

Rivista mensile - Anno XIII, Numero 7

ottobre  
2023

# MEDIA APPALTI

---

**Il costo della manodopera  
tra il vecchio e il nuovo  
Codice dei Contratti pubblici**

---

**La disciplina delle  
modifiche contrattuali nel  
nuovo Codice dei Contratti**

---

**L'iscrizione nel registro  
degli indagati non è più  
causa di esclusione  
dalle gare**



**"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

ottobre  
2023

---

# Sottosopra

---

Il cartello recita "centro sportivo". E immagino un via a vai di bambini, bambine, ragazzi e ragazze. Di genitori. Nonni. Sento le voci concitate e le risate. Vedo smorfie di fatica in fondo a una corsa e sorrisi spensierati davanti agli spogliatoi. Ascolto la voce di un adulto in tuta che parla di lealtà e rispetto.

Leggo centro sportivo e penso a un luogo di vita e di crescita. E invece la cronaca di questi giorni ci porta in un posto che pare non far parte di questo mondo ma del "sottosopra". In questo universo al negativo, come ci hanno fatto vedere i ragazzini di *Stranger Things*, spazi, paesaggi, edifici, sono identici alla realtà ma infestati da demoni e immersi in una cupezza perenne. Il sottosopra è al centro sportivo Delphinia di Caivano: piscina coperta, campo da calcetto, quattro campi da tennis, uno polivalente, un auditorium/teatro. Una favola trasformatasi in horror. Abbandonato dal 2018, il complesso che avrebbe dovuto ospitare momenti di sport e socializzazione, è diventato preda di incuria e violenza. Ora, si corre ai ripari.

L'area sarà bonificata entro il mese in corso per poi essere sottoposta a un intervento di riqualificazione. Si spera possa essere restituita alla collettività nella prossima primavera, con l'auspicio di predisporla per ospitare campi-scuola e colonie estive.

Nell'inchiesta che si occupa della vicenda che coinvolge le bambine del quartiere Prato Verde si fa riferimento anche ad altri luoghi nei quali sarebbero state perpetrate violenze e crimini di varia natura: l'ex Stadio Comunale di Caivano abbandonato dal 2008; un edificio, anch'esso abbandonato, all'interno dell'ex isola ecologica del piccolo comune napoletano.

Cosa ci racconta questa vicenda? Che la disponibilità di aree in disuso è un dono gradito al mondo del delinquere e che le pubbliche amministrazioni non dovrebbero più permettersi di abbandonare le strutture di cui sono titolari perché finiscono per rendersi inconsapevolmente complici di quello che vi accadrà al loro interno.

Il fenomeno percorre tutta l'Italia annoverando ogni tipologia di opera pubblica: scuole, carceri, villaggi turistici, palazzetti dello sport, ospedali. Un giorno qualcuno ha deciso che una certa comunità aveva bisogno di una certa opera. Si fa un progetto, si indice una gara, viene assegnato l'appalto, si avviano e si concludono i lavori, in alcuni casi si svolgono anche cerimonie di inaugurazione (tagli del nastro, foto, interviste) e poi... E poi niente.

Alcune strutture vengono gestite per pochi anni e chiuse. Altre non entrano mai in funzione. Per tutte il destino è identico: diventano oggetto di sciacallaggio, vandalismo, illecito bivacco. E tutto questo avviene mentre si lamenta la scarsa disponibilità di luoghi dove poter realizzare iniziative culturali, ricreative, assistenziali.

Un esempio concreto di questo folle cortocircuito? In un sistema carcerario sotto stress per un sovraffollamento ormai ingestibile, esistono strutture carcerarie mai entrate in funzione: realizzate, arredate e vandalizzate. Sono i così detti carceri mandamentali, destinati a responsabili di reati minori. È il Sindacato Autonomo di Polizia Penitenziaria che nell'agosto scorso ha lanciato l'appello. Il Segretario Nazionale Sappe Federico Pilagatti sostiene che la strada del ripristino di questi edifici, realizzati tra gli anni '80 e '90, sarebbe più rapida e meno dispendiosa di quella tracciata dal Ministro della Giustizia Carlo Nordio che invece punta al recupero e all'adattamento in carcere di caserme militari dismesse.

Qualunque sia la soluzione che prevarrà in questo caso specifico, emerge che abbiamo una abbondanza di strutture che possono essere adibite a svariate destinazioni d'uso. Prima di progettare nuove opere dovremmo pensare ad appaltare la ristrutturazione di quelle già esistenti e recuperabili.

