

Rivista mensile - Anno XIII, Numero 6

settembre  
2023

# MEDIA APPALTI

---

**Le concessioni sotto la soglia comunitaria e la revisione nel nuovo Codice dei contratti**

---

**L'ANAC approva il bando tipo per le procedure di affidamento di servizi e forniture sopra soglia aggiornato al nuovo Codice**

---

**La disciplina delle riserve nel nuovo codice dei contratti**

**“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  
**2023**

---

# Romeo

---

“Ma che ber micione, che simpaticone, quello è Romeo er mejo der colosseo!”. In che cosa eccelle il simpatico Romeo del celebre film animato della Disney? Lo state pensando anche voi? Può essere. È possibile che gli autori dell’opera diretta da Wolfgang Reitherman fossero già al corrente dell’incresciosa situazione che si sarebbe venuta a creare cinquantatré anni dopo l’uscita de “Gli Aristogatti”.

Chissà, forse Romeo era il terrore dei roditori che si aggiravano per il monumento più famoso della capitale. Ma Romeo, come racconta la storia, si è trasferito a Parigi. E intanto cosa accade? Lo raccontano i giornali, e non solo quelli romani, e non solo quelli nazionali, in questi giorni, si occupano delle svariate segnalazioni della presenza di topi al Colosseo. Liberi di gironzolare, in pieno giorno, indifferenti alla presenza dei turisti. La notizia è stata ripresa anche da testate internazionali del calibro della BBC. Mentre il caso fa il giro del mondo, nella capitale si discute.

Il ministro della Cultura Gennaro Sangiuliano, dichiara di essere disposto a far rientrare l’area del Colosseo nella diretta gestione del Governo.

Il sindaco di Roma Roberto Gualtieri lamenta la scarsità di fondi per fronteggiare l’emergenza. Un’emergenza che in realtà in questi ultimi mesi

si è solo acuita rispetto agli standard. Sì, perché la presenza dei topi in città non è una novità e non è esclusiva di Roma. Il problema è diffuso. Costante. E con la medesima costanza sarebbe opportuno contrastarlo. I topi del Colosseo hanno immediatamente fatto scattare un intervento di derattizzazione in loco. Nel resto della città si deve attendere ancora.

Come riportava Il Messaggero del 20 luglio 2023 l’appalto per l’affidamento del servizio di derattizzazione indetto nel 2020 non ha ancora degli assegnatari. “I fondi, dopo quella data, erano stati spostati in altre voci del bilancio comunale fino alla fine dello scorso anno, quando è stato annunciato lo sblocco delle risorse”, scrivevano Francesco Pacifico e Giampiero Valenza. Fondi sbloccati ma ancora nessuna firma sui contratti e nessun intervento avviato.

Il problema topi è un problema sanitario. Come denuncia Alessandro Miani, presidente della SIMA (Società Italiana di Medicina Ambientale), i topi sono portatori di quaranta patologie gravi per la salute umana. Se si considera il fenomeno da questa prospettiva sarebbe stato il ministro della Salute Orazio Schillaci a dover intervenire. È in seno al suo dicastero che dovrebbero operare esperti che possono analizzare l’argomento con una specifica attenzione al benessere dei cittadini.

Come fronteggiamo l'invasione dei topi? Con un ciclo di derattizzazione. Un'estemporanea forma di contenimento del fenomeno. Se si vogliono prendere misure serie contro la proliferazione dei ratti esiste solo una strategia: la pulizia delle città.

Ogni amministrazione comunale dovrebbe prevedere capitoli di spesa adeguati per mettere in atto una raccolta differenziata ottimale. Cassonetti stracolmi, sacchetti di immondizia lasciati al di fuori degli stessi cassonetti, sono sintomo di un servizio insufficiente. Ed è proprio in prossimità degli accumuli di sporcizia che i topi si annidano. E si moltiplicano. Una gestione dell'ambiente insufficiente è la prima, e forse, l'unica causa della massiccia presenza dei topi nelle città. Tutte le città. Italiane ed estere.

Il rapporto tra uomini e topi è antico. Risalirebbe a circa 15mila anni fa. L'uomo diventa sedentario. Si dedica all'agricoltura e conserva i raccolti. La disponibilità di queste riserve e la produzioni di rifiuti che cominciano a concentrarsi in prossimità dei villaggi, attira i topi.

Il problema topi è sanitario ma deriva da un problema ambientale. Ma nemmeno da parte del Ministro all'ambiente Gilberto Pichetto Fratin, risultano interventi di rilievo sulla questione.

Tra tutti è intervenuto Sangiuliano, ministro della Cultura. È lui che propone all'Amministrazione Comunale capitolina maggiori risorse per un potenziamento dei cestini e dei cassonetti e degli interventi di pulizia che devono essere quotidiani e puntigliosi. Ma l'interesse del Ministro è circoscritto. Si concentra ai siti di interesse storico, artistico, culturale. I nostri monumenti non possono essere

preda di sporcizia e ratti. Ma va considerato questo dato: in Italia i topi sarebbero circa 500milioni.

Abbiamo in cantiere interventi simili per ogni quartiere delle nostre città? Perché il dubbio è che ci si occupi dei centri frequentati dai turisti perché, giustamente, gli vengano evitati spiacevoli incontri, mentre in periferia, tra le strade e i parchi senza nome, i nostri bambini possono continuare a giocare, a convivere, abituarsi, adattarsi, accettare e assimilare la cultura dell'incuria, del degrado, dell'abbandono istituzionale. "I cittadini di questi territori hanno bisogno di vedere uno Stato di prossimità", ha detto don Antonio Coluccia, il prete romano impegnato a favore di chi vive il degrado delle periferie, aggredito a Tor Bella Monaca.

L'ambiente in cui cresciamo ci modella. Non ce ne vogliamo convincere. Vogliamo una società migliore? Rendiamo i luoghi in cui questa società si forma più gradevoli e puliti, raggiunti dai servizi pubblici e dalle attenzioni delle istituzioni.

I topi del centro non sono diversi da quelli di periferia. Sono conduttori delle stesse malattie. Abbiamo derattizzato il Colosseo. Bene. Era doveroso. Ora, si deve andare oltre con la stessa tempestività e determinazione. Romeo per i suoi tanti meriti avrà "il busto ar Pincio e al museo", come si vanta nella sua esibizione canora. Ma lui è capace di imprese davvero eccezionali. A noi basta fare una cosa semplice: bandire gare d'appalto e darne seguito affidando in maniera costante servizi di derattizzazione e pulizia che interessino tutti i quartieri di tutte le città.

## sommario

### Editoriale

Romeo

4

### In evidenza

Le concessioni sotto la soglia comunitaria e la revisione nel nuovo Codice dei contratti

7

### Sotto la lente

L'ANAC approva il bando tipo per le procedure di affidamento di servizi e forniture sopra soglia aggiornato al nuovo Codice

14

#### Hanno collaborato a questo numero:

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

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

**Dott.ssa Beatrice Corradi**  
Dirigente del Servizio Provveditorato, Affari generali e Gruppi Consiliari del Consiglio regionale della Liguria

**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

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

**Ing. Pier Luigi Guida**  
Ingegnere, esperto di project management. Dirigente di società pubblica di rilevanza nazionale del settore trasporti

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

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

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

### Il Punto

Le clausole sociali nel d.lgs. 36/2023 per garantire le pari opportunità generazionali, di genere, l'inclusione lavorativa, la stabilità occupazionale, l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, la congruità dei costi della manodopera.

23

La disciplina delle riserve nel nuovo codice dei contratti

30

Project management e settore pubblico (parte 4<sup>^</sup>) - Il ciclo di vita del progetto nel codice appalti (1a)

36

Dietro "le quinte" dell'obbligo di suddivisione in lotti

44

Sotto-soglia: il principio di rotazione nel d.lgs. n. 36/2023 tra continuità e innovazione

49

### Pareri & Sentenze

55

### A Domanda Rispondiamo

61

### In pillole

65

# Le concessioni sotto la soglia comunitaria e la revisione nel nuovo Codice dei contratti

di Stefano Usai

IN  
EVIDENZA

## Premessa

Nel Decreto legislativo 36/2023 (nel prosieguo solo nuovo Codice o Codice) gli estensori – con importanti novità – dettano una disciplina specifica delle concessioni nell’ambito degli artt. 176/192.

Articoli contenuti nel Libro IV rubricato “Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni”, parte II, rubricata “Dei contratti di concessione” con i relativi i primi tre titoli ovvero

- Titolo I rubricato “L’ambito di applicazione e i principi generali”;
- Titolo II rubricato “L’aggiudicazione delle concessioni: principi generali e garanzie procedurali”;
- Titolo III rubricato “L’esecuzione delle concessioni”.

La concessione, quindi, viene ricondotta nell’ambito del c.d. partenariato pubblico-privato, di cui rappresenta una delle *species* di maggior rilevanza e l’articolo introduttivo dell’impianto normativo specificatamente dedicato (art. 174, rubricato “Nozione”) precisa che il partenariato è una operazione economica caratterizzata dal concorso di alcune precise caratteristiche.

In particolare:

- a. tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati è instaurato un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico;
- b. la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima;
- c. alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l’attuazione;
- d. il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato”.

Nel *genus* del partenariato, pertanto, sono riconducibili (come precisa il secondo comma della previsione appena citata) “le figure della concessione, della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità, nonché gli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati” che siano evidentemente diretti a realizzare interessi, latamente “pubblici”, meritevoli di tutela.

Nell'allegato I.2., dedicato alle definizioni dei riferimenti utilizzati nel nuovo Codice che, opportunamente, gli estensori hanno deciso di estrapolare dal "corpo" del nuovo testo per evitare inutili appesantimenti (si pensi all'articolo 3 della pregressa disciplina del 2016) l'art. 1, comma 1 lett. c) definisce – secondo la concezione tradizionale –, il contratto di concessione o le concessioni come "i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto a pena di nullità in virtù dei quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di servizi a uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto dei contratti o in tale diritto accompagnato da un prezzo".

“  
**La concessione viene ricondotta nell'ambito del c.d. partenariato pubblico-privato, di cui rappresenta una delle species di maggior rilevanza**  
 ”

### 1. Le concessioni nel sotto soglia

Analizzando le principali novità introdotte con il nuovo Codice non può sfuggire la previsione di una disciplina *ad hoc* per le concessioni in ambito sottosoglia (come disegnate nell'articolo 14 del Codice) innestata nell'articolo 187 (rubricato "Contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea").

Nuova disposizione che si struttura come norma generale di disciplina dell'ambito oggettivo in parola, ovvero per le concessioni di importo inferiore ai 5.382.000,00 (art. 14).

La disposizione precisa che le concessioni di importo inferiore alla cifra predetta possono essere affidate mediante **procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara**, previa consultazione, ove esistenti, di almeno cinque 10 operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.

La prima considerazione che occorre esprimere è che in relazione al sottosoglia il legislatore ha

preferito non effettuare un rinvio alla norma ordinaria (contenuta nell'articolo 50 del Codice) ma piuttosto stabilire la procedura che il RUP è deputato a sviluppare/strutturare.

Il richiamo esplicito porta ad escludere che per la concessione si possa procedere con l'affidamento diretto anche nel caso, pur residuale, di micro importi.

### 2. La questione dell'affidamento diretto della concessione

Sulla questione se esista o meno la possibilità di procedere con l'affidamento diretto (per importi "residuali" ovvero nella micro soglia prevista per i servizi infra 140mila euro) appare opportuno soffermarsi, anche per registrare l'importante mutamento rispetto alla pregressa impostazione, su alcuni approdi (di giurisprudenza e di prassi).

Nel pregresso regime normativo (e quindi nell'ambito della disciplina del 2016) non si è mai dubitato della possibilità del RUP di poter procedere anche nel caso delle concessioni con l'affidamento diretto, anche senza consultazione tra più operatori.

Tra tutte le posizioni espresse, in giurisprudenza, chiara è la statuizione contenuta nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 1108/2022. Nel caso di specie veniva in considerazione l'affidamento "in concessione del servizio di gestione del compendio immobiliare (...) ad uso attività turistico-ricettiva" e gli atti preordinati, presupposti, connessi e consequenziali.

Il ricorrente, appunto, ne contestava l'assegnazione diretta anche perché autocandidatosi per essere invitato alla competizione per l'assegnazione.

L'ente concedente, senza consultazione, ha invece proceduto con l'assegnazione diretta ad altro operatore.

Affrontando la censura, già respinta in primo grado, in cui si è contestato il fatto che si ritenesse "applicabile anche alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi il ricordato art. 36 del Codice dei Contratti pubblici" il giudice d'appello fornisce un chiaro riscontro.

Il secondo giudice – come già il primo –, ha legittimato l'operato dell'ente concedente



evidenziando, che in relazione alle micro soglie, non esiste né l'obbligo di effettuare una "gara" ordinaria né di coinvolgere/consultare più operatori economici.

La legittimazione circa la possibilità dell'affidamento diretto, soprattutto in periodo emergenziale disciplinato con il DL 76/2020, risulta confermato, in tempi meno recenti, dallo stesso ufficio di supporto legale del MIT.

Nel caso di specie al servizio legale viene posto il quesito circa la possibilità di applicare alle concessioni la normativa emergenziale e, pertanto, segnatamente, le fattispecie richiamate appositamente per il sottosoglia (e quindi anche l'affidamento diretto oltre alla procedura negoziata).

Al quesito, il servizio – con il parere 862/2021 -, risponde affermativamente.

Più nel dettaglio, nel predetto si legge che "L'art. 36 del Codice 2016 e le deroghe introdotte dal c.d. "decreto semplificazioni" (entrato in vigore il 17/07/2020) trovano applicazione anche per le procedure relative all'affidamento delle concessioni".

“ **In relazione al sottosoglia il legislatore ha preferito non effettuare un rinvio alla norma ordinaria (contenuta nell'articolo 50 del Codice) ma piuttosto stabilire la procedura che il RUP è deputato a sviluppare/strutturare.** ”

### 3. Gli inviti

Altra sottolineatura di rilievo è che gli estensori, nella proposta della norma, hanno ritenuto necessario restringere la competizione (la procedura negoziata) ad un numero limitatissimo di operatori ovvero a soli 5 soggetti sempre che nel mercato fossero rinvenibili.

La ragione di questa scelta si rinviene nella relazione tecnica che accompagna il Codice in cui si spiega che l'invito a 10 operatori (come ipotesi minima) risultasse **"troppo elevato" rendendo la procedura negoziata "troppo**

**gravosa" mentre al contrario il procedimento di selezione avrebbe dovuto essere il più semplificato possibile.**

La proposta non è stata condivisa in fase di approvazione definitiva ed il numero degli operatori da invitare, piuttosto che limitato a 5, è stato riportato al numero di 10.

Altro aspetto che deve essere evidenziato è l'approccio, in questo caso voluto dagli estensori (Consiglio di Stato) e condiviso dal legislatore, nei confronti della rotazione.

Anche in questo caso la disposizione in commento non contiene un rinvio alla disposizione "generale" contenuta nell'articolo 49 del Codice.

Previsione che presenta una fondamentale novità rispetto alla disciplina pregressa ovvero l'obbligo di applicare la rotazione solamente nei confronti del pregresso affidatario e non più ai soggetti precedentemente invitati alla pregressa procedura semplificata (sempre che anche il nuovo appalto abbia ad oggetto "una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi").

Nel caso delle concessioni, invece, la rotazione si applica fin dalla fase degli inviti e quindi una applicazione "integrale" della rotazione come avveniva – in generale – nel pregresso regime ed in particolare come specificato nelle linee guida ANAC n. 4 (che hanno cessato efficacia al 30 giugno 2023) e confermato negli approdi giurisprudenziali e della prassi (si pensi ai tanti pareri dell'ufficio di supporto legale del MIT).

### 4. La procedura negoziata

La procedura negoziata, utilizzabile nel sottosoglia (in alternativa alla procedura ordinaria "classica") è la fattispecie già strutturata in generale dall'articolo 50 secondo cui, tra gli atti di avvio, il RUP deve (se non può ricorrere ad un albo interno) procedere con apposito avviso pubblico per sollecitare manifestazioni di interesse e quindi di soggetti che poi possono essere invitati alla competizione vera e proprio.

In questo senso proprio il primo comma dell'articolo sopra riportato precisa che gli inviti possono scaturire in base ad indagine di mercato oltre che da appositi elenchi di operatori economici predisposti dall'ente concedente.

Nel primo caso, indagine di mercato, si è indotti a ritenere che necessariamente la stessa debba essere formalizzata, appunto, con un avviso pubblico a manifestare interesse visto che una scelta chirurgica (compiuta dal RUP nel caso in cui l'ente concedente non disponga di elenchi) esigerebbe una motivazione particolarmente adeguata (aggravata) da sollecitare ovvi dubbi, e quindi richieste di chiarimenti/o addirittura ricorsi, da parte dei soggetti/operatori non coinvolti.

Diverso è il caso della scelta dall'elenco di operatori che sia stato predisposto secondo l'apposita disciplina apprestata nell'allegato II.1 (rubricato "Elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea") considerato che il RUP avrà chiarito, nella disciplina di costituzione ed utilizzo dell'elenco le modalità di scelta degli operatori da invitare.

“ **Nel caso delle concessioni, invece, rispetto alla normativa ordinaria, la rotazione si applica fin dalla fase degli inviti e quindi il RUP deve operare una applicazione “integrale” del criterio dell’alternanza.** ”

### 5. Le modalità dell'invito

Sulla questione della scelta si impone il chiarimento di un ulteriore precetto ora stabilito nel nuovo Codice.

L'articolo 50 (e lo stesso allegato appena citato) precisano che in caso di avviso pubblico "sostanzialmente" aperto, ovvero nel caso in cui l'ente concedente intenda ammettere alla competizione ogni operatore, in possesso dei requisiti richiesti che abbia manifestato la propria candidatura ma imponendo un numero massimo di operatori da invitare (per evitare una eccessiva durata della procedura), il RUP non può utilizzare per la "scrematura" un criterio di scelta automatico come il sorteggio o l'estrazione comunque casuale.

Previsione ripetuta, come anticipato, anche nell'allegato sopra citato nell'articolo 2 comma 3 in cui dopo il dovuto chiarimento secondo cui l'avviso pubblico "di avvio dell'indagine di mercato" deve indicare:

- il valore dell'affidamento,
- gli elementi essenziali del contratto,
- i requisiti di idoneità professionale,
- i requisiti minimi di capacità economica e finanziaria;
- le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione,
- il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura,
- i criteri di selezione degli operatori economici,
- le modalità per comunicare con la stazione appaltante,

La disposizione citata evidenzia che nel caso in cui sia previsto "un numero massimo di operatori da invitare, **l'avviso di avvio dell'indagine di mercato indica anche i criteri utilizzati per la scelta degli operatori**".

I criteri in parola non possono creare un semplice automatismo visto che "devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.

**Il sorteggio o altri metodi di estrazione casuale dei nominativi sono consentiti solo in casi eccezionali in cui il ricorso ai criteri di cui al terzo periodo è impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura; tali circostanze devono essere esplicitate nella determina a contrarre (o in atto equivalente) e nell'avviso di avvio dell'indagine di mercato**".

La precisazione degli estensori, condivisa dal legislatore è evidente visto che ha un fine "nobile" evitando che, in generale, la stazione appaltante/l'ente concedente venga privata di una potenziale proposta/offerta tecnico/economica estremamente significativa/vantaggiosa per effetto dell'applicazione di un criterio di scrematura, degli operatori economici, automatico senza alcuna "responsabilità" di valutazione da parte degli organi preposti.

Il RUP, pertanto, salvo le ipotesi residuali sopra riportate, è chiamato a strutturare o dei requisiti di sbarramento magari anche solo quantitativi (es. il fatturato, un dato esperenziale) per evitare una eccessiva restrizione del mercato o comunque dei criteri quanti/qualitativi (ad esempio la presenza di un organico particolarmente qualificato) al fine di realizzare la scrematura (la riduzione del numero dei soggetti da invitare) secondo un approccio

che tutela gli interessi prioritari, in questo caso, dell'ente concedente.

**“ Nel caso in cui il RUP scelga, per gli inviti, un criterio di estrazione a sorte, questa scelta risulterà non persuasiva per gli operatori – stante il chiaro tenore della norma - generando (presumibilmente) una censura da parte dei soggetti che, dall'estrazione casuale/automatica, sono stati penalizzati con la “previa” estromissione dalla competizione.**

Si tratta poi di comprendere se effettivamente il RUP abbia un autentico obbligo/divieto di non innestare un criterio, ad esempio di estrazione a sorte (o comunque automatico) o possa, in certe situazioni, giustificare la scelta di un criterio di questo tipo con riferimento a specifiche esigenze delle procedure (ad esempio assicurare tempestività e quindi una immediata assegnazione ed esecuzione del correlato contratto.

Chi scrive ritiene che la volontà degli estensori, a ben valutare, sia ben chiara e tesa ad evitare, salvo motivi non imputabili all'ente concedente, una scelta degli operatori economici da far competere rimessa al caso piuttosto che ad una scelta consapevole espressa dal RUP.

In questo senso non può che leggersi il chiaro inciso sopra già riportato secondo cui - in modo più generale -, lo stesso articolo 50, nel suo comma 2 precisa che le “stazioni appaltanti non possono utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate, nei casi in cui non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori”.

Le situazioni specifiche, che consentono una deroga come detto, vengono riportate nell'allegato e si rinviengono in “oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura; tali circostanze devono essere esplicitate nella determina a contrarre (o in atto equivalente) e nell'avviso di avvio dell'indagine di mercato”. E' chiaro che una motivazione, nel caso in cui si scelga comunque un criterio di estrazione a

sorte, risulterà sicuramente non persuasiva per gli operatori generando immediatamente una censura da parte dei soggetti che, dall'estrazione casuale/automatica, sono stati penalizzati con la “previa” estromissione dalla competizione.

Da qui il possibile sindaco del giudice sull'adeguatezza /correttezza/congruità della motivazione. Pertanto al RUP si impone una attenta valutazione sulla scelta dei criteri da utilizzare. Inoltre, e più in generale, è bene evidenziare che l'articolo 164, comma 2 puntualizza che “Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente”:

1. ai principi generali,
2. alle esclusioni,
3. alle modalità e alle procedure di affidamento,
4. alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi,
5. ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione,
6. ai criteri di aggiudicazione,
7. alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti,
8. ai requisiti di qualificazione degli operatori economici,
9. ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte,
10. alle modalità di esecuzione.

Il comma 2 dell'articolo 187 chiarisce, più nel dettaglio che “ai contratti di importo inferiore alla soglia europea, si applicano le norme sull'esecuzione sulle concessioni sopra soglia di cui al Titolo III della presente Parte” ovvero le norme specifiche dedicate alle concessioni.

**“ Una delle disposizioni, nella sostanza non nuova, che caratterizza in generale la concessione è la chiara previsione della c.d. traslazione del rischio operativo (relativo alla realizzazione dei lavori o della gestione del servizio concesso) dall'ente concedente al concessionario.**

## 6. La revisione della concessione

Una delle disposizioni, nella sostanza non nuova, che caratterizza in generale la concessione è la chiara previsione della c.d. traslazione del rischio operativo (relativo alla realizzazione dei lavori o della gestione del servizio concesso) dall'ente concedente al concessionario.

E' questa una delle precisazioni più importanti che emerge anche dal nuovo impianto normativo (in particolare con l'articolo 177) visto che su questo aspetto si definisce la distinzione tra appalto e concessione.

In questo senso, proprio con riferimento alla disposizione appena citata, nella relazione tecnica si legge che "Lo schema tipizzato dal legislatore" per la concessione "incorpora dunque un piano di ripartizione dei rischi ben diverso rispetto all'appalto. Nella concessione (e, in generale, nelle altre forme di partenariato) al rischio di costruzione proprio anche dell'appalto (ovvero il rischio legato ai ritardi nella consegna, ai costi addizionali, a standard inadeguati), si aggiunge il rischio operativo legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi, e segnatamente il rischio di mercato dei servizi cui è strumentale l'opera realizzata (rischio di domanda), oppure il rischio di disponibilità (rischio di offerta), oppure entrambi".

Gli estensori poi precisano che "per rischio dal lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto; per rischio dal lato dell'offerta si intende il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda al livello qualitativo e quantitativo dedotto in contratto". Evidentemente, "In mancanza di rischio operativo la fattispecie si deve qualificare in termini di appalto".

In coerenza di quanto, l'articolo 177 ben chiarisce che l'assegnazione/aggiudicazione di una concessione determina (deve determinare) "il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi e comprende un rischio dal lato della domanda dal lato dell'offerta o da entrambi".

E per rischio dal "lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto".

Il trasferimento di questo "rischio operativo" (come chiarito nel secondo comma dell'articolo in commento) avviene quando "in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione".

In pratica il rischio in parola (trasferito sul concessionario) è tale se comporta "una effettiva esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile".

