposizione sono costruite, infatti, non in maniera tassativa ed esaustiva, ma rinvia, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici» (Consiglio di Stato Sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467).

Inoltre, la valutazione della incidenza del fatto sulla affidabilità morale e tecnica del concorrente è rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante. Tali fattispecie richiedono necessariamente interventi integrativi ed interpretativi da parte del soggetto chiamato ad applicarla e, per questo, spesso offrono occasione di contestazione giudiziaria agli operatori economici colpiti dai provvedimenti di esclusione. Nei chiarimenti richiesti dall'Autorità Nazionale si legge che l'intervento auspicato abbia ad oggetto:

- *un elenco dettagliato delle ipotesi rilevanti che circoscriva l'applicazione dell'esclusione a carenze significative e chiarisca che non sono rilevanti le penali riferite ad episodi isolati e di modesta rilevanza che hanno natura fisiologica nell'esecuzione dell'appalto;*
- *la rilevanza delle violazioni non definitive e introduca la possibilità di graduare in maniera proporzionale sia le conseguenze di tali comportamenti che l'obbligo della stazione appaltante di motivare le proprie scelte;*
- *un chiarimento sull'ambito soggettivo di applicazione della norma con un esplicito riferimento ai soggetti che all'interno di una società, commettendo un illecito, determinano l'inaffidabilità della società stessa;*
- *la rilevanza ostativa della risoluzione contrattuale per inadempimento e delle sanzioni comparabili al risarcimento del danno.*

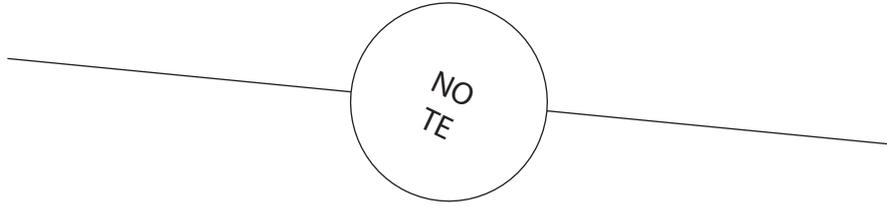
In ogni caso, anche a volere prescindere dalle criticità emerse e sottolineate con

l'atto di segnalazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, gli eventi pandemici e bellici protagonisti di questo particolare periodo storico hanno profondamente impattato il settore dei contratti pubblici provocando e richiedendo necessariamente interventi normativi volti ad evitare il blocco totale e l'arresto della macchina degli appalti, contribuendo d'altra parte a creare un clima di confusione in cui gli operatori del settore riescono a districarsi con sempre più difficoltà.

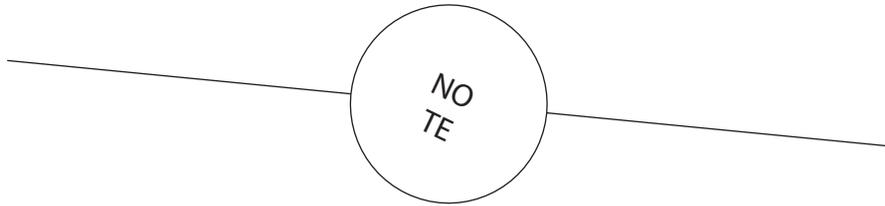
La Legge Delega, ha individuato i principi e criteri direttivi che il Governo dovrà rispettare nell'emanazione delle nuove regole in materia di appalti, tra i quali si evidenziano:

- **la qualificazione e riduzione delle stazioni appaltanti:** al fine della loro riduzione numerica e dell'accrescimento delle loro competenze;
- **la riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara ed alla stipula dei contratti:** mediante l'adozione di contratti-tipo predisposti dall'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), nonché attraverso la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure, la piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell'operatore economico e il superamento dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici.
- **perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee:** *nel tentativo di semplificare l'attuale quadro normativo in materia di appalti e, a tal fine, è appositamente prevista l'introduzione e/o il mantenimento di un livello di regolazione corrispondente a quelli minimi richiesti dalle direttive europee (c.d. divieto di gold plating).*

La riforma del Codice dei Contratti Pubblici attualmente in revisione, sembra collocarsi quindi, quale conseguenza naturale del contesto storico del momento, per concretarsi nella integrazione delle tre direttive UE (2014/23, 24 e 25), in particolare nelle parti che non siano immediatamente eseguibili, ordinandole in una nuova disciplina che rispetto alla precedente sia in grado di assicurare maggiore certezza di applicazione delle norme e di ridurre gli interventi interpretativi da parte degli operatori del settore.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



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!**