Intervenendo al TG1, don Maurizio Patriciello, parroco di Caivano, ha detto che "lo Stato non è fatto solo di carabinieri, ma anche di scuole, servizi sociali e cultura". Implorando una maggiore presenza delle istituzioni, Patriciello chiede strutture idonee a ospitare tutte quelle attività che più delle forze di polizia possono contribuire a edificare una vita migliore per le famiglie che vivono quella particolare periferia.

Un appello che però va oltre Prato Verde, che vale per ogni periferia. Proprio là, dove sono concentrate la maggior parte di quelle opere alla deriva. Non hanno un passato, possiamo darle un futuro.

Facendolo, evitando di costruire opere nuove accanto a vecchie e decadenti, razionalizzeremo i costi, non consumeremo il territorio con altro cemento, priveremo il "sottosopra" degli ambienti in cui potersi drammaticamente propagare.

di Enzo De Gennaro

## sommario

Editoriale **4**

Sottosopra

In evidenza

La disciplina delle modifiche contrattuali nel nuovo codice dei contratti **7**

Sotto la lente

Il costo della manodopera tra il vecchio e il nuovo Codice dei Contratti pubblici **12**

### Hanno collaborato a questo numero:

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

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

**Direttore Responsabile**  
dott. Enzo de Gennaro

**Avv. Riccardo Gai**  
Esperto in materia di appalti pubblici

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

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

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

**Responsabile Web**  
Lorenzo Antonicelli

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

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

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

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

Il Punto

L'Avvalimento nel nuovo Codice dei Contratti (D.Lgs. 36/2023) e in particolare l'avvalimento "premile" **18**

L'Autorità Antitrust sugli affidamenti emergenziali nel trasporto pubblico **24**

Gli atti adottati dal RUP e dal dirigente nelle diverse fasi del procedimento. Giurisprudenza e disposizioni a confronto **32**

L'iscrizione nel registro degli indagati non è più causa di esclusione dalle gare **38**

Il RUP e le procedure di affidamento nei servizi sociali **43**

Pareri & Sentenze **49**

A Domanda Rispondiamo **55**

In pillole **58**

Osservatorio sulla Corte dei Conti

# La disciplina delle modifiche contrattuali nel nuovo codice dei contratti

di Stefano de Marinis

IN  
EVIDENZA

## Premessa

Tra le più importanti novità che il nuovo codice introduce rispetto alla previgente disciplina dei contratti pubblici fissata dal decreto legislativo 12 aprile 2016, n.50, vi è senz'altro quella che riguarda le modifiche dei contratti in corso di esecuzione che, tanto sul piano oggettivo che su quello soggettivo possono essere adottate senza dover procedere ad un nuovo affidamento.

La trattazione comune delle due casistiche, un tempo separate (l'articolo 132 del codice c.d. De Lise del 2006 disciplinava le *varianti in corso d'opera*, mentre il 116 si riferiva alle *vicende soggettive dell'esecutore dell'appalto*), dipende dall'impostazione che, sul punto, si rinviene nella disciplina europea, in specie negli articoli 72 della direttiva 2014/24/UE e 89 della direttiva 2014/25/UE. Di questi, l'articolo 120 del decreto legislativo 30 marzo 2023, n.36, così come peraltro il precedente 106, costituisce necessario recepimento anche mediante riproposizione della relativa struttura.

L'articolo 120 costituisce altresì attuazione del criterio di delega definito alla lettera u), dell'articolo 1, comma 2, della legge n.78/2022, dove era previsto che il nuovo codice dovesse contenere, tra le altre cose, la *ridefinizione della disciplina delle varianti in corso d'opera, nei limiti previsti dall'ordinamento europeo, in relazione alla possibilità di modifica dei contratti durante la fase dell'esecuzione*.

Posto il richiamo che compare all'articolo 141, comma 3, lettera i), del codice, le regole in tema di modifiche dei contratti in corso di esecuzione qui in esame trovano applicazione anche per gli appalti relativi ai cosiddetti settori speciali.

L'articolo 120, ulteriormente richiamato nel 9, comma 5, che introduce il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, nel 119, comma 1, in tema di subappalto e modifiche della titolarità soggettiva del contratto, nonché nel 122, comma 1, sulle risoluzioni contrattuali, si completa con quanto previsto nell'allegato II.14, sostitutivo dell'ex dm 49 del 2018 sulla direzione lavori e dell'esecuzione, e nel II.16, riguardante le informazioni da rendere a livello europeo relativamente alla modifica di contratti in corso di esecuzione.

### 1. Le principali novità recate dalla nuova disciplina

La prima modifica da segnalare riguarda l'istituto della **revisione dei prezzi**, con l'eliminazione di ogni riferimento alla sua disciplina su base discrezionale, già presente alla lettera a) del comma 1.