In definitiva, così il terzo comma "Il rischio operativo, rilevante ai fini della qualificazione dell'operazione economica come concessione, è quello che deriva da fattori eccezionali non prevedibili e non imputabili alle parti. Non rilevano rischi connessi a cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali dell'operatore economico o a cause di forza maggiore".

In relazione a quanto, tra le novità di maggior rilievo, per circoscrivere l'analisi, rivesta una particolare importanza la previsione sulla revisione del contratto di concessione e quindi dell'articolo 192.

L'articolo in parola contiene una completa riscrittura della pregressa disciplina declinata nell'articolo 165.

La nuova previsione ammette che il verificarsi di circostanze straordinarie ed imprevedibili - e tra queste possono essere qualificate tali, il mutamento della normativa o della regolazione di riferimento - e sempre non imputabili al concessionario che abbiano per effetto l'alterazione, significativa, dell'equilibrio economico-finanziario declinato con l'aggiudicazione della concessione il concessionario può richiedere la revisione.

La revisione, però, è limitata alla "misura strettamente necessaria" a ricondurre l'equilibrio economico-finanziario predetto "ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto".

Non è consentita, pertanto, una revisione se lo "squilibrio" viene determinato da eventi che invece rientrano nel rischio trasferito, come visto sopra, sul concessionario (ad esempio determinati da calcoli errati del concessionario).

Non solo, la revisione che richiede un nuovo accordo tra le parti ha degli ulteriori limiti visto che non può determinare in nessun caso l'alterazione della natura della concessione (ad esempio la sua trasformazione in appalto simulato) né è possibile introdurre modifiche sostanziali "che, se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione della concessione, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione della concessione". Questo per le concessioni senza contributo a carico dello Stato o di interesse statale (su cui dispone il successivo comma 3 della norma in parola).

Il comma di chiusura dell'articolo (il comma 4) ammette come epilogo il recesso dal contratto solo nel caso in cui pur legittima la revisione le parti non raggiungano l'accordo sul richiesto (dal concessionario) riequilibrio economico-finanziario.

In tal caso, conclude la disposizione, secondo una disposizione già contenuta nel comma 6 del pregresso articolo 165, "al concessionario sono rimborsati gli importi di cui all'articolo 190, comma 4, lettere a) e b), a esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse".

Più nel dettaglio, il comma 4 dell'articolo 190, alle lettere a) e b) precisa che "Se l'ente concedente" in questo caso la norma viene riferita al concessionario, recede dal contratto di concessione per motivi di pubblico interesse spettano:

- a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, oppure, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario;
- b) i costi sostenuti o da sostenere in conseguenza del recesso, ivi inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse.

“ **Tra le novità di maggior rilievo, per circoscrivere l'analisi, riveste particolare importanza la previsione sulla revisione del contratto di concessione e quindi dell'articolo 192.** ”

# L'ANAC approva il bando tipo per le procedure di affidamento di servizi e forniture sopra soglia aggiornato al nuovo Codice

di Alessandra Verde

SOTTO  
LA  
LENTE

## 1. Inquadramento generale

All'indomani dell'approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha ripreso la sua consueta attività di supporto alle stazioni appaltanti e di sviluppo di *best practices* attraverso l'elaborazione, condivisa con gli *stakeholders*, e conseguente approvazione del nuovo bando tipo n. 1/2023, relativo alle procedure aperte da svolgersi con modalità interamente telematiche, per l'affidamento di contratti di servizi e forniture di importo superiore alla soglia europea<sup>1</sup>.

L'art. 222 del D. Lgs. n. 36/2023, infatti, non diversamente da quanto prevedeva in passato il vecchio Codice, attribuisce ad ANAC il compito di promuovere l'efficienza, la qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, anche attraverso lo scambio di informazioni e la promozione di pratiche omogenee. A tal fine, è previsto che l'Autorità predisponga bandi tipo, da utilizzare come modelli da parte delle stazioni appaltanti. Queste ultime saranno facilitate nella loro attività dall'utilizzo di tali schemi da seguire, il cui rispetto costituisce altresì un dovere, dal momento che le stazioni appaltanti non potranno liberamente discostarsene: eventuali deroghe ad essi devono essere espressamente motivate nella determinazione a contrarre.

Similmente a quanto accadeva in vigore del vecchio Codice, l'ANAC ha predisposto il bando tipo sotto forma di **disciplinare di gara**. Il bando tipo in esame è utilizzabile per le procedure aperte, sopra soglia, per l'affidamento di servizi e forniture nei settori ordinari da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo. Esso è inoltre impostato per lo svolgimento di gare interamente telematiche, ossia della tipologia di procedura che già è, ma che diventerà sempre più in futuro, di gran lunga la più frequente, considerata la spinta che il nuovo Codice imprime alla digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici.

La stessa ANAC, nella Nota illustrativa che accompagna il nuovo bando tipo, ha specificato che detto modello è utilizzabile dalle stazioni appaltanti anche per procedure da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso: occorrerà in tal caso adattare opportunamente il testo proposto dall'Autorità senza necessità di motivare le ragioni delle deroghe alle clausole ivi contenute. Discorso analogo vale per le procedure nei settori speciali. L'ANAC precisa infatti che «il disciplinare potrà essere utilizzato anche dagli enti aggiudicatori che operano nei **settori speciali**, per i quali quest'ultimo non è vincolante, nei limiti di

---

1. Il bando tipo n. 1 è stato approvato con Delibera del Consiglio dell'Autorità n. 309 del 27 giugno 2023 ed è stato pubblicato nella GURI n. 163 del 14 luglio 2023.

compatibilità con la disciplina dei suddetti settori, al fine di ottenere una maggiore standardizzazione dei bandi di gara. Inoltre – aggiunge l’Autorità – il disciplinare, con le opportune revisioni, potrà essere utilizzato anche per l’affidamento di **lavori**, fino a che l’Autorità non provvederà all’adozione del bando tipo specifico>>.

“ **Con la delibera n. 309 del 27 giugno scorso, l’ANAC ha approvato il nuovo bando-tipo n. 1, quale modello di disciplinare di gara per le procedure aperte sopra soglia per l’affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari, da aggiudicarsi con il criterio dell’OEPV.** ”

Nel bando tipo sono riportate le clausole che scaturiscono dagli obblighi imposti dal nuovo Codice. Ciò significa che le stesse sono da considerarsi vincolanti, fatte salve, come detto, eventuali deroghe motivate e, in ogni caso conformi alla normativa vigente. Distinte dalle clausole vincolanti vi sono poi una serie di altre clausole, appositamente indicate dalla stessa ANAC come “facoltative” o “alternative”, per le quali è ammessa una flessibilità applicativa, senza alcun bisogno di motivazione della scelta compiuta. Va da sé tuttavia che, una volta che la stazione appaltante abbia optato per una soluzione, essa integrerà il contenuto del disciplinare di gara e <<l’amministrazione è tenuta, nel corso della procedura, ad attenersi senza possibilità di discostarsene, pena la violazione del principio di certezza e imparzialità dell’azione amministrativa e della *par condicio* dei concorrenti>>.

L’Autorità precisa infine che eventuali sopravvenute modifiche normative, che dovessero incidere su una o più clausole del bando tipo, comporteranno l’automatica sostituzione di queste ultime con le nuove disposizioni, nelle more dell’aggiornamento del bando tipo medesimo. Ovviamente, non è richiesta alcuna motivazione nella determina a contrarre alla modifica operata alle clausole del bando non più conformi alla legge.

## 2. Le principali novità del nuovo Codice dei contratti recepite nel bando tipo

Vediamo adesso, pur senza alcuna pretesa di completezza, quali sono le principali novità del nuovo Codice, recepite dal bando tipo in esame.

In primo luogo, tutto l’impianto del bando tipo in esame tiene conto dell’obbligo, imposto alle stazioni appaltanti dall’art. 25 del Codice, di utilizzare le piattaforme di approvvigionamento digitale per l’espletamento delle procedure per la scelta del contraente e per la successiva esecuzione dei contratti pubblici.

Per tale ragione il bando tipo prevede una serie di accorgimenti per garantire il regolare svolgimento delle procedure anche in caso di malfunzionamento temporaneo delle piattaforme: in conformità a quanto prevede il Codice, è necessario assicurare la partecipazione di tutti gli operatori economici interessati alla gara anche in caso di comprovato malfunzionamento, pur se temporaneo, delle piattaforme, anche eventualmente disponendo la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo necessario e la proroga dello stesso per una durata proporzionale al perdurare del malfunzionamento.

Il bando tipo richiama le regole tecniche definite dall’AgID d’intesa con l’ANAC ai sensi dell’art. 26, comma 1, del Codice, per quanto attiene ai requisiti tecnici che le piattaforme devono avere per essere certificate e iscritte nell’apposito registro tenuto dall’ANAC.

In merito occorre ricordare che, dal 1° gennaio 2024, le piattaforme di approvvigionamento digitale dovranno interagire con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici e dovranno consentire alle stazioni appaltanti di svolgere digitalmente tutte le attività e i procedimenti amministrativi afferenti all’intero ciclo di vita dei contratti pubblici nonché all’adempimento dei vari adempimenti collaterali, quali l’assolvimento degli obblighi in materia di pubblicità legale degli atti, degli obblighi di comunicazione nei confronti dell’ANAC e degli obblighi in materia di trasparenza; l’accesso agli atti della procedura di gara e delle fasi successive; l’inserimento di eventuali annotazioni nel Casellario informatico dell’ANAC e, infine, l’utilizzo del Fascicolo virtuale dell’operatore economico (FVOE) per la verifica del possesso dei requisiti in capo ai concorrenti.

Altra novità di rilievo è il pieno recepimento del principio sancito dall’art. 10, comma 2, del Codice,

ovvero il principio di tassatività delle cause di esclusione secondo cui, <<le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte>>. Nel bando tipo sono state infatti evidenziate precise e tassative cause di esclusione sulla base delle previsioni del Codice, anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali consolidatisi nel tempo, segnalate con chiarezza dalla locuzione "a pena di esclusione".

**“ Il nuovo bando tipo ha recepito le principali novità introdotte dal D. Lgs. n. 36/2023, quali, tra le altre, l’obbligo di informatizzare l’intera procedura di gara mediante l’utilizzo di piattaforme di approvvigionamento digitale, la previsione della durata massima dei procedimenti, l’indicazione del responsabile per la fase di affidamento accanto alla figura del RUP, se nominata. ”**

Allo stesso modo, il bando tipo individua espressamente le varie ipotesi di vizi sanabili mediante lo strumento del soccorso istruttorio e ne descrive la procedura, in linea con quanto stabilito dall’art. 101 del nuovo Codice. Questa, per la verità, non si discosta da quanto già previsto dal vecchio D. Lgs. n. 50/2016.

Una novità è tuttavia ravvisabile nell’espressa previsione della possibilità di rettificare, a determinate condizioni, eventuali errori materiali dell’offerta tecnica o economica.

Il comma 4 del citato art. 101 infatti, puntualmente recepito dal par. 13 del disciplinare tipo, prevede che fino al giorno fissato per l’apertura delle offerte, l’operatore economico possa richiedere la rettifica di un errore materiale contenuto nell’offerta tecnica o nell’offerta economica, di cui si sia accorto dopo la scadenza del termine di presentazione.

La richiesta deve essere presentata tramite la Piattaforma digitale di approvvigionamento, nel rispetto della segretezza dell’offerta e la rettifica, come è ovvio, non deve comportare la presentazione di una nuova offerta, né alcuna modifica sostanziale della stessa.

Tra le novità del Codice vi è, come è noto, anche la previsione della durata massima delle procedure di affidamento dei contratti, differenziata in funzione dei diversi tipi di procedura e delle soglie di importo<sup>2</sup>.

Coerentemente con tale previsione di legge, il bando tipo contiene l’obbligo di indicare la durata del procedimento di gara, nel rispetto dei termini massimi imposti dalla norma. Si rammenta che la durata del procedimento decorre dalla data di pubblicazione del bando e comprende il periodo assegnato agli operatori per presentare l’offerta. Occorrerà quindi che la stazione appaltante, nell’individuare il termine di scadenza per la presentazione delle offerte, contemperi adeguatamente l’esigenza di assegnare un tempo congruo per la predisposizione delle stesse in relazione alla complessità dell’appalto con la necessità di garantire la conclusione della procedura nei termini imposti dal Codice.

Il termine massimo stabilito dall’Allegato I.3 del Decreto n. 36 non include il tempo richiesto per l’eventuale verifica dell’anomalia dell’offerta. Nel caso in cui risulti necessario procedere con tale fase sarà ammessa la proroga massima di un mese per la conclusione della procedura.

Si rammenta che l’obbligo del rispetto di tale durata costituisce un onere per i RUP, dal momento che, ai sensi dell’art. 17, <<il superamento dei termini costituisce silenzio inadempimento e rileva anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso>>. Un’altra novità riguarda invece la figura del RUP. Come è noto, il nuovo Codice prevede ora il Responsabile Unico del Progetto e non più il Responsabile Unico del Procedimento, <<a significare che è la figura responsabile di tutto l’iter che conduce alla conclusione ed esecuzione di un contratto pubblico, iter composto non da un singolo procedimento ma da più fasi

2. Detta previsione in realtà non costituisce una novità in assoluto in quanto già il Decreto Semplificazioni, nel disciplinare le procedure espletabili nel periodo dell’emergenza COVID, conteneva previsioni similari.



e, quindi, da una pluralità di procedimenti. Tenuto conto della complessità di tale iter il codice prevede la possibilità per le stazioni appaltanti di nominare un responsabile specifico per la fase di affidamento<sup>3</sup> >>.

E' quindi ora possibile individuare anche altri responsabili specifici per la fase dell'affidamento e per la fase della progettazione. In caso di nomina di un responsabile per la fase dell'affidamento differente dal RUP, nel disciplinare le stazioni appaltanti dovranno dare conto dei nominativi di **entrambi i soggetti**.

“ **Il nuovo bando tipo recepisce le novità del Codice in tema di indicazione e applicazione del CCNL di riferimento al personale dipendente impiegato nell'appalto e pone l'accento sull'importanza di individuare il contratto collettivo più calzante per la tipologia di prestazioni da rendere e di garantire l'effettiva tutela dei lavoratori impiegati, specialmente in caso di applicazione di un contratto collettivo differente.** ”

Per quanto il nuovo Codice sia stato per certi versi depurato da una serie di norme tipicamente anticorruptive, in virtù della sua natura più marcatamente improntata ai principi della fiducia e della buona fede, nel disciplinare tipo sono comunque state riportate, come è giusto che sia, una serie di clausole volte a potenziare il livello di trasparenza delle procedure e a prevenire fenomeni di illegalità e corruzione. Nel bando sono infatti previsti tutti gli strumenti, già presenti nell'ordinamento o sviluppati in via amministrativa in base agli indirizzi forniti dall'ANAC, quali i protocolli di legalità, le misure di incompatibilità per i dipendenti dopo la cessazione del rapporto di pubblico impiego (c.d. *pantouflage*), i controlli antimafia prima della stipula del contratto, l'istituto del *rating* di legalità, l'utilizzo delle *white list* e, infine, la tracciabilità dei flussi finanziari generati dal contratto.

### 3. L'importanza dell'indicazione del CCNL applicato nella definizione dell'oggetto dell'appalto

Il bando tipo recepisce le novità che il nuovo Codice ha introdotto in tema di individuazione del CCNL di riferimento da applicarsi al personale dipendente impiegato nell'appalto.

Dal combinato disposto degli artt. 11, 57 e 102, emerge infatti che le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di indicare nei bandi di gara il contratto collettivo nazionale applicabile al personale impiegato nell'appalto da aggiudicare, individuandolo tra i contratti in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e il cui ambito di applicazione sia **strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto svolta dall'impresa anche in maniera prevalente**.

Fanno eccezione al suddetto obbligo gli appalti di servizi aventi natura intellettuale, per la difficoltà di individuare un CCNL di riferimento e di rispettare il principio dell'equo compenso, nonché quelli di fornitura senza posa in opera, per la scarsa rilevanza in essi della quota di manodopera.

Ai sensi del citato art. 11, è ammesso che i concorrenti che applichino un diverso CCNL, lo indichino nella loro offerta, purché detto contratto garantisca ai dipendenti le stesse tutele economiche e normative di quello individuato dalla stazione appaltante. In tali casi, prima di procedere all'aggiudicazione, le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di acquisire la dichiarazione con la quale il concorrente si impegna ad applicare il CCNL indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele.

In merito, l'ANAC, nella Nota illustrativa che accompagna il bando tipo, fornisce alcuni suggerimenti per la corretta individuazione del CCNL applicabile a partire dalla ricerca del corretto codice ATECO, associato ai codici CPV di riferimento. L'ANAC precisa inoltre che si può verificare nell'archivio contratti del CNEL quali sono i contratti collettivi applicabili all'attività oggetto dell'appalto. Tra questi, occorrerà scegliere quelli

3. Si veda Nota illustrativa al Bando tipo n. 1.

stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. La fonte da prendere come riferimento sono i dati INPS/CNEL che, attraverso il sistema del codice alfanumerico presente nei flussi UNIEMENS, individua il numero dei lavoratori ai quali un determinato contratto collettivo di lavoro si applica.

E' importante sottolineare che, come precisato anche dalla relazione di accompagnamento del nuovo Codice, <<la norma dell'articolo 30, comma 4, ha cambiato il punto di riferimento per la scelta del CCNL applicabile: non più l'attività prevalente esercitata dall'impresa (come si è sempre sostenuto sulla base dell'art. 2070 del cod. civ.), ma **le prestazioni strettamente connesse all'oggetto dell'appalto da eseguire**>>.

Il contratto collettivo applicabile va quindi individuato sulla base delle prestazioni da rendere, **anche in misura prevalente**, in relazione all'oggetto dell'appalto.

Nel caso in cui l'operatore economico indichi un contratto collettivo applicato differente da quello individuato nel bando dalla stazione appaltante, occorrerà che lo stesso si impegni a dimostrare, in caso di aggiudicazione, il rispetto delle medesime tutele ivi previste attraverso la messa a disposizione dei dati relativi al trattamento giuridico ed economico dei lavoratori da impiegare nell'appalto. Spetterà poi alla stazione appaltante verificare l'effettività dell'equivalenza delle tutele attraverso l'esame del contratto collettivo indicato.

Detta verifica dovrà svolgersi mediante la valutazione delle tutele economiche e normative previste e quindi si dovranno in primo luogo esaminare, per l'equivalenza economica, le componenti fisse della retribuzione globale annua, ossia la retribuzione tabellare annuale, l'indennità di contingenza, l'EDR, le eventuali mensilità aggiuntive, nonché le ulteriori indennità previste.

Quanto alla valutazione di equivalenza delle tutele normative dovranno invece essere oggetto di esame la disciplina concernente il lavoro supplementare e il *part-time*; quella del lavoro straordinario, con particolare riferimento ai suoi limiti massimi; la disciplina sui permessi individuali, sulla durata del periodo di prova, del periodo di preavviso, del periodo di comporto in caso di malattia e infortunio; la disciplina sulla malattia e sugli infortuni, sulla maternità e sull'eventuale riconoscimento di un'integrazione della relativa

indennità per astensione obbligatoria e facoltativa; le norme sulla previdenza e sanità integrative.

Degna di nota è la previsione, contenuta nel bando tipo, di anticipare la presentazione della dichiarazione di equivalenza delle tutele alla fase della presentazione dell'offerta tecnica. Si tratta di una scelta operata dall'Autorità alla luce della normativa ora vigente e sulla base di considerazioni di convenienza sotto il profilo dell'ordinato e più celere svolgimento della procedura.

Infatti, ai sensi dell'art. 11 del Codice, la presentazione della dichiarazione di equivalenza da parte dell'aggiudicatario deve avvenire **prima di procedere all'aggiudicazione**. Tuttavia, le stazioni appaltanti sono sempre tenute, ai sensi dell'art. 110, ad operare la verifica di congruità dell'offerta.

“ **L'ANAC ha scelto di inserire nella fase della presentazione dell'offerta tecnica la richiesta - all'operatore economico che adotti un diverso CCNL rispetto a quello individuato dalla stazione appaltante nella *lex specialis* - di presentare la dichiarazione di equivalenza delle tutele, anticipando temporalmente tale richiesta rispetto al momento stabilito dal Codice, al fine di accelerare i tempi di conclusione della procedura di affidamento.** ”

Ciò posto, poiché il comma 4 del citato art. 110 prevede che non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili e agli oneri di sicurezza, l'Autorità rileva come agli operatori economici, già in sede di verifica dell'anomalia, potrebbe essere chiesto di <<giustificare l'eventuale ribasso offerto sul costo della manodopera e che le relative giustificazioni potrebbero riguardare anche l'applicazione di un contratto collettivo diverso rispetto a quello individuato dalla stazione appaltante>>.

In caso di offerta anomala e di conseguente necessità di procedere alla verifica della sua congruità, diventerebbe pertanto indispensabile

anticipare la valutazione dell'equivalenza rispetto al momento dell'aggiudicazione. Per tale ragione, nel bando tipo si è opportunamente previsto di inserire la dichiarazione di equivalenza nell'offerta tecnica.

Ovviamente, la mancata allegazione della dichiarazione di equivalenza delle tutele non potrà costituire causa di esclusione, in quanto il Codice la prevede come necessaria solo prima dell'aggiudicazione, ma la sua richiesta anticipata si giustifica con l'esigenza di accelerare i tempi di conclusione della procedura di affidamento.

La stazione appaltante, nel caso di mancata presentazione della dichiarazione, dovrà richiederla, assegnando un congruo tempo per la relativa produzione. La dichiarazione dovrà contenere tutti gli elementi che consentano alla stazione appaltante di accertare che l'operatore economico garantisca ai propri dipendenti almeno le stesse tutele di natura normativa ed economica rispetto a quelle previste dal CCNL di riferimento indicato nella documentazione di gara.

#### **4. La quantificazione dell'importo dell'appalto e della sua durata**

Ai sensi dell'art. 14 del Codice, le stazioni appaltanti devono prima di tutto procedere al calcolo del valore complessivo del contratto ai fini della verifica dell'eventuale superamento delle soglie e per la conseguente scelta della procedura da adottare. A tal fine, è necessario determinare il valore complessivo dell'appalto come somma dell'importo a base di gara (al netto dell'IVA) e quello delle eventuali opzioni o rinnovi, ivi compresa l'eventuale previsione di servizi analoghi o proroghe.

Con riferimento all'importo dell'appalto, l'Autorità ha scelto di indicare nel disciplinare tipo che nel valore posto a base di gara debba essere ricompreso il costo della manodopera, precisando tuttavia che tale costo non è ribassabile. Infatti, l'art. 41, comma 14, del Codice stabilisce che i costi della manodopera vadano scorporati dall'importo soggetto a ribasso, ma fa altresì salva la possibilità per il concorrente di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo derivi da una sua più efficiente organizzazione aziendale.

Per rendere più semplici le operazioni di valutazione dell'offerta economica, l'ANAC ha quindi ritenuto

più agevole applicare il ribasso ad un importo totale comprensivo dei costi di manodopera, ribadendo tuttavia che gli stessi non sono soggetti a ribasso.

Ne consegue altresì che le eventuali riduzioni del costo della manodopera proposte dal concorrente saranno, poi, oggetto di verifica di congruità da parte della stazione appaltante.

In tale sede, considerato che non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili e agli oneri di sicurezza, il concorrente potrà giustificare l'offerta di un costo del personale inferiore rispetto a quello individuato dalla stazione appaltante adducendo quale motivazione una migliore organizzazione del lavoro o la possibilità di beneficiare di sgravi fiscali o contributivi.

Per quanto attiene alla durata del contratto, il disciplinare tipo prevede diverse clausole a recepimento facoltativo, tra cui quella che contempla la possibilità di ricorrere alla cosiddetta "ripetizione di servizi analoghi".

L'ANAC, nella Nota illustrativa al bando tipo rammenta che <<la nozione di «servizi analoghi» non può essere assimilata a quella di «servizi identici», pertanto deve ritenersi che un servizio possa considerarsi analogo a quello posto a gara se rientrante nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto>>.

L'Autorità ha anche inserito nel bando tipo il riferimento alla facoltà di ricorrere alla cosiddetta "proroga tecnica" di cui all'art. 120, comma 11, del Codice, precisando che <<quest'ultima costituisce uno strumento di carattere eccezionale e temporaneo, poiché disattende i principi comunitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. Tale facoltà è esercitabile in casi eccezionali, quando risultino oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di affidamento, per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura>>.

L'ANAC prosegue precisando inoltre che <<rispetto alla disciplina previgente, sono state inserite condizioni più stringenti per l'accesso a tale possibilità, prevedendo che il ricorso alla proroga è consentito soltanto nel caso in cui l'interruzione delle prestazioni possa determinare situazioni di pericolo per persone, animali, cose oppure per l'igiene pubblica oppure un grave danno all'interesse pubblico.

Tale facoltà, quindi, è giustificata dal principio di continuità dell'azione amministrativa nei soli limitati ed eccezionali casi previsti dalla norma in cui (per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione) vi sia l'effettiva necessità di assicurare il regolare svolgimento del servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente, per evitare le situazioni di pericolo>> elencate dalla norma.

“ **L'ANAC ha scelto di indicare nel bando tipo che nel valore posto a base di gara debba essere ricompreso il costo della manodopera, precisando però che tale costo non è ribassabile, conformemente a quanto stabilito dall'art. 41, comma 14, del Codice. L'operatore economico può comunque dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una sua più efficiente organizzazione aziendale.** ”

Ciò precisato, l'Autorità conclude suggerendo alle stazioni appaltanti di programmare adeguatamente le proprie attività, così da concludere la procedura di scelta di un nuovo contraente in tempo utile rispetto alla scadenza originaria del contratto ed evitare il ricorso alla proroga tecnica, di natura eccezionale.

Ciò che non convince è la previsione di tale clausola come opzione facoltativa all'interno del disciplinare tipo. In realtà, infatti, il nuovo Codice distingue tra l'istituto della proroga quale opzione esercitabile purché prevista nei documenti iniziali di gara, inserito al **comma 10** dell'art. 120, e la proroga tecnica di carattere eccezionale previsto invece al **comma 11**, che, per la sua stessa natura di istituto cui ricorrere per insuperabili e imprevedibili ritardi o ostacoli all'espletamento della nuova procedura di gara, non deve essere previsto nei documenti iniziali dell'appalto.

Meglio avrebbe fatto l'ANAC, a sommosso parere di chi scrive, a citare nel bando tipo l'opzione di proroga di cui al comma 10 e non la proroga tecnica eccezionale di cui al comma 11.

Ancora, conformemente alle novità introdotte dal nuovo Codice in tema di revisione dei prezzi, nel

disciplinare tipo è stata inserita la relativa clausola, da attivare qualora, nel corso di esecuzione del contratto, al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, si determini una variazione, in aumento o in diminuzione, del costo del servizio o dei beni oggetto del contratto in misura superiore al cinque per cento dell'importo complessivo.

In tale situazione, i prezzi dovranno essere aggiornati nella misura dell'ottanta per cento della variazione, in relazione alle prestazioni da eseguire.

Sarà onere della stazione appaltante indicare nel proprio disciplinare di gara quale indice o quale combinazione di indici, tra quelli indicati all'art. 60, comma 3, lettera b) del Codice, applicherà per determinare la variazione dei costi e dei prezzi.

Infine, il nuovo Codice chiarisce finalmente le condizioni applicative del c.d. quinto d'obbligo, prevedendo, all'art. 120, comma 9, che lo stesso è ammesso se e quando previsto nei documenti iniziali di gara, con ciò qualificando la fattispecie come un'autonoma ipotesi di modifica contrattuale. In linea con tale impostazione, il bando tipo evidenzia la necessità di prevedere il quinto d'obbligo sin nei documenti di gara iniziali. Sulla base di tale indicazione, la fattispecie è stata considerata come esemplificazione delle ipotesi di cui al comma 1, lettera a) dell'art. 120 e di essa si deve tenere conto ai fini del calcolo del valore complessivo dell'appalto.

#### **5. Le altre previsioni: criterio di aggiudicazione, verifica dell'anomalia dell'offerta, accesso agli atti**

In tema di criterio di aggiudicazione, l'ANAC si sofferma naturalmente solo sull'OEPV, che è il criterio applicato alle procedure oggetto del bando tipo in esame.

Degno di nota è il richiamo all'art. 108, comma 4, del Codice che prevede che, in caso di fornitura di beni o servizi informatici impiegati in un contesto connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici, la stazione appaltante debba contenere il punteggio economico massimo attribuibile entro il limite del 10 per cento. Per i contratti ad alta intensità di manodopera, invece, il tetto massimo per il punteggio economico è il 30 per cento.

Questa seconda previsione è volta a tutelare i lavoratori impiegati nell'appalto in quanto tenta di

scongiurare il rischio di una concorrenza eccessiva sui prezzi a discapito dei lavoratori e si aggiunge al nutrito novero di norme presenti nel Codice poste a tutela dei lavoratori impiegati negli appalti pubblici.

L'Autorità fornisce poi alcuni suggerimenti sulle modalità di formulazione dei requisiti qualitativi che devono essere oggetto di valutazione. Gli stessi devono essere in grado di premiare effettivamente le differenze qualitative delle offerte, nel senso che un requisito che sia posseduto da tutti o che non sia posseduto da nessuno *tamquam non esset*, finendo per aumentare il peso effettivo della componente economica dell'offerta a scapito di quella tecnica, con il rischio di trasformare di fatto la gara in una procedura al prezzo più basso.

La stazione appaltante è libera di scegliere discrezionalmente i criteri per la valutazione dell'offerta tecnica, i quali tuttavia dovranno essere puntuali, proporzionati e il più possibile oggettivi; in caso di criteri discrezionali, dovranno essere indicati gli elementi da considerare per la valutazione, con la specificazione dei parametri in base ai quali un'offerta sarà ritenuta migliore di un'altra, <<in modo da instradare il percorso valutativo rimesso alla discrezionalità della commissione, così da renderlo ricostruibile *ex post* e come tale verificabile e sindacabile in ogni suo aspetto>> come chiarisce l'ANAC nella Nota illustrativa.

Per quanto attiene ai criteri tabellari, essi presentano certamente il vantaggio di poter essere calcolati immediatamente e attribuiti automaticamente dalla piattaforma digitale; per contro, occorre una particolare attenzione da parte della stazione appaltante nella loro corretta individuazione, nell'applicazione della formula di attribuzione dei punteggi, oltre che nell'effettiva verifica della veridicità delle dichiarazioni rese in offerta in merito al loro possesso.

Con riferimento invece al sub-procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, il nuovo Codice, come è noto, ha voluto innovare rimettendo alla discrezionalità della stazione appaltante (alla luce dei risultati di gara, del mercato di riferimento e di ogni altro elemento utile) l'individuazione delle offerte da considerarsi anomale e da sottoporre a verifica di congruità, ed eliminando dunque le soglie fissate *ex lege*.

Sicuramente tale scelta è stata dettata dalla volontà del legislatore di restituire alle stazioni

appaltanti piena discrezionalità amministrativa e tecnica e di conferire loro - come sostiene l'Autorità - <<il potere e il dovere di compiere le scelte amministrative di loro pertinenza, in coerenza con i principi del risultato di cui all'articolo 1, della fiducia di cui all'articolo 2 e di buona fede e affidamento di cui all'articolo 5>>.

“ **Il bando tipo prevede, in tema di accesso agli atti, due regimi differenziati: il primo valido fino al 31 dicembre 2023, che prevede l'applicazione dell'art. 53 del vecchio Codice; il secondo, con decorrenza 1° gennaio 2024, che prevede invece l'accesso mediante acquisizione diretta ed immediata dei dati inseriti nella piattaforma digitale di approvvigionamento.** ”

In secondo luogo, considerato che le procedure sopra soglia saranno espletate soltanto da stazioni appaltanti qualificate, si è evidentemente ritenuto che queste abbiano sufficienti competenze per gestire in modo adeguato e completo le soglie di anomalia e predeterminare, adattandoli al caso concreto, i criteri e i parametri della relativa valutazione.

Per tali ragioni, il disciplinare tipo prevede che le stazioni appaltanti individuino nel bando di gara gli elementi specifici in base ai quali sottoporre a valutazione di anomalia una data offerta, ferma restando la facoltà di sottoporre a verifica un'offerta che, **in base anche ad elementi diversi rispetto a quelli predeterminati**, ivi compresi i costi della manodopera, appaia anormalmente bassa.

Per quanto riguarda, infine, il regime dell'accesso agli atti, anch'esso oggetto di rilevanti novità nel nuovo Codice, giova far notare che il bando tipo tiene opportunamente conto della posticipata entrata in vigore delle disposizioni in tema di digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti e, conseguentemente, del differimento dell'efficacia degli artt. 35 e 36 del Codice previsto dall'articolo 225, comma 2.

Vengono perciò previsti due regimi differenziati, uno valido in via transitoria fino al 31 dicembre 2023,

che prevede l'applicazione delle disposizioni dell'art. 53 del vecchio Codice e l'altro, con decorrenza 1° gennaio 2024, che prevede invece l'accesso agli atti della procedura in modalità digitale mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme di *e-procurement*, secondo le modalità stabilite dall'art. 36, in base al quale sono accessibili a tutti i concorrenti non esclusi l'offerta dell'aggiudicatario, i verbali di gara e tutti gli altri atti presupposti all'aggiudicazione, così come, agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti della graduatoria, sono altresì rese reciprocamente disponibili, sempre attraverso la piattaforma digitale, le offerte presentate dagli stessi.

# Le clausole sociali nel d.lgs. 36/2023 per garantire le pari opportunità generazionali, di genere, l'inclusione lavorativa, la stabilità occupazionale, l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, la congruità dei costi della manodopera.

di Beatrice Corradi

IL  
PUN  
TO

## 1. Requisiti di partecipazione e meccanismi premiali nelle gare di appalto ai sensi degli articoli 57, 61 e 108 e dell'Allegato II.3 del D.lgs. 36/2023. Gli obblighi in fase di gara ed in fase di esecuzione

Nel d.lgs. 36/2023 sono previste diverse disposizioni che definiscono gli adempimenti finalizzati al raggiungimento dell'inclusione sociale secondo le relative norme di riferimento (per l'inclusione giovanile, femminile, di soggetti svantaggiati).

In particolare l'art. 57 del d.lgs. 36/2023 prevede che per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi, diversi da quelli aventi natura intellettuale, e per i contratti di concessione, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti, riportino specifiche clausole sociali con le quali siano richieste misure, come requisiti necessari dell'offerta, volte a garantire le pari opportunità generazionali, di genere, di inclusione lavorativa per le persone con disabilità e svantaggiate e la stabilità occupazionale del personale impiegato, nel rispetto dei principi dell'Unione europea.

Le misure devono riguardare inoltre, come previsto già nel D.lgs. 50/2016, l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto "di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività".

Nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale.

Il previgente articolo 50 del D.lgs. 50/2016 stabiliva, con riferimento alle clausole sociali, l'obbligo dell'imprenditore subentrante di salvaguardare i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo e tra i principi generali l'indicazione che gli operatori economici dovessero rispettare gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale.

Con il D.lgs. 36/2023 è indicato che sia l'Amministrazione a richiedere misure specifiche – requisiti necessari dell'offerta - finalizzate al rendere concreta l'applicazione della clausola sociale tenuto conto della tipologia di intervento, con riguardo, in particolare, al settore dei beni culturali e del paesaggio. L'articolo in argomento presenta le clausole sociali come ampi obiettivi finalizzati all'inclusione ed alle pari opportunità (esistono quindi diverse e specifiche clausole sociali nel D.lgs. 36/2023), non riferendosi unicamente all'obiettivo della stabilità occupazionale.

**“ Con il d.lgs. 36/2023 è indicato che sia l'Amministrazione a richiedere misure specifiche – requisiti necessari dell'offerta - finalizzate al rendere concreta l'applicazione della clausola sociale, tenuto conto della tipologia di intervento. Le clausole sociali non si riferiscono sono all'obiettivo della stabilità occupazionale, come nel previgente d.lgs. 50/2016. ”**

L'art. 61 del D.lgs. 36/2023 che regola i contratti "riservati" dispone che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti prevedano nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, come requisiti necessari o come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, meccanismi e strumenti idonei a realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, come definite dalle relative disposizioni (articolo 1 della legge 12 marzo 1999, n. 68; articolo 4 della legge 8 novembre 1991, n. 381 e per le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno, ai sensi dell'articolo 21 della legge 26 luglio 1975, n. 354).

Secondo l'art. 61 possono essere richiesti come requisiti premiali dell'offerta (al fine dell'aggiudicazione) e non solo come requisiti necessari alla partecipazione, clausole sociali nel rispetto dei principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione anche in relazione alla natura del singolo progetto.

I meccanismi per realizzare le pari opportunità generazionali, sono rappresentate, ad esempio, con l'assunzione di giovani di età inferiore a trentasei anni.

L'articolo 50 del d.lgs. n. 50/2016 disciplinava la clausola sociale richiedendo che: *"Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore"*.

Con il d.lgs. 36/2023 è previsto invece l'inserimento di clausole sociali, finalizzate anche alla stabilità occupazionale, in tutti gli appalti di lavori e servizi, diversi da quelli aventi natura intellettuale, e nei contratti di concessione, indipendentemente dalla condizione di essere o meno, contratti ad alta intensità di manodopera. Con il nuovo codice le clausole sociali non si riferiscono unicamente alla garanzia della stabilità occupazionale, ma anche, in una visione più ampia, alle pari opportunità in una logica di non discriminazione, a tutela dell'accesso al lavoro delle diverse categorie di lavoratori.

Inoltre l'Allegato II.3 del D.lgs. 36/2023 prevede, in attuazione ed a completamento dell'art. 61, ulteriori strumenti premiali per realizzare le pari opportunità, di genere e per promuovere l'inclusione lavorativa delle persone disabili, oltre a stabilire obblighi specifici al fine della partecipazione alle procedure, anche a pena di esclusione.

Per gli operatori economici, aventi più di 50 dipendenti, infatti costituisce un obbligo specifico, a pena di esclusione, di presentare, all'atto della presentazione dell'offerta, copia dell'ultimo rapporto redatto sulla situazione del personale, ai sensi dell'articolo 46 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198; in caso di inosservanza dei termini previsti, è possibile attestare la trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità.

È quindi introdotta una clausola di esclusione in relazione alla tutela dei lavoratori in termini di parità di genere, di promozione professionale e di altre tutele costituzionali (cfr. Allegato II.3). È requisito necessario l'aver assolto, al momento della presentazione dell'offerta stessa, agli obblighi di cui alla legge n. 68 del 1999.



**“ Con il d.lgs. 36/2023 è previsto l’inserimento di clausole sociali finalizzate anche alla stabilità occupazionale, in tutti gli appalti di lavori e servizi, diversi da quelli aventi natura intellettuale, e nei contratti di concessione, indipendentemente dalla condizione di essere o meno contratti ad alta intensità di manodopera, a differenza del previgente d.lgs. 50/2016. ”**

Agli operatori economici le cui unità occupate siano costituite da meno di 50 dipendenti o da un numero pari o superiore a quindici dipendenti, è richiesto, invece, entro sei mesi dalla conclusione del contratto, di consegnare alla stazione appaltante una relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni. Agli stessi operatori economici è inoltre richiesto di consegnare alla stazione appaltante, entro sei mesi dalla conclusione del contratto, la certificazione di cui all’articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68 e una relazione relativa all’assolvimento degli obblighi di cui alla medesima legge (cfr. Allegato II.3).

Inoltre è previsto che l’operatore economico si impegni con la partecipazione alla gara a destinare il 30 per cento delle assunzioni sia all’occupazione giovanile, sia all’occupazione femminile (cfr. Allegato II.3, comma 4). Una soglia percentuale maggiore può essere considerata invece un elemento premiale, al fine dell’aggiudicazione, rivolta all’assunzione di persone disabili, di giovani, con età inferiore a trentasei anni, di donne per l’esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività a esso connesse o strumentali. Tuttavia le stazioni appaltanti possono stabilire una quota inferiore a quella prevista nel comma 4 dell’Allegato, oppure non inserire specifiche clausole sociali dandone, in ogni caso, adeguata e specifica motivazione, che rilevi che l’oggetto del contratto, la tipologia, la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati, ne rendano l’inserimento impossibile “o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche”.

Le Stazioni appaltanti richiedono, negli atti di gara, in sintesi, il rispetto degli obblighi di cui alla legge n. 68 del 1999, misure, come requisiti necessari alla partecipazione, volte a garantire le pari opportunità, la stabilità occupazionale, l’applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore.

Ne sono espressione il dover produrre, a pena di esclusione, al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell’offerta, copia dell’ultimo rapporto redatto, come prevede l’articolo 46 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 e l’impegno ad assumere una quota pari almeno al 30 per cento al fine di garantire sia all’occupazione giovanile sia all’occupazione femminile.

**“ Inoltre è previsto che l’operatore economico si impegni con la partecipazione alla gara a destinare il 30 per cento delle assunzioni sia all’occupazione giovanile, sia all’occupazione femminile (cfr. Allegato II.3, comma 4). Una soglia percentuale maggiore può essere considerata un elemento premiale, al fine dell’aggiudicazione. La stazione appaltante qualora invece decida di non inserire clausole sociali deve darne motivazione specifica ed adeguata con riferimento ad obiettivi, ad esempio, di efficienza ed economicità. ”**

È inoltre prevista la possibilità, da parte della Stazione appaltante, di inserire criteri premiali aventi finalità di inclusione giovanile, femminile e per categorie svantaggiate, nel mondo del lavoro, come tra l’altro prevede l’art. 108, comma 7 del D.lgs. 36/2023:

*“Al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese per l’adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere comprovata dal possesso della certificazione della parità di genere di cui all’articolo 46-bis del*

codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 19”.

“ **L'allegato II. 3 contiene anche indicazioni di ulteriori misure premiali che possono prevedere l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente o al candidato che, ad esempio, non è risultato nei tre anni antecedenti la data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, destinatario di accertamenti relativi ad atti o comportamenti discriminatori secondo la disciplina dell'immigrazione, o secondo le norme a sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151.** ”

L'allegato II. 3 contiene anche indicazioni di ulteriori misure premiali che possono prevedere l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo all'offerente o al candidato che, ad esempio, non è risultato nei tre anni antecedenti la data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, destinatario di accertamenti relativi ad atti o comportamenti discriminatori secondo la disciplina dell'immigrazione, secondo le norme che tutelano la parità di trattamento senza distinzione di religione, di convinzioni personali, di handicap, di età e di orientamento sessuale, garantendo l'accesso all'occupazione e al lavoro, ovvero, in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151.

Un ulteriore elemento di valutazione può essere dato dall'utilizzo o impegno a utilizzare specifici strumenti di conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro per i propri dipendenti, nonché modalità innovative di organizzazione del lavoro.

Inoltre, può essere considerato un elemento premiale aver, nell'ultimo triennio, rispettato i principi della parità di genere e adottato specifiche misure per promuovere le pari opportunità generazionali e di genere anche tenendo conto del rapporto tra uomini e donne nelle assunzioni, nei livelli retributivi.

## 2. L'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore

L'art. 30 c. 4 D.lgs. 50/2016 stabiliva che "Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente".

Tale obbligo, prima stabilito solo per il settore dei lavori, con il decreto correttivo n. 56/2017, è stato esteso anche ai servizi ed alle forniture. L'articolo 11 del D.lgs. 36/2023 dedica un articolo alle clausole sociali inquadrando le medesime come principi generali e stabilisce, tra l'altro, che al personale impiegato nell'appalto siano applicati i contratti collettivi nazionali di settore.

Il comma 1 dell'art. 11 del nuovo codice, dispone, come previsione generale, l'obbligo di applicare il contratto collettivo nazionale di lavoro in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni oggetto del contratto.

E' previsto, per esigenze di certezza, disposizione non prevista nel precedente codice, che le stazioni appaltanti indichino il contratto collettivo applicabile al personale impiegato nell'appalto oggetto di gara; agli operatori economici è concesso, al fine di garantire la libertà imprenditoriale, di indicare, nella propria offerta, un differente contratto collettivo da essi applicato, purché esso garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente.

L'operatore economico, al fine di garantire all'Amministrazione pubblica l'affidabilità, deve, prima dell'affidamento o aggiudicazione, fornire alla stazione appaltante una dichiarazione in cui si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele qualora adotti un contratto differente da quello individuato dall'ente.

Con nota prot. n. 687 del 19 aprile 2023 l'Ispettorato Nazionale del Lavoro d'intesa con il

Ministero del lavoro e delle politiche sociali, hanno chiarito che le imprese che impiegano personale nell'ambito di appalti pubblici e concessioni devono necessariamente applicare il contratto collettivo stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.

L'operatore economico dovrebbe garantire, quale presupposto minimo, almeno il trattamento stabilito dalla disciplina contrattuale individuata nel bando di gara e rispetto al giudizio di identità che deve operare la stazione appaltante è richiesta una perfetta coincidenza in termini di tutele.

Alternativamente la disciplina richiamata, in caso di applicazione di un diverso contratto, al fine della tutela della libertà di iniziativa economica, richiede che vengano applicate le medesime tutele normative ed economiche oggetto della dichiarazione di equivalenza di cui al comma 4 del medesimo art. 11.

La giurisprudenza sul tema della individuazione da parte della stazione appaltante del contratto collettivo da applicarsi all'appalto (anche rispetto all'attività oggetto dell'appalto) nel tempo si è espressa affermando che rientrasse nella discrezionalità della stazione appaltante fissare i contenuti dei servizi da affidare mediante gara, ma non l'imporre od esigere un determinato contratto collettivo nazionale di lavoro, anche in considerazione che una o più tipologie di contratti potrebbero solo astrattamente adattarsi alle prestazioni oggetto del servizio da affidare (cfr. Cds 2198/2021).

Con il nuovo codice è valorizzata la previsione posta dall'art. 1, comma 2, lettera h), n. 2, della legge delega, adottando una funzione della clausola non semplicemente incentivante, ma volta ad un effettivo risultato applicativo con norme maggiormente pregnanti e vincolanti anche al fine di chiarire gli ambiti dell'istituto. Come è riportato nella relazione illustrativa al D.lgs. 36/2023:

*"Rimane tuttavia aperta la questione, altrettanto centrale, della possibile sovrapposizione tra settori di attività e quindi della possibile applicabilità di più contratti collettivi conformi, con ambiti di*

*applicazione compatibili con l'attività oggetto dell'appalto. La norma proposta – di cui ai commi 1 e 2 – intende compiere un ulteriore passo in questa direzione, restringendo anche le ipotesi in cui, per la frammentazione dei contratti collettivi nell'ambito del medesimo settore, l'operatore economico finisca con l'optare per un CCNL che non garantisce al lavoratore le migliori tutele sotto il profilo normativo ed economico. La previsione non pare in contrasto con l'art. 39 Cost. in quanto non è diretta a estendere ex lege ed erga omnes l'efficacia del contratto collettivo, ma si limita a indicare le condizioni contrattuali che l'aggiudicatario deve applicare al personale impiegato, qualora, sulla base di una propria e autonoma scelta imprenditoriale, intenda conseguire l'appalto pubblico, restando libero di applicare condizioni contrattuali diverse nello svolgimento dell'attività imprenditoriale diversa; e restando libero di accettare o non la clausola dell'appalto pubblico oggetto dell'aggiudicazione (accettando, quindi, anche l'esclusione dalla procedura).*

*I medesimi argomenti possono essere utilizzati per affermare la compatibilità anche rispetto all'art. 41 Cost., tenuto conto altresì che la libera iniziativa economica "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale". Il consentire alla p.a. la scelta di indicare il CCNL applicabile alle prestazioni oggetto di gara sembra trovare giustificazione proprio sotto questo profilo (Art. 41, secondo comma, Cost.)."*

### **3. Il contenuto dell'offerta economica. I costi della manodopera**

L'art. 41, co. 13, d.lgs. 36/2023, da ultimo, riproduce lo stesso contenuto del citato art. 23, co. 16, D.lgs. 50/2016, ovvero *"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 rappresentative, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali."*

Ai sensi del vigente art. 110, co. 4, D.lgs. 36/2023, poi, in sede di verifica dell'anomalia non sono ammesse giustificazioni, tra le altre, *"in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge"*.

A sua volta nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale (art. 108, comma 9 del d.lgs. 36/2023). Le nuove disposizioni prevedono che l'assenza dei citati costi ed oneri comporti l'esclusione dell'offerente, come giurisprudenza nel tempo aveva peraltro già affermato, tanto da consolidare l'orientamento che la mancata indicazione comportava necessariamente l'esclusione dalla gara, trattandosi di lacuna non suscettibile di soccorso istruttorio.

**“ Le nuove disposizioni prevedono che l'assenza dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza comporti l'esclusione dell'offerente, come giurisprudenza nel tempo aveva peraltro già affermato, tanto da consolidare l'orientamento che la mancata indicazione comportava necessariamente l'esclusione dalla gara, trattandosi di lacuna non suscettibile di soccorso istruttorio. ”**

Per quanto riguarda la ragione della prevista indicazione separata del costo del lavoro, la medesima è rivolta all'esigenza di consentire alla Stazione appaltante una puntuale verifica della congruità del prezzo offerto con particolare riguardo al rispetto delle tabelle previste 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.

Nel caso di scostamento dalle citate tabelle, l'orientamento prevalente ritiene possibile giustificare il valore indicato in offerta rispetto a quello risultante dalle tabelle ministeriali, qualora, però, si dimostri il rispetto dei minimi salariali previsti dai contratti collettivi (TAR Campania, IV, 15 aprile 2019, n. 2136).

I costi della manodopera sono quindi isolati, con loro separata evidenziazione all'interno dell'offerta, demandando alla Stazione appaltante il compito di verificare, prima di procedere alla aggiudicazione definitiva, la congruità dei costi ed il rispetto delle tabelle ministeriali (CdS, V, 12 settembre 2018, n. 5332).