La scelta pare doversi individuare nei tanti problemi che la precedente impostazione aveva creato, specie in seguito al riaccendersi dell'inflazione, imponendo al legislatore di intervenire più volte per derogare in modo espresso a quanto previsto nella precedente regolamentazione codicistica.

La revisione prezzi risulta oggi regolata su base legale all'articolo 60, fermo restando il riferimento al caso dei contratti di servizi o forniture stipulati dai soggetti aggregatori, per il quale permane, nella lettera a), un richiamo alla disciplina speciale dell'articolo 1, comma 511, della legge 28 dicembre 2015, n. 208.

#### Il superamento della revisione prezzi su base discrezionale

Al di là del superamento della scelta discrezionale sul relativo riconoscimento, nodo in passato da sciogliere sempre e comunque solo a monte della gara, riportandone i termini non più modificabili nella relativa documentazione, obbligo che la nuova formulazione della lettera a) ora riserva alle clausole genericamente contenenti "opzioni", la sostanziale differenza in tema di revisione prezzi è nel fatto di non doversi più dimostrare, per averne diritto, di volta in volta la natura e l'entità del sacrificio subito, a tal fine operando l'articolo 60 in termini di automatismo e sulla base di parametri convenzionali (rilevazioni ISTAT).

Il comma 1 reca, poi, una nuova definizione di **modifiche** di tipo qualitativo ammissibili senza dover procedere ad un nuovo affidamento, che la relazione definisce *non snaturanti*, identificate come quelle che non producono alterazione *nella struttura del contratto e nell'operazione economica sottesa*; ciò in considerazione del fatto che, come rileva la relazione che accompagna il nuovo codice, l'ex articolo 106 usava, al riguardo, una pluralità di formule diverse.

Il riferimento compare anche nel comma 3, salvo il fatto che, all'atto di conferire alla nuova definizione uno specifico contenuto, l'indicazione puntuale degli elementi cui riferirsi riproduce, nel comma 6, quanto già previsto al comma 4 dell'ex articolo 106.

#### Le modifiche non sostanziali

La più recente disciplina prevede, ancora, la soppressione della vecchia lettera e), di cui al comma 1 dell'ex articolo 106, riguardante la generale ammissibilità delle modifiche non sostanziali, principio che trova oggi riscontro nel comma 5, senza possibilità, per le stazioni appaltanti, di stabilire nei documenti di gara soglie di importo identificative *ex ante* di ulteriori ipotesi di modifiche ammesse.

A tenore della relazione che accompagna il nuovo codice la ragione della soppressione, sta nel fatto che *le soglie ammesse senza alcuna previsione nei documenti di gara sono quelle del comma 2 mentre, per legittimare modifiche di più elevato importo, è sufficiente prevederle nei documenti di gara iniziali con apposite clausole, chiare precise e inequivocabili, ai sensi della lett. a) del comma 1.*

Da notare poi, come ai sensi dell'articolo 141, comma 4, per le imprese pubbliche ed i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi, permanga la facoltà di adottare atti, con i quali preventivamente specificare la nozione di variante in corso d'opera in funzione delle esigenze proprie del mercato di appartenenza e delle caratteristiche di ciascun settore, nel rispetto dei principi e delle norme di diritto dell'Unione europea.

D'altro canto, la limitazione al 50% del valore del contratto iniziale, per le modifiche ricadenti nelle ipotesi di cui alle lettere b) e c) del comma 1, in forza della formulazione più recente del comma 2, sostitutivo del 7 del vecchio articolo 106, trova applicazione anche ai **settori speciali**.

Ulteriore importante innovazione è quella che si legge nel comma 8, dove si prevede una disciplina generale per la **rinegoziazione dei contratti** secondo la quale l'accordo tra le parti è sempre modificabile laddove si tratti di ristabilire, se alterato, l'equilibrio delle prestazioni ivi dedotte,

sia che sussista una clausola di rinegoziazione che espressamente lo preveda sia che questa sia assente.

“ **Il principio generale del mantenimento dell'equilibrio contrattuale** ”

Trattasi di una novità strettamente connessa all'introduzione, nell'articolo 9, quale basilare principio della nuova disciplina dei contratti pubblici, dell'obbligo di mantenere l'equilibrio delle prestazioni per tutta la durata dei contratti, espressamente indicando, al comma 5, gli articoli 60 e 120 quali disposizioni attuative.