L'operatore economico non deve fare riferimento ad un costo medio del lavoro, ma ai propri costi effettivi, che ritiene di dover sostenere in caso di aggiudicazione della commessa, conseguentemente il costo della manodopera quantificato dall'operatore economico può discostarsi da quello stimato dalla Stazione appaltante, in quanto i reali valori aziendali possono ben risultare inferiori a causa di agevolazioni, sgravi fiscali o contributivi, detrazioni varie, etc. (Tar Lecce Luglio n. 911/2023).

Qualora sussistano consistenti scostamenti tra i valori indicati dall'offerente e quelli medi rivenienti dalle tabelle (nonché rispetto a quelli ipotizzati nel progetto posto a base di gara e quelli "mediamente" indicati dagli altri concorrenti) idonei ad ingenerare ragionevoli dubbi circa la congruità, serietà e sostenibilità della offerta, è necessario procedere alla verifica in concreto della "ragionevolezza" della offerta, fatta salva l'inammissibilità di giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge.

Si rileva come la giurisprudenza amministrativa – formatasi in relazione al previgente Codice dei contratti pubblici – abbia affermato che *“i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali sono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, perciò l'eventuale*

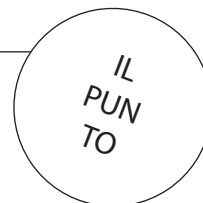
**“ L'operatore economico non deve fare riferimento ad un costo medio del lavoro, ma ai propri costi effettivi, qualora sussistano consistenti scostamenti tra i valori indicati dall'offerente e quelli medi rivenienti dalle tabelle idonei ad ingenerare ragionevoli dubbi circa la congruità della offerta, è necessario procedere alla verifica in concreto della “ragionevolezza” della offerta. ”**

*scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle ministeriali non legittima un giudizio di anomalia o di incongruità e occorre, perché possa dubitarsi della congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata, alla luce di una valutazione globale e sintetica, espressione di un potere tecnico-discrezionale insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza non renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta" (Cons. Stato, n. 5332/2023 e n. 6307/2020).*

Quindi, l'eventuale scostamento delle voci di costo del lavoro rispetto a quello risultante dalle tabelle ministeriali determina, in capo alla stazione appaltante, l'avvio della procedura finalizzata alla verifica di congruità della singola offerta solo se essa sia considerevole e palesemente ingiustificata (*ex multis*, Cons. Stato, n. 5332/2018 e n. 5084/2018), a favore della sostenibilità e serietà dell'offerta anche rispetto alle tutele dei lavoratori.

# La disciplina delle riserve nel nuovo codice dei contratti

di Stefano de Marinis



## Premessa

Tra i contenuti del nuovo codice dei contratti pubblici che hanno fin qui offerto uno spunto ai primi commenti resi a seguito della sua entrata in vigore, spazio alquanto limitato hanno trovato gli aspetti riconducibili alla fase dell'esecuzione, peraltro anch'essa interessata da modifiche non trascurabili.

La ragione del minore interesse tradizionalmente dedicato a questo segmento del processo realizzativo si spiega, per un verso, con la maggiore complessità, a cavallo tra il tecnico ed il giuridico, che la trattazione di tali tematiche di fatto implica, anche per individuare correttamente chi - tra i diversi attori impegnati in tale fase - fa che cosa; per altro verso, in ragione del fatto che, collocandosi a valle della procedura di scelta del contraente, spesso si ritiene che nella fase esecutiva gli aspetti di maggiore criticità siano superati, lasciando alle spalle tutto il problema della messa a terra degli investimenti, nella misura in cui la macchina operativa risulti oramai avviata.

Da quest'ultimo punto di vista non può peraltro non rilevarsi che gli impegni connessi, ad esempio alla rendicontazione dei fondi PNRR, prevedono vincoli temporali non solo per la fase di scelta del contraente ma anche per quella relativa al completamento degli interventi, da concludersi in via generale entro il 2026.

“ **Difficoltà e rilevanza dei temi legati all'esecuzione dei contratti** ”

D'altro canto, sebbene i profili legati all'esecuzione dei contratti restano regolati dalla previgente disciplina laddove le procedure di scelta del contraente siano iniziate *ante* 30 giugno 2023, con tutte le conseguenze del caso, tale circostanza non esclude la necessità di attivarsi da subito per aggiornare procedure e clausole contrattuali da applicare ai nuovi affidamenti.

## 1. La disciplina del nuovo codice dei contratti

In questo senso non pochi sono gli elementi di innovazione sui quali puntare l'attenzione.

Senza poterli affrontare tutti in questa sede, e semmai riservandoci di ulteriormente intervenire su altre questioni qui non trattate, un tema di particolare portata innovativa è senz'altro quello riferito alla disciplina delle riserve, regolata in via generale all'articolo 115 del d.lgs. 31 marzo 2023, n.36 e, per quanto specificamente attiene alle sospensioni esecutive, parziali o totali, all'articolo 121; in tal senso, la relazione al nuovo codice peraltro distingue tali riserve da quelle definite *diverse* e a *contenuto economico*, di cui alla disciplina generale.

### Riserve per sospensioni esecutive diverse da quelle a contenuto economico?

Al riguardo, il comma 2 dell'articolo 115 prevede che le riserve siano *iscritte con le modalità e nei termini previsti dall'allegato II.14, a pena di decadenza dal diritto di fare valere, in qualunque tempo e modo, pretese relative ai fatti e alle contabilizzazioni risultanti dall'atto contabile.*

Tale previsione, evidentemente riferita ai lavori, trova peraltro specifico riscontro per il campo delle forniture e dei servizi nel successivo comma 4, dove è disposto che, per tali contratti, *il capitolato speciale contiene anche la disciplina delle contestazioni in corso di esecuzione, fatta salva l'iscrizione delle riserve secondo quanto previsto al comma 2, secondo periodo.*

Posta, dunque, la rilevanza delle indicazioni recate sul punto dall'articolo 115 per l'intero contesto della contrattualistica pubblica, vanno di seguito passati in rassegna i contenuti dell'allegato II.14 che *sostituisce il vecchio d.m. 7 marzo 2018, n.49, recante il regolamento di approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione.*

Da considerare, al riguardo, gli articoli 7, per i contratti di lavori, e 34 per quelli di forniture

e per i servizi; quest'ultimo sinteticamente afferma che *fermo restando quanto previsto nella presente sezione e nei documenti contrattuali sulle contestazioni in corso di esecuzione, l'esecutore è tenuto, a pena di decadenza, a iscrivere riserva nei documenti contabili.* Si applica la disciplina delle riserve contenuta nell'articolo 7.

### Disciplina delle riserve unitaria per lavori (con funzione trainante), forniture e servizi

Posta, dunque, la funzione trainante della disciplina dei lavori, in quanto storicamente radicata nel tempo, anche per forniture e servizi, l'evocato articolo 7 si perita, anzitutto, di chiarire quale risulti esserne la finalità, testualmente affermando che, in linea di principio, l'iscrizione delle riserve è *finalizzata ad assicurare alla stazione appaltante, durante l'intera fase di esecuzione del contratto: i) il continuo ed efficace controllo della spesa pubblica; ii) la tempestiva conoscenza e valutazione, sulla base delle risultanze contenute nel registro di contabilità, delle eventuali pretese economiche avanzate dall'appaltatore; iii) l'adozione di ogni misura e iniziativa volte a evitare che i fondi impegnati si rivelino insufficienti.*

### Onere di iscrizione tempestiva e completa a pena di decadenza e di inammissibilità

Dispone, altresì, la norma che **non costituiscono riserve:** *a) le contestazioni e le pretese economiche che siano estranee all'oggetto dell'appalto o al contenuto del registro di contabilità; b) le richieste di rimborso delle imposte corrisposte in esecuzione del contratto di appalto; c) il pagamento degli interessi moratori per ritardo nei pagamenti; d) le contestazioni circa la validità del contratto; e) le domande di risarcimento motivate da comportamenti della stazione appaltante o da circostanza (rectius: circostanze) a quest'ultima riferibili; f) il ritardo nell'esecuzione del collaudo motivato da comportamento colposo della stazione appaltante.*

Ribadita l'indicazione, già contenuta nell'articolo 115 secondo la quale l'iscrizione delle riserve è un adempimento da osservarsi a **pena di decadenza**, sul piano procedurale il comma 2 dell'articolo 7, altresì dispone che l'iscrizione debba aver luogo sul primo atto dell'appalto idoneo a riceverle, successivo all'insorgenza o alla cessazione del fatto che ha determinato il pregiudizio dell'esecutore. In ogni caso, sempre a pena di decadenza, le riserve sono iscritte anche nel registro di contabilità all'atto della firma immediatamente successiva al verificarsi o al cessare del fatto pregiudizievole, nonché all'atto della sottoscrizione del certificato di collaudo mediante precisa esplicitazione delle contestazioni circa le relative operazioni. Le riserve non espressamente confermate sul conto finale si intendono rinunciate.

### “ **Riserve e conto finale** ”

Sul piano procedurale, qui a **pena di inammissibilità**, le riserve devono essere formulate in modo specifico e indicare con precisione le ragioni sulle quali si fondano nonché contenere: a) la precisa quantificazione delle somme che l'esecutore ritiene gli siano dovute, quantificazione da effettuare in via definitiva, senza possibilità di successive integrazioni o incrementi rispetto al l'importo iscritto, salvo che la riserva stessa sia motivata con riferimento a fatti continuativi; b) l'indicazione degli ordini di servizio, emanati dal direttore dei lavori o dal direttore dell'esecuzione, che abbiano inciso sulle modalità di esecuzione dell'appalto; c) le contestazioni relative all'esattezza tecnica delle modalità costruttive previste dal capitolato speciale d'appalto o dal progetto esecutivo; d) le contestazioni relative alla difformità rispetto al contratto delle disposizioni e delle istruzioni relative agli aspetti tecnici ed economici della gestione dell'appalto; e) le contestazioni relative alle disposizioni e istruzioni del direttore dei lavori o del direttore dell'esecuzione che potrebbero comportare la responsabilità dell'appaltatore o che potrebbero determinare vizi o difformità esecutive dell'appalto.

All'atto della firma del conto finale, l'esecutore, non può iscrivere domande diverse per oggetto o per importo da quelle formulate nel registro di contabilità durante lo svolgimento dei lavori, e

ha l'onere, a pena di decadenza, di confermare le riserve già iscritte sino a quel momento negli atti contabili per le quali non siano intervenute procedure di carattere conciliativo.

Se l'esecutore, in fine, non firma il conto finale nei termini all'uopo fissati, o se lo sottoscrive senza confermare le domande già formulate nel registro di contabilità, il conto finale si intende come definitivamente accettato.

## 2. La disciplina previgente

Come appare evidente, pur con alcune modifiche il nuovo codice recupera per intero lo storica disciplina delle riserve, risalente addirittura al regolamento di contabilità dei lavori del 1895, sostanzialmente confermata fino al 2016 attraverso il d.lgs. 12 aprile 2006, n.163, con le relative disposizioni attuative di cui al dpr 207 del 2010 e cancellata con un tratto di penna dal regime di cui al d.lgs. 50/2016 che, in pratica, non ne facendone menzione specifica alcuna, rinviava tutto al d.m. 7 marzo 2018, n. 49.

Quest'ultimo, peraltro con un'inversione di rotta dell'ultima ora, prevedeva con distinte disposizioni di contenuto identico, sia per lavori (art.9), sia per forniture e servizi (art.21), che il direttore dei lavori/dell'esecuzione per la gestione delle contestazioni su aspetti tecnici e delle riserve, dovesse semplicemente attenersi alla relativa disciplina prevista dalla stazione appaltante e riportata nel capitolato d'appalto.

### “ **Disciplina delle riserve ante nuovo codice necessita(va) di specifica approvazione** ”

In sostanza, il codice del 2016 aveva rimesso l'intera tematica riguardante contestazioni e riserve al la disciplina contrattuale con tutte le conseguenze del caso, a cominciare dalla ricostruzione pattizia di tutta la regolamentazione già in passato sperimentata, con il relativo ambito applicativo ed il quadro procedurale, inclusivo di decadenze ed inammissibilità, caratterizzato da rilevanti limitazioni sul piano delle modalità di esercizio dei diritti patrimoniali da parte dell'assuntore della commessa.



Ciò, fermo restando che una disciplina contrattuale riprodotiva delle modalità di iscrizione e coltivazione delle riserve vigente ante d.lgs. 50/2016 per avere *chances* di effettività, stante l'assenza di copertura legislativa alcuna, oltre ad essere correttamente posta avrebbe dovuto comunque essere accompagnata da specifica approvazione di controparte dei relativi contenuti, ai sensi e per gli effetti dell'art.1341 del codice civile in materia di clausole vessatorie.

Il quadro descritto risulta superato dal d.lgs. 36/2023, che riprende e chiarisce la disciplina ante decreto legislativo 50, peraltro migliorandone l'operatività con alcuni chiarimenti applicativi.

Primo elemento di chiarimento consiste nell'aver fissato, a livello di normativa primaria, la decadenza dell'esecutore dal diritto di far valere, *in qualunque tempo e modo*, pretese relative ai fatti e alle contabilizzazioni risultanti dalla contabilità, conseguente alla mancata iscrizione delle riserve, nei modi e nei termini indicati nell'allegato II.14.

### “ **Pretese di natura economica, che non implicano dell'istituto delle riserve** ”

In questo senso, ed in linea con quanto poc'anzi si affermava, nella relazione che accompagna il nuovo codice si legge espressamente che avendo inteso ribadire la sanzione della decadenza dai diritti a contenuto patrimoniale dell'esecutore, come conseguenza della mancata iscrizione o esplicitazione delle riserve, si è preferito inserirne la previsione (anche in coerenza con quanto previsto per le riserve relative alle sospensioni) nella normativa primaria.

Altro rilevante chiarimento, qui riferito all'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto con la relativa disciplina decadenziale è quello di aver stabilito, per la prima volta in una disposizione legislativa, quali situazioni comunque destinate a sfociare in pretese di natura economica, per esser fatte valere non implicano di essere trattate a mezzo dell'istituto delle riserve.

Il primo comma dell'articolo 7 dell'all.14, riporta, infatti, una serie di fattispecie, la cui elencazione deve ritenersi tassativa, che, secondo la dizione normativa, non costituiscono riserve.

Ancorché si sia in presenza di una formulazione che poteva sicuramente esser resa in modo più chiaro, la previsione recupera, poi, un'ampia serie di ipotesi, alcune delle quali già condivise sul piano interpretativo, come ad esempio il caso degli interessi moratori per ritardo nei pagamenti, per le quali l'iscrizione delle riserve non è richiesta: dalle contestazioni sulla validità del contratto a quelle, incluse le pretese economiche, estranee all'oggetto dell'appalto o al contenuto del registro di contabilità; dalle richieste di rimborso delle imposte corrisposte in esecuzione del contratto; alle domande di risarcimento motivate da comportamenti della stazione appaltante o da circostanze a quest'ultima riferibili; dal ritardo nell'esecuzione del collaudo per colpa della stazione appaltante al testé riferito richiamato tema degli interessi.

Sfugge dall'elencazione l'espresso riferimento alla revisione prezzi, per la quale la giurisprudenza già in passato espressasi aveva escluso la necessità di apporre riserva per il riconoscimento del relativo compenso, in base al nuovo codice dovuto per legge al verificarsi degli indicati presupposti (articolo 60).

Sul piano procedurale altra rilevante modifica rispetto alle discipline pregresse riguarda il mancato richiamo al termine di quindici giorni dalla sottoscrizione degli atti contabili, per l'esplicitazione delle motivazioni che sostengono la richiesta, con la relativa quantificazione peraltro tuttora espressamente richiesta.

### “ **Esplicitazione delle riserve contestuale alla loro iscrizione?** ”

Il nuovo quadro normativo non riproduce, infatti, la disposizione da ultimo contenuta nel dpr 207 del 2010 che, al comma 3 dell'articolo 190, prevedeva che l'esecutore, che ha firmato con riserva, qualora l'esplicitazione e la quantificazione non siano possibili al momento della formulazione della stessa procede in tal senso *a pena di decadenza, nel termine di quindici giorni*, scrivendo e firmando nel registro le corrispondenti domande di indennità e indicando con precisione le cifre di compenso cui crede aver diritto, e le ragioni di ciascuna domanda. La mancanza di tale riferimento sembra quindi implicare un obbligo generalizzato di riempimento

della riserva con tutti i contenuti prescritti già all'atto della sua apposizione, a pena di decadenza e senza possibilità di successive integrazioni o incrementi rispetto all'importo iscritto, salvo che la riserva stessa riguardi fatti continuativi.

Detti contenuti risultano peraltro specificamente enumerati, al comma 2 dell'articolo 7, con una previsione che, anche sotto tale profilo, ha natura innovativa sul piano legislativo, per le indicazioni da rendere all'uopo; detti adempimenti, peraltro, certamente non agevoleranno l'obbligo di *indicare con precisione le ragioni* sulle quali le riserve si fondano, contestualmente alla loro apposizione.

“ **Riserve e la codificazione della ratio dell'istituto** ”

Rileva, infine, il recepimento a livello normativo del principio interpretativo da tempo elaborato in via giurisprudenziale, più volte affermato anche dalla suprema Corte, secondo il quale l'istituto delle riserve è finalizzato non tanto ad attribuire all'appaltatore ragioni e o diritti diversi da quelli di ottenere dalla stazione appaltante un pronunciamento sulle proprie richieste, quanto ad assicurare ad essa, durante l'intera fase di esecuzione del contratto, il continuo ed efficace controllo della spesa pubblica, la tempestiva conoscenza e valutazione, sulla base delle risultanze contenute nel registro di contabilità, delle eventuali pretese economiche avanzate dall'appaltatore per l'adozione di ogni misura e iniziativa destinate ad evitare che i fondi impegnati si rivelino insufficienti; ad esempio la riduzione quantitativa delle prestazioni commissionate di un quinto come tuttora previsto dall'articolo 120, comma 9, del nuovo codice. Su questo specifico aspetto occorre peraltro rilevare come la nuova formulazione della norma richieda, per la relativa possibilità di applicarla, il preventivo richiamo ad essa nella documentazione di gara.

**3. Riserve e procedure conciliative**

Come si è già avuto modo di vedere, il tema riserve è strettamente connesso a quelle che il d.lgs. 36/2023 definisce globalmente come procedure conciliative, ovvero in primo luogo la transazione e l'accordo bonario.

Riferendoci a quest'ultima procedura il nuovo codice conferma integralmente, all'articolo 210, quanto già previsto dall'articolo 205 del d.lgs. 50/2016 secondo cui si da corso all'accordo bonario qualora *in seguito all'iscrizione di riserve sui documenti contabili l'importo economico dell'opera possa variare tra il 5 per cento e il 15 per cento dell'importo contrattuale, procedimento che può essere reiterato quando le riserve iscritte, ulteriori e diverse rispetto a quelle già esaminate, raggiungano nuovamente l'importo suindicato, nell'ambito comunque di un limite massimo complessivo del 15 per cento dell'importo del contratto.*

Orbene appare del tutto evidente il rilievo del fatto di considerare una determinata pretesa economica riconducibile, o meno, al regime delle riserve; solo per le prime vale il limite massimo complessivo sopra indicato, mentre per le altre detta limitazione beninteso non sussiste.

“ **Riserve o non riserve nell'accordo bonario** ”

La questione presenta peraltro un non secondario spunto interpretativo nella misura in cui, pur non dovuto, l'operatore abbia iscritto riserva per far valere pretese che non contemplano il suddetto obbligo e la procedura di accordo bonario si trovi ad esaminare il relativo intero monte riserve: il punto è se il predetto valore massimo delle pretese in tal modo riconoscibili vada, ovvero possa essere, calcolato al netto delle entità economiche corrispondenti alle richieste non riconducibili al regime delle riserve, oppure al lordo delle stesse. Posto che si intenda procedere al netto delle entità escluse, l'ulteriore interrogativo si pone in relazione alle procedure di accordo bonario in corso, o anche tuttora da avviare, ma relative a contratti affidati in base a normative precedenti al d.lgs. 36 del 2023.

“ **Diritto transitorio** ”

Prevede al riguardo il secondo comma dell'articolo 226 *che per le procedure di accordo bonario di cui agli articoli 210 e 211, di transazione e di*

*arbitrato, le procedure relative a controversie aventi a oggetto contratti pubblici, per i quali i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia, ovvero, in caso di mancanza di pubblicazione di bandi o avvisi, gli avvisi a presentare le offerte siano stati inviati prima della suddetta data, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016.*

In questo senso l'applicazione ai procedimenti in corso sarebbe esclusa per la parte innovativa dell'elencazione recata dall'allegato II.14, articolo 7, comma 2, non potendosi per la parte confermativa di letture giurisprudenziali già rese, ad esempio quella per cui non necessita dell'iscrizione di riserva il riconoscimento dei corrispettivi dovuti per legge, applicare un regime giuridico peggiorativo.

# Project management e settore pubblico (parte 4<sup>^</sup>)

## Il ciclo di vita del progetto nel codice appalti (1a)

Pier Luigi Guida

IL  
PUN  
TO

### Premessa

Una delle modifiche più sensibili alla nuova edizione del codice degli appalti (D.lgs. 36/2023), in termini generali di project management, è stata l'abolizione di una delle cosiddette fasi del progetto ovvero di quella che nella precedente edizione del codice era denominata come progetto definitivo. Un progetto, come si è avuto già modo di commentare su queste colonne, è un'impresa temporanea ed unica costituita da un insieme di attività e processi, aventi il fine di realizzare uno o più obiettivi. Ciò

in termini di project management, ovvero della disciplina che si pone alla base di tali interventi, si distingue chiaramente dalla progettazione ovvero attività del "progetto tecnico"; termine che si dovrebbe adottare per distinguerlo da quello più generale di progetto organizzativo e gestionale. La progettazione, ad esempio tipica di ingegneria, architettura, altre discipline etc., è infatti distinta dal concetto più generale del progetto, quale insieme di attività e processi gestionali, che pianificano, dirigono e controllano le stesse attività tecniche.

Nella nostra lingua purtroppo i due termini coincidono, e quali sinonimi bisogna stare attenti a usarli e interpretarli bene. Ciò che invece non accade in lingua anglosassone, dove il termine *project* si riferisce al concetto più generale di progetto gestionale, nella sua più ampia accezione e che interessa il *project management*, mentre il termine *design* si riferisce al progetto di natura tecnica vera e propria, cioè ad attività e prodotti della progettazione. Guai in pratica in quella lingua a non fare distinzione dei termini, e tradurre impropriamente il nostro progetto tecnico o gli elaborati di progettazione con *project*! Peraltro entrambi i termini derivano dal latino, il primo *project*, da *pro iacere*, da cui lanciare avanti o proiettare, e quindi nel tardo latino passato significare anche erigere edifici; il secondo da *signum* da cui "disegnare", cioè il nostro disegno propriamente detto, ovvero la rappresentazione con segni convenzionali o di un modello dell'opera da realizzare, nonché le tavole grafiche, relazioni tecniche etc., che oggi richiamano spesso i termini CAD e BIM<sup>1</sup>. Peraltro il termine *design* lo conserviamo nel nostro lessico per quel settore più creativo e artistico di più singolari attività (come il design industriale, gli oggetti di arredo, ecc.), mentre sempre in anglosassone resta concetto più generale, che comprende tutti gli aspetti della progettazione, ovvero la concezione e il modello di quanto si dovrà realizzare, dagli edifici agli oggetti ornamentali<sup>2</sup>. Da cui per concludere si ha il designer, in termini di disegnatore, progettista o nostro più artistico architetto e designer di moda: mentre si definisce *project manager* il responsabile del più generale progetto.

Per le grandi opere come le opere pubbliche o simili, è noto come la progettazione richiedi a sua volta numerosi tipi di attività, specializzazioni e discipline, e numerosi individui, progettisti, disegnatori e tecnici, fino alle centinaia se non migliaia, che dovranno essere tutti coordinati, integrati e gestiti per la produzione dei progetti tecnici e quindi per la realizzazione in generale dell'opera attraverso le successive fasi e altre attività di costruzione, verifiche, collaudi ecc. In particolare dalla fase di progettazione si passerà nella fattispecie come tutti sanno a quella, egregiamente definita dallo stesso codice, come esecuzione, che peraltro sottende

in particolare la vera e propria "costruzione", che più propriamente afferisce alle responsabilità più dirette dell'appaltatore, salvo che essere verificata e controllata in corso opera dalla direzione lavori, direzione di esecuzione del contratto e così via. Per cui si dovrebbe fare attenzione nei casi in cui lo stesso codice usi il termine "progetto" con diverso significato, come fase di progetto, sinonimo di appalto o ad esempio, propriamente, come intervento divisibile in più lotti.

In questo quadro tre sono i concetti fondamentali che emergono e che ci aiutano a comprendere cosa sia e debba costituire in generale materia del *project management*:

- l'impostazione e la pianificazione del progetto, in termini gestionali ed organizzativi e che riguarda tutto ciò che è necessario fare per realizzare l'opera o l'oggetto di contratto;
- la distinzione in un progetto fra la gestione e direzione, di più alto livello, e la costruzione, di livello più operativo in senso stretto;
- la necessità di organizzare e gestire l'intero progetto nel modo migliore e più consono alle espresse esigenze, i requisiti e relativa realizzazione.

### 1. Il ciclo di vita di progetto

Il *project management*, oltre a chiarire "chi fa cosa", dà un senso generale e un approccio metodologico a questi concetti e a tutta questa impostazione del lavoro. In tale quadro, uno dei concetti primari della materia è quello di definire sin dall'inizio e bene il cosiddetto ciclo di vita del progetto, ovvero l'ossatura, su base temporale, su cui il medesimo dovrà svolgersi per essere portato a termine con successo, oltre che nella mutua soddisfazione degli stakeholder, e nella fattispecie stazione appaltante e appaltatore.

Il ciclo di vita definisce nella sostanza il piano su base temporale del progetto e la sua più analitica scomposizione in fasi, momenti o punti intermedi di controllo (*gate*), obiettivi intermedi (*target*), traguardi (*milestone*), stati di avanzamento lavori (SAL) e altri vincoli e condizioni, dal cui rispetto si potrà garantire la conduzione e quindi

1. CAD: Computer Aided Design (appunto) e BIM: Building Information Modelling, cioè metodi e tecniche assistiti dal computer e in generale processi e sistemi digitali.

2. Peraltro per disegnare o semplicemente tracciare linee da disegno, si usa in inglese "to draw" e "drawing".

il conseguimento degli obiettivi finali dello stesso progetto. Il ciclo di vita rappresenta inoltre il riferimento attraverso cui si pianificano, si controllano e si svolgono tutte le attività di un progetto, che per non essere un'opera (solo) creativa, richiederà un certo livello di precisione e di dettaglio.

Alcuni dei termini citati sono tipici del gergo: ad esempio gate (letteralmente "cancello") designa un momento decisivo di controllo per il passaggio da una fase alla successiva, per cui anche "kill gate", come dicono gli americani, quando da quel controllo si potrà decidere se inoltrarsi in fase successiva o terminare (letteralmente uccidere) il progetto. Ad esempio il caso della pandemia del Covid ci ha evidenziato fra gli articoli di giornale il tipico ciclo di vita del progetto di un vaccino o di altro farmaco, pure basato su un riconosciuto modello con fasi sequenziali, analogo come vedremo al codice degli appalti, e secondo i requisiti rigidamente imposti da quelle agenzie di controllo a livello europeo e nazionale (fasi di ricerca, sperimentazione in laboratorio su cavie, sperimentazione clinica, prima fase con un numero limitato di soggetti, poi decine di migliaia ecc.); per cui spesso se un progetto di nuovo farmaco non supera con esito positivo una fase, il progetto si cancella.

Il ciclo di vita in tutti i settori è in altri termini un fondamentale modello di riferimento di come andrà la cosiddetta "vita del progetto", dal suo inizio alla fine.

Per tale motivo, il codice degli appalti, che da tempo pone un tale concetto fra i punti cardine per la gestione del contratto, è allineato a questi principi, avendo fatto evolvere nel tempo lo stesso modello, che rappresenta, almeno a livello più alto, un riferimento in termini essenziali nonché operativi di tutto il procedimento o iter progettuale. Per la verità lo stesso codice non definisce in modo esplicito il *ciclo di vita del progetto*, bensì il collegato ciclo di vita digitale dei contratti pubblici (art. 21), con naturale interpretazione e ottica "codicista", potendosi assumere una corrispondenza biunivoca fra i due termini (contratto e progetto), che in realtà non esplicita tutte le attività proprie della gestione progettuale in senso lato. Si pensi a tutte

le attività interne che la stazione appaltante deve svolgere, in aggiunta al vero e proprio contratto.

In particolare negli anni, il ciclo di vita del codice è stato oggetto di frequenti modifiche, talvolta apparentemente di carattere formale. Così l'abolizione del "progetto preliminare", e la sua "sostituzione" e introduzione del progetto di fattibilità tecnico-economica, o cosiddetto primo livello di progettazione; quindi l'abolizione come si è detto del progetto definitivo (secondo livello di progettazione) per giungere appunto al modello attuale, su due soli livelli, più oltre commentato. Si dovrebbe invero rilevare che il Codice, nel definire questi livelli di "progetto", usa termini in generale acquisiti nel lessico del project management; quando tuttavia gli stessi si intendano propriamente come "fasi gestionali" dell'intero progetto, e non già solo come produzione dei relativi elaborati o prodotti di progettazione; confondendo cioè, come spesso avviene nel linguaggio comune, il processo e le attività, con il prodotto compiuto, che comunque resta obiettivo essenziale del lavoro.

Saper realizzare il film, non è la pellicola che andiamo a vedere al cinema. Ma come detto, spesso non si dà purtroppo il giusto peso e significato ai termini, e si sottovalutano ad esempio le attività di natura organizzativa e gestionale da compiere, per realizzare l'oggetto o res del contratto, e si corre il rischio di non dare a le risorse necessarie al lavoro, alle capacità e alle competenze di natura gestionale<sup>3</sup>.

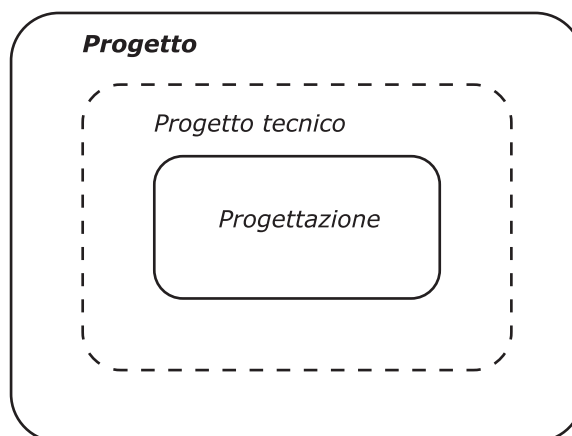


Figura 1 - Concetti di progetto e progettazione

3. In fondo non vorremmo essere qualunquisti nel dire che le difficoltà che oggi incontra il nostro Paese dinanzi la sfida del PNRR risentano più di quest'ultimo carattere che di pure capacità tecniche.

La figura 1 cerca di esprimere questi concetti.

In particolare, un progetto può essere quindi un "progetto di progettazione", quando l'oggetto da compiere è il vero e proprio complesso di elaborati e modelli necessari quali riferimento di costruzione dell'opera, e questo debba essere composto di una o di più *fasi di progettazione*, in cui dev'essere opportunamente suddiviso l'insieme del lavoro. Secondo il buon principio del "*divide et impera*", avvicinarsi cioè alla soluzione finale attraverso momenti di specificazione progressiva.

È naturale ad esempio come una società o studio di progettazione avranno per missione quella di compiere progetti, oltre che assisterli in fase di costruzione; mentre per una stazione appaltante (pubblica o privata) la progettazione non può che costituire a sua volta una fase dell'intero processo, il cui contenuto è l'esecuzione di un "servizio" (peraltro in termini, a noi non graditi, quasi riduttivi nel lessico del codice). Servizio che infatti può comprendere ben altre e diverse attività, più di quanto lo stesso termine possa semplicemente rappresentare.

Quando tratta di progettazione, la natura e l'oggetto o ambito principale del progetto, con dizione inglese la stessa attività si definisce, con comprensibile allocuzione, "*design management*", e con design manager il rispettivo responsabile; termine che sempre più spesso appare anche nel nostro paese. Talvolta questo si usa anche per indicare il cosiddetto progettista "integratore" o di sistema, avente appunto il compito di integrare e coordinare più discipline tecniche, e al quale si debbano richiedere sia competenze di estrazione tecnica, sia di fatto anche competenze gestionali, quindi di project management<sup>4</sup>. In effetti figure di designer manager possono incontrarsi in vario modo nelle maggiori organizzazioni e specie nei progetti definibili più complessi, anche se quest'ultimo concetto (complessità) è del tutto relativo.

Si può dunque avere il design manager quale definizione di ruolo alternativo a quella di project manager, o come ruolo aggiuntivo a quello di

project manager, ovvero di intermediazione fra responsabilità gestionali dell'intero progetto, e quelle di progettazione, specie di carattere multidisciplinare. In altri casi, come in un progetto di appalto, il designer manager potrà essere ad esempio un ruolo ricoperto da soggetto esterno o dall'appaltatore, tale da rispondere ad esempio al project manager o RUP (responsabile unico del progetto intero), nonché qualificarsi egli o ella stessa come project manager all'interno dell'organizzazione dello stesso appaltatore<sup>5</sup>. In altri casi può corrispondere al ruolo che in certi ambiti e settori si definisce anche "*project engineer*".

Pertanto, al fine di comprendere come il ciclo di vita si attagli all'organizzazione, si dovrà necessariamente scendere più in dettaglio nei diversi casi, per comprendere cioè, come sempre, ruoli e funzioni, chi fa che cosa e relative responsabilità. Come si vede non è sempre anglofilia che ci porta a dover introdurre ogni tanto termini anglosassoni, quanto l'opportunità di rifarsi a concetti e modelli organizzativi nei paesi in cui sono stati per primi introdotti, o almeno formalizzati, e quindi diffusi sul mercato internazionale, con cui molte delle nostre imprese già lavorano, o prima o poi devono interagire e confrontarsi.

## 2. Il ciclo di vita del progetto nel codice degli appalti

Nel vigente codice degli appalti l'espressione ciclo di vita del progetto (già procedimento) come detto non appare esplicitamente riportata, anche se abbastanza chiaramente si evince, sia con riferimento al ciclo di vita dei contratti, sia essendo dedicate alle singole fasi di progetto specifici articoli del codice<sup>6</sup>.

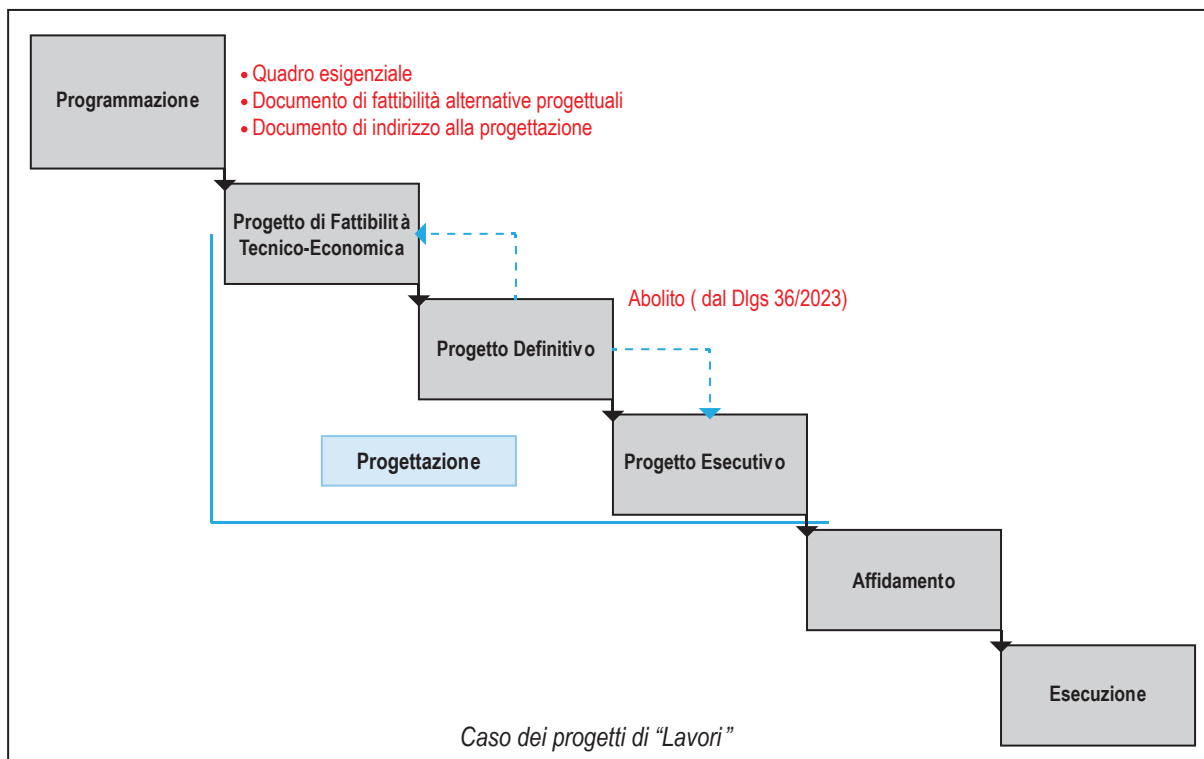
Nello stesso testo, il ciclo di vita in oggetto viene infatti convenzionalmente suddiviso nelle fasi di:

- programmazione
- progetto di fattibilità tecnica-economica
- progetto esecutivo
- affidamento
- esecuzione.

4. Competenze di disciplina e di organizzazione che non sono quindi da confondere con quelle esclusive di project manager.

5. Caso di progetto integrato, come oltre richiamato

6. In particolare art 41 e altri.



**Figura 2** - Ciclo di vita del progetto secondo il Codice appalti. Nel caso di progetto integrato, l'affidamento a unico appaltatore delle fasi di progetto esecutivo e lavori di esecuzione avviene dopo il progetto di fattibilità tecnico-economico. Nel caso di servizi e fornitura è prevista una sola fase di progettazione.

Lo schema relativo è riportato in figura (Fig.2). Si osservi che in questo si omette per semplicità la fase di "pubblicazione", più tipica del processo procedimentale, o comunque qui concepita come integrata ad esempio nell'affidamento. Inoltre nel caso di progetto integrato<sup>7</sup>, lo stesso affidamento, qui in generale rilevato appunto come fase, per l'importanza amministrativa, la durata e il "peso" relativo specie dei maggiori contratti, si deve anticipare nel suddetto schema a prima del progetto esecutivo, dovendosi affidare qui all'appaltatore prescelto sia il progetto esecutivo che i lavori di esecuzione.

Lo stesso schema in figura appare inoltre semplificato non avendo indicato in modo esplicito pure le attività di affidamento dei servizi di progettazione, allorché commissionati all'esterno,

e che si possono quindi comprendere nelle rispettive fasi.

Si osservi che la definizione del ciclo di vita di un progetto, e in particolare le denominazioni delle singole fasi, può essere convenzionale, salvo che rappresentare un modello soggetto a ulteriori dettagli, esplicitazione dei contenuti e interpretazioni proprie del settore o della realtà aziendale in cui si operi. In generale, a parte le linee del codice in parola e altri requisiti dettati dal committente in capitolato, anche in contrattualistica privata o nel mercato internazionale, la sua ulteriore specificazione è compito di norma del project manager, che unitamente ad altre attività avrà il compito di adattarlo e di personalizzarlo allo specifico intervento, cioè fare come si dice "tailoring"<sup>8</sup>

7. Art. 44, cioè ove l'appaltatore sia affidatario di contratto sia del progetto esecutivo che di quello di esecuzione.

8. Espressione che deriva da "tailor", sarto, che richiama tutte le attività che il project manager deve operare quasi in modo sartoriale per il progetto specifico.



La fase di "programmazione di progetto", meglio invero ora specificata che nell'edizione precedente del codice, si deve in altri termini interpretare come l'insieme del lavoro, quali atti, documenti e altre attività di progetto, di natura preparatoria e sostanziale, necessari a costituire le basi – si potrebbero dire porre solide fondamenta – perché il progetto possa essere positivamente impostato, avviato e compiuto nelle fasi successive.

In parallelo ad altri standard di project management, può essere definita in generale anche fase di "avvio".

La programmazione di progetto non è peraltro da confondersi con la programmazione, anche e più esplicitamente definita nel codice, di carattere più generale, richiesta alla stessa stazione appaltante, e nella fattispecie denominata "programmazione triennale", in cui cioè si definiscono l'insieme degli appalti, lavori e servizi che si prevede di attivare nel rispettivo triennio. Per cui si potrebbe comprendere la programmazione di progetto su indicata come parte o componente di quella triennale, quando ne occorrono le condizioni.

Nella programmazione di progetto come si riporta in figura, devono essere in particolare prodotti i documenti fondamentali indicati quali:

- quadro esigenziale
- documento di fattibilità delle alternative progettuali (ove ritenuto opportuno)
- documento di indirizzo alla progettazione.

Quest'ultimo in particolare deve porre le basi a tutta la seguente pianificazione e attività di progetto, sia di natura gestionale che tecnica.

La programmazione di progetto rappresenta cioè una fase nel cui momento di inizio un determinato progetto prende vita, risulta formalmente approvato dall'ente promotore e/o finanziatore, il finanziamento ne è garantito (secondo atti e procedure previste), e il RUP ne risulta nominato. Inoltre è questa una fase in cui sia possibile rilevare con certezza l'inizio o la "data di nascita" del progetto, come possibilmente iscrivere sulla sua carta d'identità, come ciascuno di noi la trova sul proprio documento.

Identificare con certezza operativa la data di inizio di un progetto, in termini di project management è fondamentale, perché ad esempio nell'industria significa che da tale momento la responsabilità di gestirlo passa al project manager, nonché al

relativo *sponsor*, come si definisce in metodologia la persona o l'entità organizzativa a cui riporta lo stesso project manager, e a cui si affida la responsabilità direzionale o strategica di più alto livello dell'intervento.

Talvolta nei corsi rivolti a personale dell'amministrazione pubblica ci permettiamo di chiedere: "Quando è iniziato il vostro progetto?", ma la risposta non sempre appare immediata. In particolare si può far coincidere tale data con quella di nomina del RUP o l'acquisizione del cosiddetto CUP (codice unico di progetto), ma possono esserci altre convenzioni. La rilevanza è che da quel momento si deve anche stabilire la durata e quindi la data di fine progetto; e dallo stesso momento i suoi responsabili dovranno tener conto del tempo, quindi della durata a finire, e purtroppo degli eventuali ritardi.

Nell'industria delle imprese che operano come si dice a commessa, l'inizio del progetto può ad esempio stabilirsi con la data di apertura nel sistema contabile del conto di commessa, per cui dallo stesso momento il project manager è autorizzato a sostenere spese, addebitare costi, i membri di progetto imputare le proprie ore di lavoro ecc., nell'ipotesi l'azienda abbia un idoneo sistema di contabilità industriale.

La stessa data potrebbe essere anche posteriore alla data amministrativa del contratto originale, acquisito dalla direzione commerciale, ivi compresa la data del termine contrattuale. Dal punto di vista del project management (o manager) è quindi importante che da tale momento abbiano o possano aver luogo anche altre attività operative del progetto, in quanto eventuali o ulteriori tempi o ritardi amministrativi, comunque da contemplarsi nel piano, non potranno che pesare sulla tempistica.

Ciò illumina di ulteriore luce la differenza fra il progetto di stazione appaltante e il contratto con un appaltatore, che può avere tutt'altro significato e costituire invece progetto (o fase di progetto) per quest'ultimo.

Quindi, se un progetto deve avere ha una propria data di inizio e una di fine, rispettive date di inizio e di fine devono averle tutte le fasi che lo compongono, non potendo esserci in principio periodi di buco o gap temporali fra una fase e la successiva. Un tale modello di ciclo di vita più semplice e standard, come appunto in generale quello da codice degli appalti, è il cosiddetto modello di tipo lineare,

sequenziale o a cascata ("waterfall")<sup>9</sup>. In tal modo, tutte le fasi sono consecutive e l'inizio di una fase successiva coincide con la fine della fase che precede.

Le prassi di project management prevedono altri modelli di cicli di vita, software ecc., ma al momento non sono qui oggetto di approfondimento.

Perché, ci si potrebbe chiedere, un ciclo di vita e la necessità di organizzarne il lavoro in fasi o periodi più limitati di tempo? La questione è banale, anche se talvolta non ha la dovuta attenzione. Ciò avviene in tutti i casi di vita, così come nei sistemi socio-tecnici, in cui si distinguono convenzionalmente diverse fasi o periodi, e ognuno è caratterizzato da certe proprietà, attività da svolgere ecc. Ma nel project management un modello di ciclo di vita rappresenta anche il primo e fondamentale modo per controllarne il *rischio*.

Quale cliente o sponsor si sentirebbe di affidare in fase unica un lavoro pluriennale o che abbia lunga durata? Con tutto il relativo budget, e senza ulteriori punti di controllo e verifiche intermedi?

Nel caso infatti non si definisca o si pianifichi a dovere il ciclo di vita di un progetto, può significare ineluttabilmente non poterlo gestire o controllare bene in corso d'opera; in una frase, aumentarne il rischio (quando va bene), e chiuderlo anzitempo, senza successo o con gravi ritardi (quando va male).

Poiché il progetto non rilascia l'opera o il prodotto tutto alla fine, nel corso di ciascuna fase del ciclo e in particolare al termine della stessa, il progetto dovrà rilasciare prodotti intermedi, in generale detti deliverable, che rappresentano le consegne parziali del progetto, sino alla consegna del deliverable o prodotto finale. Dato un certo tipo di ciclo di vita, è perciò compito del project manager personalizzarlo ulteriormente, per le esigenze del singolo progetto o contratto.

Con lo stesso criterio di controllo di cui sopra, è intuitivo per esempio suddividere una fase in più *sotto-fasi*. secondo le esigenze, le criticità e il lavoro da compiere; per cui ciascuna sotto-fase sarà a sua volta caratterizzata da specifiche

attività e quindi consegne o relativi deliverable. Inoltre è prassi indicare sui programmi di progetto, i cosiddetti Gantt o cronogrammi, le cosiddette *milestone*, altro nome di origine latina (pietre miliari), coincidenti con particolari punti di controllo o di altri eventi significativi di progetto, quali ad esempio: la fine di una certa fase o sotto fase, la consegna di un determinato deliverable, la verifica di una certa condizione, un collaudo e simili. Si ricordi che con deliverable si designano sia componenti del servizio o parti d'opera in costruzione, sia documenti gestionali, cioè propri del project management, come un piano e simili.

Dati certi punti chiave, in cui stazione appaltante e fornitore devono incontrarsi, è peraltro possibile intuire come per un certo progetto potranno figurare, anche in modo diverso, milestone e dettagli sul cronoprogramma dell'appaltatore, rispetto a quello contrattuale proprio della stazione appaltante; nel primo ci potrebbero essere certi dettagli e inoltre certi dettagli che la seconda non ha interesse di vedere; dovendo comunque i due programmi convergere in determinati punti di controllo. Una milestone comune può essere ad esempio costituita dalla data di un SAL, in cui alla stazione appaltante si richiede di riconoscere il lavoro maturato e quindi rilasciare i pagamenti dovuti, anche in base a quanto previsto in contratto.

Si intuisce che non esistono regole generali per definire sotto-fasi e milestone, essendo questo un compito quanto mai importante che solo l'esperienza, le analisi tecniche e le condizioni di rischio potranno risolvere da parte del project manager, dell'impresa e di tutti coloro che dovranno prestare la propria collaborazione alla pianificazione del progetto.

In definitiva, sebbene il modello di ciclo di vita del codice possa rappresentare una struttura vincolante, nulla vieta che secondo buone prassi di project management lo si debba specializzare secondo ulteriori livelli di dettaglio, quanto ciò si reputi necessario ed opportuno per la gestione più efficace e trasparente del progetto.

Riteniamo che questo non sempre sia un aspetto ancora trattato a dovere, o almeno con l'attenzione che merita.

9. Waterfall o "a cascata", così definito in analogia alle cascate delle ville rinascimentali, aventi tratti di condotta in leggera pendenza per cui l'acqua dopo aver fluito su di un tratto si versa su quello successivo.

Il ciclo di vita del progetto è quindi la base rispetto a cui vengono elaborati i cronoprogrammi richiesti nelle diverse fasi del progetto e quindi, con i requisiti indicati, dall'appaltatore, con metodologia di successiva approssimazione e in tutti i casi lo richiede la eventuale ripianificazione del progetto.

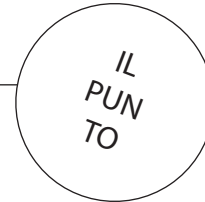
Il codice degli appalti, oltre a definire il modello del ciclo di vita suesposto, declina gli ulteriori contenuti di attività e deliverable specifici delle singole fasi, in modo da dare linee guida standard e vincoli di contenuti minimi per l'esecuzione del contratto.

Sempre in ottica generale, detti contenuti non possono che rappresentare punti di carattere generale da rispettare, valendo in ogni caso le condizioni e i requisiti di maggior dettaglio, da specificare in modo opportuno nei documenti di progetto (già elaborati in fase di programmazione), quali ulteriori vincoli contrattuali e di capitolato speciale.

In una parte seguente dell'articolo, ci proponiamo di concludere la discussione su altre fasi e considerazioni in argomento.

# Dietro “le quinte” dell’obbligo di suddivisione in lotti.

di Giuseppe Totino



## 1. La suddivisione in lotti tra vecchio e nuovo codice

### Premesse

Andare ad indagare quali siano le novità del nuovo Codice in tema di suddivisione in lotto rappresenta un esercizio indispensabile per comprendere non solo quale possa essere il nuovo assetto normativo ma anche quali siano stati gli equilibri che hanno conformato la genesi del nuovo apparato normativo col quale è necessario confrontarci.

Dalla lettura della Relazione di accompagnamento al nuovo Codice emergono ampie riflessioni occorse tra gli insigni giuristi componenti le varie sottocommissioni che si sono occupate della stesura della prima bozza del Codice, sia in ordine agli aspetti più strettamente legati all’operatività, sia in ordine a profili di respiro più generale.

Non sono mancate – a quanto è parso dalla lettura della Relazione – accese diatribe, il cui esito ha condotto ad una lettera normativa non particolarmente perspicua e, in alcuni casi, volutamente vaga.

Il presente contributo mira a rappresentare un breve excursus di alcune delle novità del nuovo tessuto ordinamentale.

L’art. 30, comma 1, del precedente Codice dei contratti D.lgs. 50/2016, analogamente a quanto era previsto dall’art. 2 del d.lgs. 163/2006, oltre ad indicare che le procedure d’affidamento e l’esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni debbano garantire la qualità delle prestazioni, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza (principi ispirati alla tutela della pubblica amministrazione per il controllo in termini di efficienza ed efficacia delle risorse pubbliche), specificava altresì che le stazioni appaltanti debbano rispettare i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità nonché di pubblicità (principi ispirati alla tutela delle imprese concorrenti e del corretto funzionamento del mercato).

Queste le due anime, entrambe protese verso il comune denominatore della tutela dell’interesse pubblico, sembrano essere state confermate da quanto stabilito dall’articolo 3 del Nuovo Codice, secondo cui “*le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l’accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione,*

di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità", dovendo contemperare, l'esigenza di garantire altresì – secondo il nuovo principio di risultato di cui all'articolo 1 del Nuovo Codice – il perseguimento della massima tempestività e del migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, nella realizzazione dell'opera pubblica.

Uno degli strumenti di concreta attuazione dei principi anzi espressi e condivisi dal Nuovo Codice è la suddivisione in lotti degli appalti di maggiori dimensioni.

“ **Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità** ”

D'altro canto, come qualsiasi scelta della pubblica amministrazione, anche la suddivisione in lotti di un contratto pubblico si presta ad essere sindacata in sede giurisdizionale amministrativa: e ciò ancorché l'incontestabile ampiezza del margine di valutazione attribuito all'amministrazione in questo ambito conduca per converso a confinare questo sindacato nei noti limiti rappresentati dai canoni generali dell'agire amministrativo, ovvero della ragionevolezza e della proporzionalità (cfr. sul punto, con riguardo alla suddivisione in lotti: Cons. Stato, III, 23 gennaio 2017, n. 272), oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria; non mancando conseguentemente interpretazioni divergenti che, solo di recente, hanno mostrato invece di tracciare un orientamento condiviso.

Come avremo modo di intuire dall'esegesi della Relazione di accompagnamento, il punto di approdo ermeneutico del Nuovo Codice, sembra rinvenirsi nella circoscrizione del grado di discrezionalità anzi citato, sempre meno esteso rispetto anche in ragione della giurisprudenza che si è formata sul punto e che pare abbia conformato la *voluntas* del legislatore.

## 2. La normativa vigente

L'art. 3, lett. s), t), e u) dell'Allegato I.1 al nuovo Codice dei contratti definisce come segue le diverse tipologie di lotti:

s) «lotto funzionale», uno specifico oggetto di appalto o concessione da aggiudicare anche con separata e autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti;

t) «lotto prestazionale», uno specifico oggetto di appalto o concessione da aggiudicare anche con separata e autonoma procedura, definito su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto;

u) «lotto quantitativo», uno specifico oggetto di appalto o concessione funzionalmente autonomo da aggiudicare anche con separata e autonoma procedura, definito su base meramente quantitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto adeguato alla capacità economico-finanziaria delle medie e piccole imprese”.

Il comma 1 dell'articolo 58, stabilisce che i suddetti criteri di suddivisione si prefiggono lo scopo di "garantire la effettiva partecipazione delle micro, delle piccole e delle medie imprese".

Il medesimo comma indica, inoltre, l'ulteriore criterio della prossimità, quale aspetto da tenere in riguardo per la corretta suddivisione in lotti. A tal riguardo, la Relazione di accompagnamento al Codice sottolinea come detto profilo debba essere preso in considerazione esclusivamente per gli appalti sottosoglia, relegando questo elemento discrezionale ad appalti di minore rilevanza.

Il comma secondo, coerentemente con l'assunto principale, stabilisce quindi che "nel bando o nell'avviso di indizione della gara le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti tenendo conto dei principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese".

“ **Nel bando o nell’avviso di indizione della gara le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell’appalto in lotti tenendo conto dei principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l’effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese** ”

Le stazioni appaltanti, pertanto, dovranno sapientemente individuare le ragioni che hanno condotto la Stazione Appaltante a non suddividere in lotti un dato appalto.

La Relazione di accompagnamento a tal riguardo rammenta alcuni delle legittime motivazioni che possono consentire le Stazioni appaltanti di derogare all’obbligo generale imposto.

Sono motivazioni contemplabili:

- le esigenze connesse alla funzionalità organizzativa (e, in genere, alla funzionalità della prestazione contrattuale rispetto all’interesse pubblico ad essa sotteso), sia dalla convenienza economica per la stazione appaltante, normalmente favorita dalla soluzione “aggregante” (sia pure non considerata in assoluto);
- le valutazioni di carattere tecnico economico (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 5224/2017);
- altre decisioni valorizzano invece l’esigenza di “miglior **coordinamento delle prestazioni** e di semplificazione e riduzione dei costi di transazione” (Consiglio di Stato, sez. III, n. 1138/2018; nello stesso senso n. 5224/2017).

Alcune decisioni hanno ritenuto **inidonee** generiche esigenze di coordinamento (T.A.R. Milano, II, 2682/2019) o di semplificazione della procedura di gara anche allo scopo di evitare il proliferare dei contenziosi (Consiglio di Stato, III, 861/2019).

Per converso, secondo la Relazione, il comma 2 indica come parametri legali dell’esercizio del potere discrezionale di **accorpamento**:

- le **esigenze di funzionalità, anche di natura organizzativa, connesse al contratto** e quelle legate al miglioramento (non solo quantitativo, ma anche qualitativo: affiancando all’obiettivo del contenimento quello del “value for money”, della spesa pubblica *sub specie* **economie di scala** come possibili motivazioni (astrattamente legittime) di accorpamento. Tale obiettivo deve essere – secondo un suggerimento degli economisti, che peraltro coincide con la corrispondente esigenza giuridica – richiesto ad un livello di plausibilità (e non ulteriore: **che sarebbe difficile se non impossibile dimostrare e verificare**);
- l’interesse all’efficiente svolgimento della prestazione contrattuale è un parametro da considerare (Consiglio di Stato, sez. III, n. 5224/2017);
- approccio contabilistico: secondo cui la mancata suddivisione sarebbe giustificata quando l’amministrazione dimostra “di aver conseguito una **economia di scala** rispetto all’opzione del frazionamento in lotti prestazionali” (Corte Conti, Sicilia, 21 ottobre 2019, n. 170), coerentemente con il “considerando” 2 della direttiva 2014/24/UE in realtà pone fra gli obiettivi un “uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici” e l’accrescimento dell’“efficienza della spesa pubblica”: quindi l’inserimento di tale parametro è assolutamente coerente.

Sul punto la normativa comunitaria si è mostrata assai cauta sul punto dal momento, sottolineando, al considerando 59, come “la tendenza delle stazioni appaltanti all’aggregazione della domanda da parte di committenti pubblici al fine di perseguire economie di scala e professionalità nella gestione degli appalti rischia di agevolare collusioni ed eccessiva concentrazione del potere di acquisto, limitando la trasparenza, la concorrenza e le possibilità di accesso al mercato per le imprese di dimensioni più ridotte, con grave nocimento al tessuto produttivo e all’interesse pubblico all’acquisizione delle migliori qualità e condizioni economiche di aggiudicazione dell’appalto”.

Sulla base di tale assunto, l’attuale normativa dispone, pertanto, che sia assunta una adeguata motivazione, laddove la Stazione Appaltante non intenda procedere alla suddivisione in lotti.

### 3. I limiti al numero dei lotti aggiudicabili e di partecipazione

Durante i lavori preparatori al Bando tipo n. 1, pubblicato da ANAC con Delibera n. 309 del 27 giugno 2022, si è inoltre ragionato in merito ai limiti imponibili ai partecipanti ad una gara suddivisa in lotti e sui limiti al numero dei lotti aggiudicabili.

La norma di riferimento, al comma 5 dell'articolo 58, stabilisce che *"La stazione appaltante può limitare il numero massimo di lotti per i quali è consentita l'aggiudicazione al medesimo concorrente per ragioni connesse alle caratteristiche della gara e all'efficienza della prestazione, oppure per ragioni inerenti al relativo mercato, anche a più concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile. Al ricorrere delle medesime condizioni e ove necessario in ragione dell'elevato numero atteso di concorrenti può essere limitato anche il numero di lotti per i quali è possibile partecipare."*

Anac, durante i lavori che hanno condotto alla stesura del bando tipo n. 1, nelle interlocuzioni con i vari organismi dello Stato con cui il confronto è stato intrattenuto, sul punto aveva osservato che *"È stata adottata un'interpretazione cumulativa delle clausole che consentono alle stazioni appaltanti di limitare l'aggiudicazione e la partecipazione nelle gare suddivise in lotti, nel senso che il limite di partecipazione non è più autonomo ma può essere imposto esclusivamente in aggiunta al limite di aggiudicazione e solo nel caso in cui ci si aspetti un rilevante numero di partecipanti."*

Un'interpretazione di tale foggia ha destato da più parti perplessità in ordine alla coerenza con dato normativo di rango comunitario, di cui anche il Nuovo Codice è attuazione interna nazionale.

A ben vedere, la Direttiva comunitaria al considerando n. 79 sottolinea che *"Se l'appalto è suddiviso in lotti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di **limitare il numero dei lotti per i quali un operatore economico può presentare un'offerta**, ad esempio allo scopo di salvaguardare la concorrenza o per garantire l'affidabilità dell'approvvigionamento; dovrebbero altresì avere la facoltà di limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a uno stesso offerente".* A tal riguardo l'art. 46, comma 2, della Direttiva prevede coerentemente che *"**le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara o nell'invito a***

***confermare interesse se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti"**.*

E' apparsa *ictu oculi* distonica, sotto il profilo ermeneutico, l'interpretazione fornita da ANAC per cui il limite di partecipazione sembra poter operare, solo in caso di un limite previsto anche all'aggiudicazione, contestualmente alla circostanza che sia apposto un limite al numero dei partecipanti, non trovando alcun appiglio europeo al riguardo.

A tal riguardo, secondo la Relazione di accompagnamento non vi erano particolari problemi interpretativi.

Essi sono funzionali ad aiutare in un'ottica di medio/lungo periodo a mantenere un mercato aperto e concorrenziale e sono rintracciabili in *"ragioni connesse alle caratteristiche della gara e all'efficienza della prestazione, oppure per ragioni inerenti al relativo mercato"*.

Secondo la Relazione, si è ritenuto necessario prestare attenzione al disegno di gara, anche in rapporto al contesto di mercato, in particolare rispetto al criterio di priorità utilizzato per definire a quali imprese vadano quali lotti, tenendo presente che il criterio simultaneo è il criterio tipicamente ottimale ma di più difficile gestione rispetto al criterio sequenziale, consigliabile soprattutto se il numero di lotti è elevato o se i lotti sono asimmetrici; nella consapevolezza della difficoltà di codificare una regola astratta sul punto, la formula normativa sul punto mantiene l'unico richiamo al carattere non discriminatorio del criterio di selezione.

“ **Se l'appalto è suddiviso in lotti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di limitare il numero dei lotti per i quali un operatore economico può presentare un'offerta, ad esempio allo scopo di salvaguardare la concorrenza o per garantire l'affidabilità dell'approvvigionamento; dovrebbero altresì avere la facoltà di limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a uno stesso offerente** ”

Avendo, pertanto, ricevuto da più parti perplessità rispetto alla interpretazione propugnata, ANAC è stata indotta a scendere a miti consigli, dovendo sul punto rappresentare nella propria relazione a corredo della pubblicazione del bando tipo n. 1, sottolineare quanto segue: *“Con riferimento alle clausole che consentono alle stazioni appaltanti di limitare l’aggiudicazione e la partecipazione nelle gare suddivise in lotti, nel documento di consultazione è stata data un’interpretazione che rendeva il limite di partecipazione non più autonomo ma da imporre esclusivamente in aggiunta al limite di aggiudicazione. La soluzione proposta è stata condivisa solo in parte. È stato, per lo più, osservato, che è più aderente al testo della direttiva consentire l’applicazione separata delle limitazioni sopra indicate. Tali osservazioni sono state condivise ed è stato aggiornato il testo del bando disgiungendo i vincoli”*.

A tal riguardo, a parere di chi scrive, il dato letterale della norma, già si prestava di per sé ad una diversa lettura rispetto a quella postulata da ANAC, ove sia correttamente valorizzato il significato della congiunzione “e” – presente tra *“al ricorrere delle medesime condizioni”* e *“ove necessario in ragione dell’elevato numero atteso di concorrenti”* – non già nel senso indicato da ANAC, come congiunzione che regga una preposizione *“aggiuntiva”* (cit. Treccani *“le proposizioni aggiuntive sono → proposizioni subordinate che aggiungono un’informazione ulteriore rispetto a quanto espresso nella proposizione reggente”*), la quale giustificerebbe l’interpretazione per cui le due suddette circostanze debbano sovrapporsi in via di dipendenza per consentire legittimamente il ricorso all’apposizione del limite alla partecipazione, ma come una congiunzione di natura *“copulativa”* (cit. Treccani: *Le congiunzioni copulative sono le congiunzioni che collegano due elementi o due proposizioni, di contenuto affermativo o negativo, in modo tale che risultino sommate tra loro*) che consentirebbe di conferire al dettato normativo una interpretazione per la quale si possano contemplare due distinte, alternative e parallele ipotesi legittimanti l’esercizio di tale potere, così disgiungendo le ipotesi in cui è possibile apporre un limite alla partecipazione: allorquando ricorrano i presupposti e condizioni previsti dalla norma e anche quando ci si aspetta un elevato numero di concorrenti.

#### 4. Conclusioni

In linea di massima, la matrice volta a stimolare la concorrenza, sia attraverso la massima partecipazione possibile alle gare sia anche garantendo una più elevata possibilità che le imprese di piccole e medie dimensioni possano risultare aggiudicatarie, caratterizza tutta la normativa europea in materia di appalti pubblici e, di conseguenza, il nuovo codice nazionale degli appalti pubblici e delle concessioni, così come i codici precedenti.

D’altro canto il <considerando> n. 78 della direttiva 2014/24/UE, sottolinea come la scelta di non procedere alla suddivisione debba essere motivata adeguatamente ed evidenzia quindi che *“tali motivi potrebbero, per esempio, consistere nel fatto che l’amministrazione aggiudicatrice ritiene che tale suddivisione possa rischiare di limitare la concorrenza o di rendere l’esecuzione dell’appalto eccessivamente difficile dal punto di vista tecnico o troppo costosa, ovvero che l’esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell’appalto”*.

Pertanto, a livello europeo compare la tensione tra i due contrapposti obiettivi costituiti, da un lato, dalla finalità di garantire la partecipazione delle PMI alle gare d’appalto, con conseguente loro suddivisione in lotti di importo limitato, e, dall’altro, della finalità di garantire razionalizzazione e contenimento della spesa attraverso la centralizzazione e aggregazione delle gare medesime.

All’interno di questo crinale si insinua la discrezionalità dell’amministrazione appaltante, onerata di un congruo bilanciamento tra gli interessi contrapposti anzi decritti, cui deve fare da specchio una istruttoria e motivazione coerenti con la decisione adottata, i cui presupposti devono essere resi espressamente, attraverso analisi economiche sempre più accurate.

Sarà onere della singola amministrazione, pertanto, rendere immune da illogicità e manifeste incongruenze l’iter logico che ha condotto alla scelta di accorpate e pertanto non procedere alla suddivisione, in difetto, il bando di gara potrebbe essere partorito con un vizio di legittimità originario impugnabile dinanzi al G.A. direttamente, qualificandosi, tale vizio, come direttamente escludente di PMI che intendessero partecipare alla gara che di fatto limita l’accesso al mercato, in violazione dell’articolo 1 del nuovo Codice.



# Sotto-soglia: il principio di rotazione nel d.lgs. n. 36/2023 tra continuità e innovazione

di Paola Cartolano

IL  
PUN  
TO

## Premesse

Il **principio di rotazione degli affidamenti sotto-soglia comunitaria** non è di derivazione comunitaria ma è stato introdotto nel nostro ordinamento soprattutto a tutela delle micro, piccole e medie imprese così da garantire la più ampia concorrenza per gli affidamenti sotto-soglia.

Il principio di rotazione, regolando l'avvicinarsi dei concorrenti nella partecipazione ad una procedura di selezione sottosoglia comunitaria, rappresenta una garanzia per l'applicazione del principio di concorrenza e del *favor participationis* oltreché uno strumento di contrasto ai possibili fenomeni corruttivi e di creazione di posizioni dominanti in capo a una stessa platea di concorrenti.

Già il d.lgs. n. 50/2016 aveva enunciato detto principio pur non avendo dettato una completa definizione e disciplina circa la modalità di attuazione.

Facciamo riferimento all'**art. 36 del d.lgs. n. 50/2016**, dedicato proprio agli affidamenti sotto-soglia comunitaria.

La riforma in materia di appalti approvata con il d.lgs. 36/2023 (di seguito anche "**Nuovo Codice Appalti**") introduce alcune novità in materia di affidamenti pubblici, anche con riferimento ai cd. contratti sotto-soglia comunitaria.

Tra gli elementi di continuità rispetto alla precedente disciplina dei contratti sotto-soglia di cui al D.Lgs. n. 50/2016, benché con alcune novità applicative, abbiamo proprio il principio di rotazione degli affidamenti.

“ **Il principio di rotazione non è di derivazione comunitaria ma è stato introdotto nel nostro ordinamento per garantire la più ampia concorrenza per gli affidamenti sotto-soglia** ”

Il Nuovo Codice è entrato in vigore il 1<sup>o</sup> aprile 2023 con previsione di efficacia al 1<sup>o</sup> luglio 2023, data in cui sono stati abrogati il d.lgs. n. 50/2016, le linee guida adottate dall'ANAC sotto la sua vigenza e i vari regolamenti attuativi del precedente codice. A seguito dell'entrata in vigore del Nuovo Codice Appalti è a questo che occorre, dunque, far riferimento, ferma restando l'applicazione della precedente disciplina del d.lgs. n. 50/2016 per gli affidamenti ricadenti *ratione temporis* in conformità al periodo transitorio di cui al medesimo Nuovo Codice Appalti (art. 225).

Per la nuova disciplina del principio di rotazione facciamo riferimento all'**art. 49 del Nuovo Codice Appalti** il quale riguarderà, quindi, **le procedure di cui all'art. 50 avviate a partire dal 1<sup>o</sup> luglio 2023 per l'affidamento dei contratti sotto-soglia**.

Le procedure previste all'art. 50 del Nuovo Codice Appalti – a cui si rinvia per l'analisi di dettaglio - fanno riferimento, oltre all'affidamento diretto per importi inferiori a euro 140.000,00 per beni/servizi e inferiori a euro 150.000,00 per lavori, alle procedure negoziate senza bando, due per i lavori e una per servizi/forniture fino agli importi sotto-soglia.

Per una rapida individuazione dei contratti per i quali trova applicazione il principio di rotazione nell'ambito delle anzidette procedure dell'art. 50, si segnala altresì che ai sensi dell'**art. 14** del Nuovo Codice Appalti attualmente le soglie di rilevanza europea (periodicamente rideterminate con un provvedimento della Commissione europea) sono per i settori ordinari:

- euro 5.382.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;
- euro 140.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle stazioni appaltanti che sono autorità governative centrali;
- euro 215.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da stazioni appaltanti sub-centrali;
- euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e assimilati.

Per i settori speciali le soglie di rilevanza europea sono invece:

- euro 5.382.000 per gli appalti di lavori;
- euro 431.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;
- euro 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e assimilati.

“ **L'art. 49 del D.Lgs. 36/2023 troverà applicazione per le procedure di cui all'art. 50 avviate a partire dal 1<sup>o</sup> luglio 2023 per l'affidamento dei contratti sotto-soglia** ”

### 1. Il nuovo impianto codicistico

A differenza che del d.lgs. n. 50/2016, il Nuovo Codice Appalti – come vedremo nel prosieguo - dedica un intero articolo al principio di rotazione.

Come già rilevato in un precedente contributo<sup>1</sup>, accanto alla previsione codicistica dell'art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016 di mero richiamo al principio di rotazione, operavano anche le Linee Guida ANAC n. 4 (recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici") nonchè i rilievi e i principi affermati in ambito giurisprudenziale.

Nel Nuovo Codice Appalti il principio di rotazione è collocato nel Libro II (Dell'Appalto), Parte I (Dei contratti di importo inferiore alle soglie Europee) e più precisamente all'art. 49 rubricato appunto "Principio di rotazione degli affidamenti" che si applica a tutti i contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie indicate all'art. 14 del Nuovo Codice Appalti stesso.

Per comodità, di seguito si riporta il testo a fronte delle disposizioni di cui all'art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016 e dell'art. 49 del D.Lgs. n. 36/2023:

1. Articolo "Sul principio di rotazione nelle procedure sottosoglia", Rivista MediAppalti Anno XI n. 3

<p><b>D.Lgs. n. 50/2016 - Art. 36 (Contratti sotto-soglia)</b></p>	<p><b>D.Lgs. n. 36/2023 - Art. 49 (Principio di rotazione degli affidamenti)</b></p>
<p>1. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché <u>del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti</u> e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Le stazioni appaltanti applicano le disposizioni di cui all'articolo 50.</p> <p>2. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità:</p> <p>...</p> <p>b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, <u>nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti</u>. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;</p> <p>c) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, <u>nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti</u>, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;</p> <p>c-bis) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno quindici operatori economici, <u>nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti</u>, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;</p> <p>...</p>	<p>1. Gli affidamenti di cui alla presente Parte avvengono <u>nel rispetto del principio di rotazione</u>.</p> <p>2. <u>In applicazione del principio di rotazione</u> è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi.</p> <p>3. La stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico. In tale caso il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia, fatto salvo quanto previsto dai commi 4, 5 e 6.</p> <p>4. In casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto.</p> <p>5. Per i contratti affidati con le procedure di cui all'articolo 50, comma 1, lettere c), d) ed e), le stazioni appaltanti non applicano il principio di rotazione quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata.</p> <p>6. È comunque consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro.</p>

La prima novità che balza agli occhi consiste nel fatto che, a differenza dell'impianto del D.Lgs. n. 50/2016 in cui il principio di rotazione era solo enunciato all'art. 36 per trovare poi una disciplina di dettaglio nelle Linee Guida n. 4 dell'ANAC e nella giurisprudenza, **nel Nuovo Codice Appalti viene prevista direttamente all'art. 49 una puntuale disciplina dell'istituto.**

Giova qui osservare comunque che la disciplina contenuta nell'art. 49 è proprio di diretta derivazione rispetto agli arresti giurisprudenziali registratisi sotto la vigenza del D.Lgs. n. 50/2016 nonché degli indirizzi forniti dall'ANAC, benché come andremo a vedere con una portata in parte innovatrice.

“ **Il D.Lgs. 36/2003 dedica un intero articolo al principio di rotazione negli affidamenti sotto-soglia in parte in continuità in parte con innovazioni con la precedente disciplina** ”

**2. La disciplina dell'art. 49 del d.lgs. n. 36/2023**

Andando ad esaminare il testo dell'art. 49 del Nuovo Codice Appalti, il **primo comma** afferma l'obbligatorietà dell'applicazione del principio di rotazione nell'ambito degli affidamenti sotto-soglia comunitaria di lavori, servizi e forniture.

Il principio di rotazione assurge, dunque, a **principio generale degli affidamenti dei contratti sotto-soglia**, in attuazione dell'art. 1, comma 2, lettera e), della legge delega 21 giugno 2022, n. 78<sup>2</sup>.

Andando al fulcro della disciplina, il **secondo comma** dispone che in applicazione del principio di rotazione «è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al **contraente uscente nei casi**

***in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi***».

Si rileva qui la prima e più importante differenza rispetto alla disciplina sotto la vigenza del D.Lgs. n. 50/2016 in quanto il riferimento non è più ai tre anni solari indicato nelle Linee Guida n. 4 emanate dall'ANAC, ove si leggeva che «3.6 *Si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi. Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento. La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato ... In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, ...*».

Con la nuova disciplina dell'art. 49 del Nuovo Codice Appalti il divieto di affidamento di un appalto al contraente uscente (a qualunque titolo sia entrato, anche dopo l'aggiudicazione in una procedura aperta) vige nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto:

- una commessa nello stesso settore merceologico;
- la stessa categoria di opere;
- lo stesso settore di servizi.

Il contraente uscente per partecipare a una nuova procedura per l'affidamento della stessa commessa non deve, quindi, attendere che siano trascorsi tre

---

2. Art. 1, comma 2, lettera e), della legge delega 21 giugno 2022, n. 78 «e) semplificazione della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, nel rispetto dei principi di pubblicità, di trasparenza, di concorrenzialità, di rotazione, di non discriminazione, di proporzionalità, nonché di economicità, di efficacia e di imparzialità dei procedimenti e della specificità dei contratti nel settore dei beni culturali, nonché previsione del divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare, ai fini della selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate».

anni solari dall'ultimo affidamento ma deve "saltare un turno", per evitare due affidamenti consecutivi. Con riferimento alla nozione temporale, la nuova disciplina non pone, quindi, limiti in mesi o anni ma indica semplicemente che l'affidamento non deve essere immediatamente successivo a quello scaduto, così che il precedente contraente non può vedersi affidato un nuovo contratto che abbia ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi di quello scaduto.

“ **Con la nuova norma dell'art. 49 del D.Lgs. n. 36/2023 il contraente uscente non deve attendere che siano trascorsi tre anni solari dall'affidamento della precedente commessa ma "salta un turno"** ”

Un'altra novità che rileva rispetto alla disciplina precedente è che il principio di rotazione non si applica all' "invitato" ma solo al contraente.

Mentre le Linee Guida n. 4 dell'ANAC e la giurisprudenza sul punto avevano, infatti, fatto riferimento anche all' dell'operatore economico invitato benché non affidatario nel precedente affidamento, l'art. 49 del Nuovo Codice Appalti con una portata innovatrice ha eliminato il riferimento. Sul punto si evidenzia quanto indicato nella Relazione del Consiglio di Stato per il Nuovo Codice Appalti secondo cui «*in caso di procedura negoziata il principio di rotazione comporta il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto nei confronti del contraente uscente (comma 2). La rotazione si ha, quindi, solo a carico del soggetto che abbia conseguito la precedente aggiudicazione, escludendo, invece, dal divieto coloro che erano stati soltanto invitati alla precedente procedura negoziata, senza conseguire poi l'aggiudicazione ... Si è ritenuto di escludere la rotazione a carico del mero invitato, poiché in tale ipotesi la contrazione del principio concorrenziale non risulta in alcun modo giustificata dalla necessità di contenere asimmetrie informative a carico del precedente aggiudicatario*».

Prosegue l'art. 49 prevedendo – in continuità rispetto alla precedente disciplina – al **terzo comma** che ai fini della rotazione, la stazione

appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico e la rotazione si applica con riferimento a ciascuna fascia.

Sul fronte delle novità rispetto alle previsioni delle Linee Guida n. 4 dell'ANAC, l'art. 49 al **quarto comma** dispone che al ricorrere di determinati presupposti, la stazione appaltante può reinvitare il contraente uscente alla successiva procedura negoziata o essere individuato quale affidatario diretto in ragione

- della particolare struttura del mercato e
- della riscontrata effettiva assenza di alternative, nonché
- di accurata esecuzione del precedente contratto.

Come si legge nella Relazione Illustrativa al Nuovo Codice Appalti, la disposizione è innovativa solo nella parte in cui, a determinate condizioni, consente di reinvitare l'uscente alla successiva procedura negoziata mentre per quanto riguarda gli affidamenti diretti riproduce la disciplina delle Linee Guida n. 4 ANAC.

Con riferimento all'onere motivazionale in capo alla stazione appaltante per ricorrere a tale regima derogatorio per le procedure negoziate l'art. 49 del Nuovo Codice Appalti risulta sicuramente meno stringente rispetto alla previsione della Linee Guida n. 4 ANAC e delle pronunce giurisprudenziali intervenute sul punto secondo cui in capo alla stazione appaltante ricadeva "onere motivazionale più stringente"; nella disciplina del Nuovo Codice Appalti invece, come visto, l'indicazione fa riferimento solo ai "casi motivati".

Si segnala che la stessa Relazione Illustrativa sottolinea che «*ai fini della deroga al principio di rotazione, i requisiti previsti dal comma 4 dell'art. 49 debbano essere **concorrenti e non alternativi tra loro***».

Deve quindi trattarsi di ipotesi in cui il mercato di riferimento abbia contemporaneamente una particolare struttura, per il quale effettivamente si registra l'assenza di alternative e per il quale l'esecuzione del precedente contratto sia stata accurata.

In continuità rispetto alla precedente disciplina è anche il **quinto comma** dell'art. 49 secondo il quale il principio di rotazione può essere derogato nei casi in cui la stazione appaltante non ha posto limiti al numero di operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata.

Nella Relazione Illustrativa si legge a tale riguardo che «Una tale opzione ermeneutica, avallata dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. V, 24 maggio 2021, n. 3999), si giustifica in quanto in detta ipotesi non ricorre la ratio che caratterizza il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, il quale, in attuazione del principio di concorrenza, ha la finalità di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, esigenza che non viene in rilievo allorché la stazione appaltante decida di non introdurre alcun sbarramento al numero degli operatori da invitare alla procedura negoziata all'esito dell'indagine di mercato».

Quale norma di chiusura al regime derogatorio il successivo **sesto comma** dell'art. 49 prevede che per gli affidamenti diretti di importo inferiore a € 5.000,00 la stazione appaltante può derogare al principio di rotazione.

Con espresso riferimento all'importo di € 5.000,00, innalzato rispetto alle Linee Guida n. 4 ANAC in cui era previsto il limite di € 1.000,00, è sempre la Relazione Illustrativa a chiarire che «Si è ritenuto di confermare e, anzi, estendere, tale previsione, che favorisce la semplificazione e velocizzazione degli affidamenti di importo minimo, stabilendo che "è comunque consentito derogare alla rotazione per gli affidamenti di importo inferiore a 5.000 euro". In tal modo tale limite viene allineato a quello previsto dall'art. 1, comma 450 della l. n. 296 del 2006 per il ricorso obbligatorio al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero al sistema telematico messo 74 a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle procedure di acquisto sottosoglia di beni e servizi».

“ **Tra le novità l'art. 49 dispone che per gli affidamenti diretti di importo inferiore a € 5.000,00 la stazione appaltante può derogare al principio di rotazione** ”

### 3. Conclusioni

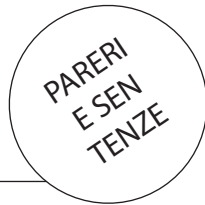
Come visto, l'obbligo di applicazione del principio di rotazione negli affidamenti sotto-soglia è volto ad evitare la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore, avendo come obiettivo l'ampliamento delle possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti, in settori nei quali è maggiore il rischio del consolidarsi - soprattutto a livello locale - di posizioni di rendita da parte di operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari.

Nell'epoca recente che vede un proliferarsi di affidamenti anche preordinati e funzionali all'avanzamento dell'attuazione del PNRR, le stazioni appaltanti di sovente potrebbero essere chiamate a ricorrere alle procedure per l'affidamento di contratti sotto-soglia, da esperire nel rispetto del principio di rotazione.

Per le procedure bandite dopo il 1<sup>o</sup> luglio 2023 le stazioni appaltanti dovranno pertanto conformarsi all'art. 49 del Nuovo Codice Appalti che in estrema sintesi dispone che:

- a) il principio di rotazione degli affidamenti sotto-soglia non si applica:
  - nelle procedure ordinarie o nelle procedure negoziate senza limiti al numero di operatori;
  - nel caso in cui l'oggetto del contratto ricada in un settore merceologico o categorie di opere diverso;
  - nel caso in cui l'importo del nuovo affidamento ricada in una fascia di importo diversa rispetto a quello precedente;
- b) il principio di rotazione degli affidamenti può essere derogato con motivazione:
  - per importi inferiori ai 5.000 euro;
  - per importi pari o superiori a 5.000 euro tenuto conto della concorrenza dei requisiti previsti (struttura del mercato, effettiva assenza di alternative, accurata esecuzione del precedente contratto).

# Pareri & Sentenze



## Consiglio di Stato, Sez. V, 7/9/2023, n. 8197

*"Il divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica non va inteso in senso assoluto, dovendosi invece fare riferimento al parametro di giudizio costituito dalla concreta conclusione dei dati economici in quanto anticipatori della conoscenza dell'offerta economica"*

"... la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha chiarito, anche recentemente (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 24 ottobre 2022, n. 9047), che l'amministrazione giudicatrice deve verificare in concreto se l'anticipazione di alcuni elementi di natura economica, nell'ambito dell'offerta tecnica, comporti la possibilità di individuare l'offerta economica complessiva dell'offerente. Il divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica non va inteso in senso assoluto, dovendosi invece fare riferimento al parametro di giudizio costituito dalla concreta conclusione dei dati economici in quanto anticipatori della conoscenza dell'offerta economica. In particolare, il giudice amministrativo deve procedere di volta in volta a una valutazione in concreto circa l'effettiva attitudine degli elementi dell'offerta economica resi anticipatamente noti a condizionare le scelte della commissione di gara (Consiglio di Stato, sez. V, 2 maggio 2017, n. 1988; id., 29 febbraio 2016, n. 824). ... Nel caso di specie, il punto 8 della lettera di invito («Criteri di valutazione dell'offerta e criterio di aggiudicazione») prevedeva una serie di criteri di valutazione delle offerte distinti con riguardo ai profili del merito tecnico dell'offerta (cui erano riservati 50 punti sui 1000 complessivi, distribuiti tra i criteri di cui alle lettere c): «oggetto dell'attività che verrà espletata all'interno dell'immobile [...]», massimo 30 punti; e d): «interventi migliorativi sull'immobile [...]», massimo 20 punti); e ai profili economici, ossia l'importo del canone di locazione (lettera a), fino a un massimo 40 punti) e le modalità e i tempi di pagamento del canone (lettera b), fino a un massimo di 10 punti)."

## TAR Roma, II Sez. - ter, 01/09/2023, n. 13529

*Nelle procedure a evidenza pubblica è precluso da parte della commissione giudicatrice introdurre nuovi e diversi parametri di valutazione*

"... la commissione giudicatrice può autovincolare la discrezionalità ad essa attribuita dai criteri di valutazione stabiliti dal bando di gara, senza modificare in alcun modo questi ultimi, ma, ad ulteriore garanzia della trasparenza del percorso motivazionale che presiede all'attribuzione dei punteggi per le offerte, solo specificando le modalità applicative di tale operazione, con criteri definiti appunto "motivazionali", sempre che ciò non avvenga a buste già aperte e che in ogni caso non si modifichino i criteri di valutazione e i fattori di ponderazione fissati nel bando di gara; in particolare questa non consentita modificazione si realizza quando la commissione enuclea sub – criteri di valutazione non previsti dal bando o alteri il peso di quelli contemplati dalla lex specialis (Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2016, n. 3481; 3 giugno 2013, n. 3036; 19 settembre 2012, n. 4971; Consiglio di Stato sez. V, 18/06/2018, n.3737). E dunque, "nelle procedure a evidenza pubblica è preclusa la modifica, l'integrazione o la specificazione dei criteri di valutazione delle offerte da parte della commissione giudicatrice, la quale, se prima dell'apertura delle buste può specificare in sub-criteri o sub-pesi (c.d. criteri motivazionali) i parametri di valutazione indicati nel bando di gara, non può farlo dopo l'apertura e, men che meno, può, oltre questo specifico momento del procedimento di gara, introdurre nuovi e diversi parametri di valutazione (T.A.R. Latina, sez. I, 19/09/2019, n.548)."

**Consiglio di Stato, Sez. V, 22/08/2023, n. 7914**

*Intervallo minimo tra le sedute di gara solo in presenza di adeguate garanzie di conservazione dei plichi*

“ ... se è vero che il richiamato principio postula che la valutazione delle offerte tecniche ed economiche debba avvenire nel corso di una sola seduta, senza soluzione di continuità, al fine di scongiurare possibili influenze esterne, è pur vero che in presenza di particolari circostanze che oggettivamente impediscano tale adempimento il principio de quo è comunque salvaguardato in presenza di un intervallo minimo tra le sedute e di adeguate garanzie di conservazione dei plichi (ex multis, Cons. Stato, V, 24 aprile 2013, n. 2282).

Nel caso in esame, è ragionevole il rilievo dell’amministrazione per cui in un procedimento, come quello in esame, con il criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, le offerte tecniche devono essere esaminate e valutate in seduta segreta, mentre le buste, contenenti le offerte economiche, devono essere sempre aperte in seduta pubblica, per cui occorrono minimo due riunioni della Commissione giudicatrice.”

**Consiglio di Stato, Sez. V, 22/08/2023, n. 7915**

*In caso di concessione in locazione di un immobile comunale per la realizzazione di un servizio pubblico si applica il codice dei contratti pubblici*

“... se è indubbio che astrattamente rientra nelle facoltà dell’Ente locale stipulare un contratto di locazione mediante il quale si obblighi a far godere al conduttore un immobile di proprietà pubblica, in concreto occorrerà però verificare, alla luce delle finalità in concreto perseguite con il ricorso allo schema negoziale privatistico, la legittimità nel suo complesso dell’operazione: in particolare, la mancanza di una corretta procedura competitiva circa l’assegnazione di un bene pubblico suscettibile di sfruttamento economico (come nel caso in esame) introdurrebbe una barriera all’ingresso del mercato, determinando la lesione dei principi comunitari di concorrenza e libertà di stabilimento (in termini Cons. Stato, V, 27 luglio 2016, n. 3380; V, 31 maggio 2011, n. 3250)...La stazione appaltante aveva infatti imposto al futuro conduttore “di assicurare il raggiungimento degli obiettivi di cui agli indirizzi forniti dall’Amministrazione comunale con D.G.M n. 195/17 [...]”, ossia “di utilizzare l’immobile [...] per realizzare il servizio di Asilo nido e le attività ad esso correlate [...] assumendo appieno il rischio d’impresa che deriva dall’esercizio dell’attività per cui il Prestatore si aggiudica la sola locazione dell’immobile e non l’affidamento del servizio”; a sua volta, il conduttore “si impegna[va] altresì a provvedere alla manutenzione completa e complessiva dell’area esterna di pertinenza della struttura”. ... ritiene il Collegio di dover confermare l’indirizzo (ex multis, Cons. Stato, V, 26 ottobre 2016, n. 4476) secondo cui solamente la disponibilità contrattuale di locali per un periodo di tempo determinato può qualificarsi come locazione in senso proprio, laddove “Tale situazione non ricorre allorché invece questa detenzione è strettamente collegata ad un servizio che concretizza una serie prestazioni nient’affatto “accessorie” o “complementari”, come giustappunto quella su cui si controverte: il contratto stipulato dal Comune di -OMISSIS- andava dunque correttamente qualificato quale concessione di servizio pubblico, rispetto alla quale la detenzione dell’immobile concesso in locazione risultava residuale.”



**Consiglio di Stato, Sez. V, 18/08/2023, n. 7815**

*Conseguenze in ordine al superamento del limite massimo di pagine previsto dal disciplinare di gara*

"... la prescrizione sul numero massimo delle pagine della relazione tecnica allegata all'offerta deve essere interpretata cum grano salis, e in ogni caso (nei casi in cui la regola, sempreché sia formulata in termini inequivoci, sia accompagnata da una espressa e specifica sanzione escludente) nel senso che l'eventuale eccedenza quantitativa rispetto al limite prefigurato dalla lex specialis determini, in concreto, una alterazione valutativa dell'offerta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2012, n. 3677). In tale prospettiva, il superamento del limite massimo di pagine previsto dal disciplinare di gara per la redazione dei documenti componenti l'offerta rappresenta una giusta ragione di censura del provvedimento di aggiudicazione solo se previsto a pena di esclusione dalla procedura di gara (il che non è nella vicenda in esame), e non invece nel caso in cui si preveda solamente che le pagine eccedenti non possano essere considerate dalla commissione ai fini della valutazione dell'offerta: in tale ultimo caso, infatti, il ricorrente, che intenda valorizzare la violazione, deve fornire prova – anche solo presuntiva – che la violazione si sia (non solo effettivamente, ma anche specificamente: cioè a dire con riguardo alla puntuale incidenza dello sfioramento quantitativo sul margine di valutazione della proposta negoziale) tradotta in un indebito vantaggio per il concorrente a danno dell'altro (così Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 2021 n. 5112; Id., 9 novembre 2020, n. 6857; Id., 2 ottobre 2020, n. 5777; Id., sez. III, 25 marzo 2021, n. 2516)."

**TAR Campania, Napoli, Sez. III, 4/8/2023, n. 4756**

*Le disposizioni sull'avvalimento premiale hanno un evidente carattere innovativo, e non interpretativo, per cui non può essere predicata la loro interpretazione retroattiva, estesa anche alle gare già bandite e svolte sotto il regime del pregresso codice appalti*

"... va rilevato come oggi il legislatore non si ponga più esclusivamente nella prospettiva di una messa a disposizione dei soli requisiti di partecipazione, avendo nell'art. 104 contemplato anche la possibilità di un avvalimento " per migliorare la propria offerta"(cfr. art. 104 co 4 ) , nel qual caso tuttavia pone un limite all'avvalimento solo premiale, ovvero a quello azionato laddove il concorrente possenga già, in proprio, le risorse necessarie per l'esecuzione della commessa e ricorra all'ausilio all'esclusivo fine di conseguire un punteggio incrementale.

La principale innovazione portata dall'art. 104 consiste nella "formalizzazione" dell'avvalimento premiale puro, ovvero quello adottato non esclusivamente a fini partecipativi bensì per permettere all'operatore economico di ottenere un punteggio maggiore nella valutazione della propria offerta tecnica.

Viene superato il divieto, individuato nella precedente giurisprudenza, dell'avvalimento meramente premiale finalizzato esclusivamente alla maggior valorizzazione della propria proposta negoziale (in tal senso Cons. St. V n. 2526/ 2021, TAR Palermo n. 2378/2022).

L'ultimo comma dell'art. 104 puntualizza che, nei soli casi in cui l'avvalimento (come previsto dal comma 4) sia finalizzato a migliorare l'offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione. In tal modo il legislatore ha confermato l'apertura ad un avvalimento solo premiale, ponendovi delle limitazioni nell'interesse della stazione appaltante.

Tali disposizioni normative hanno un evidente carattere innovativo, e non interpretativo, per cui non può essere predicata la loro interpretazione retroattiva, estesa anche alle gare già bandite e svolte sotto il regime del pregresso codice appalti.

La contraria opzione comporterebbe quantomeno una lesione della par condicio dei concorrenti, avendo la stazione appaltante regolato la gara, in parte qua, con riferimento espresso nella lex specialis all'art. 89 del D. Lgs 50/2016, ed ai connessi limiti con cui lo stesso è stato applicato nel diritto vivente, disciplina sulla base della quale tutti i concorrenti hanno calibrato la propria offerta."

#### **Autorità Nazionale Anticorruzione**

#### **DELIBERA N. 293 del 27 giugno 2023**

#### **UPREC-PRE 602/2023/S/PREC**

*"A fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della lex specialis di gara (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del favor participationis e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale"*

"... costituisce principio generale e consolidato in materia quello secondo cui i bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore, giacché rientra nella discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge. Il che, in punto di adeguatezza, corrisponde a un corretto uso del principio di proporzionalità nell'azione amministrativa: le credenziali e le qualificazioni pregresse debbono infatti – ai fini dell'efficiente risultato del contratto e dunque dell'interesse alla buona amministrazione mediante una tale esternalizzazione – essere attentamente congrue rispetto all'oggetto del contratto. Errerebbe l'amministrazione pubblica che, non facendosi carico di un tale criterio di corrispondenza, aprisse incautamente la via dell'aggiudicazione a chi non dimostri inerenti particolari esperienze e capacità. Naturalmente, sempre in ragione del criterio dell'adeguatezza, stavolta congiunto a quello della necessità, tali particolari requisiti vanno parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto ed essere riferiti alle sue specifiche peculiarità, al fine di valutarne la corrispondenza effettiva e concreta alla gara medesima, specie con riferimento a quei requisiti che esprimono la capacità tecnica dei concorrenti (cfr. ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 9 del 4 gennaio 2017); CONSIDERATO inoltre che per giurisprudenza piuttosto costante, allorché si tratti di requisiti tecnico – professionale (gli stessi sono ritenuti espressamente tali dalla legge di gara nel caso di cui si controverte in questa sede) non è necessaria una espressa comminatoria di esclusione, trattandosi di elementi essenziali della prestazione. Dunque la loro assenza comporterebbe sempre e comunque l'esclusione del concorrente che ne risulti privo (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 21 ottobre 2022, n. 9394). PRESO ATTO infine che in tema di interpretazione del bando e del disciplinare di gara "a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della lex specialis di gara (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del favor participationis e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale" (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 24 gennaio 2020, n. 607);"

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 230 del 24 maggio 2023  
UPREC-PRE 533/2023/S/PREC**

*"Il ricorrente avrebbe dovuto immediatamente impugnare il bando nella parte in cui ha previsto dei costi della manodopera ritenuti insufficienti a consentire la formulazione di un'offerta economicamente sostenibile. Tra le clausole da considerare immediatamente escludenti rientrano, infatti, anche quelle che prevedono un importo a base d'asta insufficiente alla copertura dei costi"*

"... per costante orientamento giurisprudenziale "il ricorrente avrebbe dovuto immediatamente impugnare il bando nella parte in cui ha previsto dei costi della manodopera ritenuti insufficienti a consentire la formulazione di un'offerta economicamente sostenibile. Tra le clausole da considerare immediatamente escludenti rientrano, infatti, anche quelle che prevedono un importo a base d'asta insufficiente alla copertura dei costi (cfr. C.d.S. n. 8014/2019 e, di recente, T.A.R. Lombardia, Milano, n. 1559/2021 che ha ritenuto ammissibile l'impugnazione del bando e della legge di gara da parte di un operatore non partecipante alla procedura per contestare l'incongrua determinazione della base d'asta tale da rendere il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente)." (ex multis TAR Campania – Napoli 2117 del 30.3.2022);"

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 239 del 30 maggio 2023  
UPREC-PRE 546/2023/S/PREC**

*"Nelle gare pubbliche non è possibile ricorrere al soccorso istruttorio per modificare il contenuto sostanziale di un'autodichiarazione resa in gara"*

"... nel DGUE l'operatore economico istante aveva dichiarato tre servizi analoghi per un importo complessivo pari a € 506.786,85 e, contestualmente, la volontà di partecipare a tutti e 9 i lotti, la stazione appaltante pertanto procedeva all'esclusione della ditta [OMISSIS] per i lotti nn. 4 – 9 con il provvedimento n. 17441 del 17.3.2023, "in quanto i requisiti di capacità tecnica e professionale sono sufficienti a confermare il possesso dei requisiti stessi solo per l'importo dei lotti n. 1, n. 2 e n. 3, così come previsto dal punto n. 6.3 del disciplinare di gara"; nel caso specifico, l'operatore istante lamenta in prima battuta la mancata attivazione del soccorso istruttorio al fine di integrare quanto dichiarato nel DGUE, si osserva che, secondo giurisprudenza prevalente, "Nelle gare pubbliche il soccorso istruttorio non può giungere sino al punto di consentire al concorrente di modificare la domanda di partecipazione" (Consiglio di Stato, n. 4975/2017 e n. 3541/2017) e che "Non è possibile ricorrere al soccorso istruttorio per modificare il contenuto sostanziale di un'autodichiarazione resa in gara" (TAR Toscana n. 983/2017).

Nelle gare pubbliche non è possibile ricorrere al soccorso istruttorio per modificare il contenuto sostanziale di un'autodichiarazione resa in gara: il soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui configge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione con la conseguenza che in presenza di una previsione chiara l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio."

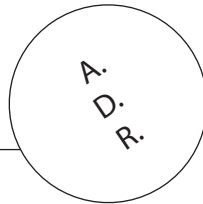
**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 280 del 20 giugno 2023  
UPREC/PRE/558/2023/PREC-L**

*"Le informazioni acquisite in sede di sopralluogo obbligatorio, in quanto necessarie ai fini della formulazione di una offerta informata e consapevole, sono da considerarsi alla stregua di informazioni complementari della lex specialis, sulle quali ciascun candidato deve essere posto nella condizione di formulare quesiti e richiedere informazioni supplementari entro il termine ultimo indicato dal bando."*

"... in ordine alle modalità di svolgimento del sopralluogo, l'Autorità ha avuto modo di osservare «che rientra nella discrezionalità della stazione appaltante fissare la calendarizzazione del sopralluogo, dovendo la stessa poter organizzare la propria attività in modo da non distogliere i propri dipendenti dalle normali attività per periodi di tempo imprecisati» e, al riguardo, ha segnalato «che tale calendarizzazione dovrà essere effettuata nel rispetto della par condicio e dell'anonimato dei partecipanti» e che «dovrà temperare, da un lato, l'esigenza di garantire la massima partecipazione alla gara, evitando di fissare date di sopralluogo troppo vicine alla data di pubblicazione del bando (ciò che potrebbe costituire una violazione del principio di proporzionalità e del termine di partecipazione alla gara); dall'altro, l'esigenza di garantire un lasso di tempo dopo lo svolgimento del sopralluogo che possa considerarsi congruo per la formulazione dell'offerta, evitando di fissare date troppo vicine al termine finale per la presentazione della domanda» (Nota illustrativa del Bando tipo n. 1/2021);

Considerato che, con particolare riferimento alla tempistica del sopralluogo, l'Autorità ha ritenuto che le informazioni acquisite in sede di sopralluogo obbligatorio, in quanto necessarie ai fini della formulazione di una offerta informata e consapevole, sono da considerarsi alla stregua di informazioni complementari della lex specialis, sulle quali ciascun candidato dovrebbe essere posto nella condizione di formulare quesiti e richiedere informazioni supplementari entro il termine ultimo indicato dal bando (delibera n. 22/2021);"

# A Domanda Rispondiamo



## 1 Sino alla piena implementazione della (nuova) BDNCP prevista per gennaio 2024, quali sono gli oneri di pubblicità in relazione alle indagini di mercato?

L'art. 2, c. 2 dell'allegato II.1 al d.lgs. 36/2023, disciplinando le modalità di pubblicazione degli avvisi di indagine di mercato, prevede che la stazione appaltante debba pubblicare il correlativo avviso sul suo sito istituzionale e sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC.

Tuttavia, sotto un primo profilo, l'attuale BDNCP (non aggiornata alle sopravvenienze normative), consente la pubblicazione dei bandi solo attraverso il perfezionamento del CIG, codice non richiesto per le mere indagini di mercato. Per tale ragione l'ANAC ha precisato che **"Allo stato, la ricerca di mercato non è assoggettata all'acquisizione del codice CIG e quindi non può essere pubblicata in BDNCP attraverso il sistema il sistema Simog. Pertanto, nelle more dell'adattamento dei sistemi alle nuove previsioni normative sull'argomento nonché agli obblighi di pubblicazione sul TED, per gli appalti di importo sottosoglia europea, restano inalterati gli adempimenti utilizzati finora"**.

## 2 Le caratteristiche minime stabilite nel Capitolato Speciale d'Appalto devono intendersi come vincolanti nel quomodo, o soltanto quoad effectum?

Il principio di equivalenza prevede che la stazione appaltante non possa escludere un'offerta perché non conforme alle specifiche tecniche a cui ha fatto riferimento se il prodotto offerto non è "aliud pro alio", incontrando il concorrente che voglia presentare un prodotto (o servizio) equivalente a quello richiesto il solo limite della "differenza del bene rispetto a quello descritto dalla lex specialis", configurante ipotesi di "aliud pro alio non rimediabile" (Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5258).

### Detto principio non può essere invocato in ogni caso:

1. **per ammettere** offerte tecnicamente inappropriate o che comprendano soluzioni che, sul piano oggettivo funzionale e strutturale, non rispettino le caratteristiche tecniche obbligatorie, configurandosi come un aliud pro alio;
2. **per ammettere offerte** quando non garantiscano il livello qualitativo minimo prestabilito.
3. **quando la stazione appaltante non** riscontra la presenza di tutte le caratteristiche richieste nella documentazione di gara.

### 3 Nella vigente disciplina, quale limite incontra l'avvio anticipato dell'esecuzione del contratto?

Negli affidamenti di importo inferiore alla soglia comunitaria, il comma 6 dell'art. 50 del D.Lgs. n. 36/2023 prevede che si possa sempre procedere all'esecuzione anticipata del contratto dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario. Negli affidamenti di importo superiore alla soglia comunitaria invece, ferma la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario, l'esecuzione del contratto può essere iniziata, anche prima della stipula, per motivate ragioni. L'esecuzione è sempre iniziata prima della stipula se sussistono le ragioni d'urgenza ovvero quando ricorrono eventi oggettivamente imprevedibili, per evitare situazioni di pericolo per persone, animali, cose, per l'igiene e la salute pubblica, 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 dell'Unione europea.

### 4

**L'operatore economico è sempre obbligato ad indicare nella propria offerta i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro?**

L'art. 108 comma 9 del D.Lgs. n. 36/2023 prevede che **"nell'offerta economica l'operatore indichi, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale"**. Pertanto, diversamente dalla previgente disciplina, anche negli affidamenti diretti l'operatore economico ha l'onere di indicare tali costi.

### 5

**L'impegno volto all'assunzione di quote di occupazione giovanile e femminile nell'esecuzione dell'appalto PNRR, si estende anche ai professionisti indicati dall'operatore economico?**

Il Tar Veneto con sentenza n. 1115 del 25/07/2023, Sez. I, ha chiarito che l'obbligo dichiarativo di assunzione delle quote giovanili e femminili coinvolge solo l'operatore economico che partecipi alla procedura singolarmente, non il professionista dalla stessa indicato per lo svolgimento delle fasi progettuali dell'appalto integrato in quanto *"il professionista indicato dall'impresa e l'operatore economico rimangono due soggetti separati e distinti, che svolgono funzioni differenti con conseguente diversa distribuzione delle responsabilità"*.

## **6** La regola dell'anonimato nei concorsi di progettazione vige anche nel nuovo codice degli appalti?

Con la Deliberazione A.N.AC. del 20/7/2023 n. 358, l'Autorità, in risposta ad una richiesta di parere chiarisce che l'art. 46 del nuovo codice, ribadisce – per la disciplina dei concorsi di progettazione – quanto già stabilito dall'art. 155, comma 4 del d.lgs. 50/2016, mediante rinvio espresso, contenuto al comma 1, alle direttive appalti e concessioni del 2014.

L'Autorità precisa che la regola dell'anonimato deve essere garantita nel momento valutativo degli elaborati progettuali, i quali non devono essere in alcun modo riconducibili all'autore degli stessi, non apparendo in contrasto con il suddetto principio, consentire alla commissione giudicatrice di conoscere il nominativo dei concorrenti nella fase di accettazione dell'incarico, senza possibilità di collegamento degli stessi agli elaborati progettuali, da esaminare comune in forma anonima, applicando in via analogica la disciplina dei concorsi pubblici.

## **7** La validazione del progetto posto a base di gara deve essere adottata con un apposito provvedimento amministrativo?

Secondo il Parere del Mims del 11/03/2023 n. 1831, la validazione è un'attività di competenza del Rup, che non necessita di ulteriori provvedimenti amministrativi se non diversamente previsto nelle fonti regolamentari di ogni Stazione Appaltante. Ai sensi dell'art. 48 comma 1 del D.L. 77/2021, tale previsione è valida anche per gli appalti PNRR.

## **8** Il subappaltatore può impugnare il provvedimento di diniego del subappalto?

In una recente sentenza del Tar Lazio, Roma, Sez. I, 26/07/2023, n. 12656, si evince che è l'affidatario del contratto a richiedere alla stazione appaltante l'autorizzazione ad avvalersi del subappaltatore, sicché l'eventuale diniego viene espresso sull'istanza proposta dall'appaltatore. L'eventuale interesse del subappaltatore all'esecuzione del subappalto, in tale contesto, costituisce interesse di mero fatto, non azionabile né in sede procedimentale (come risulta dalla disciplina di riferimento) né in sede giurisdizionale. Per cui, anche in linea con la giurisprudenza formatasi in vigore del D.lgs. 163/2006, deve escludersi che il subappaltatore sia legittimato a impugnare il diniego di autorizzazione al subappalto adottato nei confronti dell'appaltatore, unico titolare di un interesse diretto e concreto.

## 9

### Le pubbliche amministrazioni possono attribuire incarichi al personale in quiescenza?

La questione è stata affrontata recentemente dalla sentenza della Corte Conti Liguria n. 60/2022, con la quale si rammenta che il divieto riguarda, in particolare, gli "incarichi di studio e di consulenza", gli "incarichi dirigenziali o direttivi" o le "cariche in organi di governo" conferibili dalle pubbliche amministrazioni indicate nel primo periodo della disposizione citata e dagli enti e società da esse controllati.

L'affidamento dei citati incarichi è, invece, consentito ove ne sia prevista la gratuità. È, infatti, vietata la corresponsione di un compenso a soggetti già collocati in quiescenza.

Ai fini dell'applicazione del divieto, rileva unicamente il fatto che il destinatario dell'incarico sia già titolare di pensione, "restando del tutto irrilevante che tale soggetto non abbia ancora maturato i presupposti anagrafici per il collocamento in quiescenza con riferimento all'incarico che gli si vorrebbe conferire."

Per i soli incarichi dirigenziali e direttivi, ferma restando la gratuità, è prevista un'ulteriore limitazione data dalla durata massima non superiore ad 1 anno, non prorogabile né rinnovabile.

Con deliberazione n. 88/2023/PAR, la Corte dei Conti Lazio è intervenuta sull'interpretazione delle disposizioni in materia del conferimento di incarichi al personale in quiescenza, di cui al comma 9 dell'art. 5 del DL 95/2012, conv. dalla legge 135/2021 e del comma 16-ter dell'art. 53 del d.lgs. 165/2001.

La sentenza della Corte, fa osservare che la tassatività delle fattispecie vietate, fa sì che le attività consentite per gli incarichi si ricavano a contrario, dovendosi le situazioni diverse da quelle elencate non essere ricomprese nel divieto di legge, quindi, gli incarichi riferibili alle attività

di assistenza devono essere non assimilabili agli incarichi vietati dalla norma citata.

Se il divieto riguarda l'attività di "studio e quella di consulenza", infatti, **può ritenersi consentita quella di "assistenza"** nei limiti in cui si diversifica dalle altre due: assistenza che non comporti studio e consulenza, ossia attività caratterizzata, in negativo, dalla mancanza di competenze specialistiche e che non rientri nelle ipotesi di contratto d'opera intellettuale di cui agli artt. 2229 e ss. del codice civile (Sez. reg. contr. Basilicata, n. 38/2018/PAR; Sez. reg. contr. Lombardia, n. 126/2022/PAR).

L'unica eccezione alle indicazioni su citate riguarda l'ambito degli interventi finanziati PNRR per i quali sarebbe possibile per le pubbliche amministrazioni affidare incarichi fino al 31/12/2026 a pensionati da almeno 2 anni con incarichi retribuiti nelle PA per una durata non superiore ai tre anni.

A stabilirlo è l'articolo 10 del Decreto PNRR 2.



# Subappalto: tra indicazioni e novità operative


 IN  
PIL  
LOLE

Volendo analizzare, a poco tempo dall'entrata in vigore del d.lgs. 36/2023, taluni specifici istituti, ed in particolare tra questi, l'istituto del subappalto nella parte più delicata dello stesso, cioè il divieto di apposizione di limitazioni al subappalto nell'ottica della più ampia partecipazione; ci si imbatte in alcune pronunce che si ritiene utile considerare.

In primis Tar Friuli Venezia-Giulia, Sez. I, 27 maggio 2023, n. 187, nel quale si legge che "5.1. La ricorrente lamenta la mancata applicazione, nella fase esecutiva del rapporto contrattuale, della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sez. V, 26.09.2019, C-63/18, Vitali s.p.a.), che ha dichiarato incompatibile con la direttiva 2014/24/UE la disposizione nazionale – art. 105, comma 2, codice dei contratti pubblici all'epoca vigente – avente l'effetto di limitare "al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi".

5.2. Il ragionamento non è condivisibile, fin dalle sue premesse. La ricorrente non considera, innanzitutto, che la Corte non ha inteso censurare in assoluto la previsione di limiti quantitativi al subappalto, ma solo la loro fissazione in via generale ed astratta ad opera della fonte primaria. Una disposizione come l'art. 105, comma 2 del Codice vigente *ratione temporis*, nella sua assolutezza e indistinta applicabilità, viene ritenuta in contrasto con il principio di proporzionalità, potendo ipotizzarsi misure meno restrittive e parimenti idonee a perseguire l'obiettivo avuto di mira dal legislatore italiano, cioè il contrasto alla criminalità organizzata. Secondo la Corte, in particolare (par. 40 della sentenza): "la normativa nazionale di cui al procedimento principale vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una

*percentuale fissa dell'appalto pubblico in parola, cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre, un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore".*

5.3. La C.G.U.E. ha dunque inteso preservare, anche in materia di subappalto, la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici, consentendo loro di valutare, con la necessaria elasticità, le caratteristiche della situazione concreta. Considerata la ratio della pronuncia, non è possibile ricavarne un divieto assoluto all'apposizione di limiti quantitativi al subappalto, che porterebbe ugualmente a vincolare – pur se in senso opposto rispetto al censurato art. 105, comma 2 del Codice – l'azione degli Enti aggiudicatori. Non a caso, anche il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36 del 2023), pur non prevedendo limiti generali al subappalto, lascia le stazioni appaltanti libere di disciplinarne il ricorso in senso restrittivo, attraverso l'indicazione nei documenti di gara delle prestazioni "da eseguire a cura dell'aggiudicatario in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto ..." (art. 119, comma 2)."

L'analisi dell'istituto transita altresì attraverso la conoscenza delle differenze operative individuabili scorrendo i due testi normativi di riferimento (d.lgs. 50/2016 e d.lgs. 36/2023). In quest'ottica pertanto ci si rende ad esempio conto delle indicazioni provenienti dalla disciplina Comunitaria e dall'impatto di queste con il c.d. divieto di subappalto a cascata, presente nel "vecchio codice", eliso con specifiche accortezze, nel "nuovo codice".

Gli art. 105 co. 19 d.lgs. 50/2016 e l'art. 119 co. 17 del d.lgs. 36/2023, si pongono in posizione diametralmente opposta davanti alla questione subappalto a cascata, ma volendo prendere a spunto una interessante sentenza sul punto: Tar Liguria – Genova con la sentenza della I sezione del 10 maggio 2023 n. 495, si può cogliere una interessante indicazione, nella specie che non rientrano nel novero dei casi di subappalto a cascata, le prestazioni di consulenza specialistica in materia ambientale ed archeologica in favore di due società (rispettivamente, *omissis* ...), le quali hanno a loro volta individuato per l'espletamento delle prestazioni affidate due professionisti nominativamente indicati (rispettivamente, *omissis* ...) ad esse legati da un rapporto di lavoro dipendente.

Altro interessante risvolto attiene all'inserimento o meno, nel novero del subappalto delle attività specifiche affidate a lavoratori autonomi per le quali vi è obbligo di comunicazione alla stazione appaltante (nel vecchio codice art. 105 co. 3 lett. a); nel nuovo codice art. 119 co. 3 lett. a)). Sul punto interessantissima ricostruzione effettuata dal Consiglio di Stato, sez. V, 21.08.2023 n. 7862, il quale anche attraverso il richiamo ad una precedente pronuncia (Cons. di Stato sez. V, n. 4150 del 31.05.2021) afferma che: *"L'art. 105, comma 3, lett. a), d.lg. n. 50 del 2016 non può essere configurato come una norma derogatoria del subappalto posto che la disposizione muove dalla considerazione della specificità di determinate categorie di forniture e di servizi e, sulla base della natura peculiare di dette prestazioni e della diversità del regolamento contrattuale in termini di rapporti tra le parti del contratto e con l'amministrazione appaltante, giunge alla conclusione che i contratti con i quali vengono affidate a lavoratori autonomi specifiche attività rientranti nell'appalto non sono contratti di subappalto; nondimeno, 'la distinzione tra le due figure contrattuali (subappalto e lavoro autonomo) si fonda non solo, come si è veduto, sulla specificità delle prestazioni, ma anche sulla diversità degli effetti giuridici dei due tipi di contratto. Le prestazioni alla base dei due contratti sono infatti dirette a destinatari diversi: nel caso del subappalto, il subappaltatore esegue direttamente parte delle prestazioni del contratto stipulato con l'amministrazione, sostituendosi all'affidatario; nell'altro caso, le prestazioni sono rese in favore dell'aggiudicatario che le riceve, inserendole nell'organizzazione di impresa necessaria per adempiere alle obbligazioni contrattuali e le riutilizza inglobandole nella prestazione resa*

*all'amministrazione appaltante. Nel subappalto vi è un'alterità anche sul piano organizzativo, tra appaltatore e subappaltatore, poiché la parte di prestazione contrattuale è affidata dall'appaltatore a un terzo che la realizza direttamente attraverso la propria organizzazione; mentre nel contratto di cooperazione la prestazione resa è inserita all'interno dell'organizzazione imprenditoriale dell'appaltatore. I due contratti sono quindi diversi quantomeno sul piano funzionale. Ne deriva che la disciplina in tema di subappalto non è immediatamente estendibile, se non si dimostri che il contratto di lavoro autonomo costituisca solo uno schermo per il contratto di subappalto (Consiglio di Stato, sez. V, 31/05/2021, n. 4150 sopra richiamata)."*

Da ultimo, concludendo questa rapidissima carrellata sull'istituto del subappalto, l'attenzione si pone sul Parere n. 1756 del 31/01/2023 reso dal supporto giuridico del MIMS, calibrato in risposta a tre questioni discendenti da un assunto di partenza e cioè l'esistenza di un importo contrattuale di appalto tra S.A. e appaltatore diverso (nella specie inferiore) rispetto al contratto sussistente tra appaltatore e subappaltatore.

In particolare le questioni sollevate atenevano:

- 1) Se l'importo autorizzato dalla S.A. deve essere quello originario di contratto che la lega alla ditta appaltatrice, ovvero il diverso importo (più alto) che lega quest'ultima alla subappaltatrice.

Sul punto il MIMS afferma che la S.A. non potrà in nessun caso pagare un importo superiore a quello determinato dai prezzi di contratto.

- 2) La S.A. che paga al subappaltatore direttamente, dovrà corrispondergli quindi l'importo contrattualmente definito nell'appalto con la ditta appaltatrice, ovvero il diverso importo che lega il subappaltatore alla ditta appaltatrice?

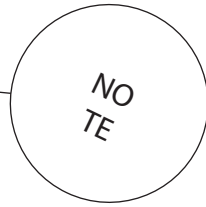
Su tale aspetto il MIMS risponde inequivocabilmente validando la prima opzione, pagamento dell'importo contrattuale di appalto definito a monte con la ditta appaltatrice.

- 3) Da ultimo, dovendo la S.A. pagare direttamente la ditta subappaltatrice, essa dovrà richiedere e verificare la fattura quietanzata attestante il riconoscimento della differenza corrisposta dall'appaltatore al subappaltatore?

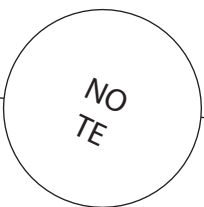
Su tale aspetto il MIMS rammenta che nel vigente codice dei contratti non si ritrova l'analoga previsione relativa all'obbligo di vigilanza e controllo del RUP prevista dal precedente Codice degli appalti (art. 10d.lgs12 aprile 2006 n. 163) e relativo regolamento (D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207).

Tuttavia, come anche di recente affermato dalla giurisprudenza, la stazione appaltante deve sempre verificare l'avvenuto tempestivo pagamento del subappaltatore, quale doveroso controllo sulla corretta esecuzione delle obbligazioni contrattuali che – tra l'altro – esclude la configurabilità di una sua responsabilità ex art. 2043 c.c. per lesione colposa del diritto di credito del terzo (Tribunale Roma, sez. II, 27 settembre 2022, n. 13949).

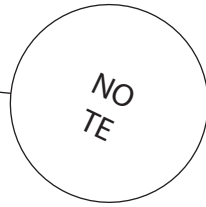
Quindi, e a maggior ragione nel caso in cui negli atti di gara sia previsto l'obbligo dell'aggiudicatario di trasmettere la copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti corrisposti ai subappaltatori, la stazione appaltante dovrà procedere alla verifica dell'integrale pagamento al subappaltatore dell'importo "A", nello stesso modo in cui, ordinariamente, verificherebbe l'integrale pagamento dei prezzi che, nei contratti di subappalto, sono quasi sempre ribassati rispetto a quelli contrattuali.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing notes.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing notes.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing notes.



# 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 2023

Elenco Webinar in fase di aggiornamento  
***Dove indicato i corsi si terranno in presenza***

## **PERCORSI DI ALTA FORMAZIONE**

**Il nuovo codice dei Contratti Pubblici in Italia**  
15 incontri Ottobre / Marzo

**I pilastri dell'agire amministrativo alla luce del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici**  
2-16 Ottobre

**Il Codice dei Contratti nella fase di attuazione**  
ROMA - 7-21 Novembre, 19 Dicembre

## **PERCORSI DI APPROFONDIMENTO**

**Formazione base sugli appalti pubblici**  
I ed. - 29 Settembre, 3-10-13-20 Ottobre  
II ed. - 20-23-30 Novembre, 12-14 Dicembre

**ABC degli Appalti Pubblici**  
I ed. - 29 Settembre, 3-10 Ottobre  
II ed. - 20-23-30 Novembre

**I sottosoglia: procedura, documentazione e MePA**  
- I ed. 16-19-20-24 Ottobre  
- II ed. 9-15 Novembre, 4-6 Dicembre

## **LE PRINCIPALI NOVITÀ DEL NUOVO CODICE**

**L'applicazione del nuovo Codice dei Contratti**  
- I ed. 28 Settembre, 6 Ottobre  
- II ed. 20-24 Ottobre  
- III ed. 22-23 Novembre

**Il codice dei contratti nella sua prima fase di applicazione**  
CAGLIARI - 13 Novembre

## **SOGGETTI**

**La qualificazione degli operatori economici; le cause di esclusione; il RUP**  
25 Ottobre

**Il RUP, il DEC e la commissione di gara**  
3-10 Novembre

**I protagonisti della procedura di gara. Focus sul RUP**  
ROMA - 7 Novembre

**Gli incentivi per le funzioni tecniche: istruzioni per l'uso**  
8-10 Novembre

**RUP, Commissari di gara e Direttore Esecuzione Lavori**  
28-29 Novembre

## **REDAZIONE ATTI E GESTIONE GARA**

**Le procedure di gara sotto soglia**  
16-19 Ottobre

**La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti**  
27 Ottobre

**Le modalità di affidamento semplificato: affidamento diretto e procedura negoziata**  
9-15 Novembre

**Partenariato pubblico-privato e concessioni**  
16 Novembre

**Analisi dei contratti sotto soglia**  
ROMA - 21 Novembre

**Focus su servizi e forniture**  
21-22-29 Novembre

**Le modifiche contrattuali durante il periodo di efficacia**  
ROMA - 19 Dicembre

## **PIATTAFORME E ADEMPIMENTI (MEPA, BDAP, FVOE, SDAPA)**

**Corso pratico sul monitoraggio delle opere pubbliche**  
22 Settembre

**L'attività di verifica dei requisiti: In webinar le modalità operative, il FVOE**  
26 Settembre

**Corso base sul MePA**  
- I ed. 13-20 Ottobre  
- II ed. 12-14 Dicembre

**Corso avanzato sul MePA**  
- I ed. 20-24 Ottobre  
- II ed. 4-6 Dicembre

**Gli adempimenti pre e postaggiudicazione**  
27 Ottobre 3 Novembre

**Il Sistema Dinamico di Acquisizione SDAPA: istruzioni per l'uso**  
6 Novembre

**Gli Accordi quadro**  
4 Dicembre

## **SOCIETÀ IN HOUSE - SERVIZI PUBBLICI LOCALI**

**Le novità per le società in house a seguito della Riforma della disciplina dei Servizi Pubblici Locali**  
23-30 Ottobre

**La riforma della disciplina dei servizi pubblici locali**  
21-28 Novembre

## **ORGANIZZAZIONE, PERSONALE E CONTABILITÀ**

**Gli incentivi per le funzioni tecniche: istruzioni per l'uso**  
8-10 Novembre

**Pillole di Psicologia del Lavoro**  
7-14 Novembre

**Il nuovo quadro normativo delle procedure di reclutamento**  
14-15 Novembre

## **PROJECT MANAGEMENT**

**ISIPM base**  
XXX ed. 6 incontri Ottobre/Novembre  
XXXI ed. 6 incontri Novembre/Dicembre

**ISIPM avanzato XI ED.**  
8 incontri Novembre/Gennaio

## **ANTICORRUZIONE**

**Tecniche di mappatura del rischio**  
27-28 Novembre 4 Dicembre

**Il codice di comportamento alla luce del DPR n. 81/2023**  
8 Novembre

MEDIACONSULT è fiera di sostenere le iniziative di Save the Children e di contribuire ad avvicinare bambini e adolescenti a quel futuro migliore che tutti noi sogniamo, e che dipende strettamente dalle azioni che scegliamo di compiere oggi.



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