Premesso che per aver rilievo l'alterazione deve essere la conseguenza di circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica ed al rischio di mercato, nonché avere entità tale da alterare in maniera rilevante l'originario equilibrio contrattuale, la formulazione del nuovo comma 8 dispone che clausole di rinegoziazione siano in principio sempre previste, senza che, come già detto, un'eventuale carenza possa risultare preclusiva al riguardo; è, infatti, stabilita la possibilità di avanzare comunque richiesta di rinegoziazione, purché sia fatta senza ritardo, e senza che questo possa di per sé legittimare la sospensione dell'esecuzione del contratto.

Il comma 4 dell'articolo 9, del resto, favorisce espressamente l'inserimento nei contratti di clausole di rinegoziazione, con conseguente pubblicità delle stesse nel bando o nell'avviso con cui si indice la gara.

“ **Il RUP propone all'operatore economico i termini dell'aggiornamento entro 3 mesi dalla richiesta** ”

In termini procedurali, la norma prevede che, a seguito della richiesta ricevuta, sia il RUP a dover assumere l'iniziativa formulando all'operatore economico la proposta di aggiornamento degli

accordi in essere entro tre mesi dalla richiesta stessa, e che, laddove non si pervenga all'accordo in un termine ragionevole, la parte svantaggiata possa agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità delle parti per violazione dell'obbligo di rinegoziazione.

“ **La richiesta di rinegoziazione va avanzata senza ritardo e non può giustificare, di per sé, la sospensione dell'esecuzione del contratto** ”

Va altresì evidenziato come, in ossequio al principio generale di buona fede nell'esecuzione dei contratti, di cui all'articolo 1375 del codice civile, applicabile proprio in ragione delle indicazioni del comma 8 anche in fase esecutiva, nonostante la limitazione a quella di gara che si legge nell'articolo 5 del nuovo codice, la richiesta di rinegoziazione vada avanzata senza ritardo e non possa giustificare, di per sé, la sospensione dell'esecuzione del contratto.

L'osservanza dell'evocato principio generale di buona fede vale anche a definire il lasso di tempo ragionevolmente necessario per pervenire all'accordo sui contenuti della rinegoziazione.

Infine, seppur il comma 8 risulti scritto nell'evidente prospettiva dell'operatore economico (*il RUP provvede a formulare la proposta*) l'opzione che ne è alla base non sembra a priori poter escludere che, per lo meno in via di principio, dell'istituto della rinegoziazione possa avvalersi anche la stazione appaltante, laddove per le stesse menzionate ragioni l'equilibrio delle prestazioni dedotte in contratto venga meno; in tal senso vale considerare come l'articolo 9 si riferisca sempre alle parti, non già solo all'operatore economico.

“ **Le modifiche non sostanziali e le proposte dell'appaltatore** ”

Altra novità di rilievo è quella di cui al comma 7, che regola il caso delle **modifiche** espressamente definite **non sostanziali**, quindi in principio sempre ammesse a prescindere dal relativo valore

in forza di quanto previsto dal comma 5, anch'esso modificato rispetto alla previgente disciplina.

Dispone la regola che, fermo il rispetto di quanto indicato nel comma 6, che in maniera speculare fissa i parametri per l'individuazione delle modifiche **sostanziali** per le quali occorre procedere ad un nuovo affidamento, ed a condizione di rispettare la funzionalità dell'opera, al contratto in esecuzione possano essere apportate modifiche, tanto su iniziativa della stazione appaltante quanto dell'operatore economico, a condizione che dall'operazione scaturiscano: risparmi, da utilizzare in compensazione per fronteggiare le variazioni in aumento dei costi delle lavorazioni; soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione dell'opera.

La previsione, che sembra considerare in modo disgiunto i due effetti associati al presupposto del mantenimento della funzionalità delle opere, si caratterizza per il fatto di riconoscere, a livello di legislazione primaria, la titolarità dell'appaltatore ad avanzare proposte di modifica al contratto in esecuzione.

Precedenti in tal senso risalenti nel tempo sono quelli dell'articolo 11 del regolamento di cui al d.m. 19 aprile 2000, n. 145, recante il capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici, ai sensi della legge n. 109, del 1994, e dell'articolo 162 del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, entrambi riferiti a normative di natura secondaria.

“  
 Il nuovo comma 7 stabilizza  
 la disciplina interpretativa  
 dell'ex articolo 106 ...  
 ”

Il nuovo comma 7, viceversa, rileva quale norma di fonte primaria, e trae spunto, come si legge nella relazione che accompagna il nuovo codice, dai contenuti dell'articolo 7, commi 2 *ter* e *quater*, della legge 29 giugno 2022, n. 79, di conversione con modifiche del decreto 30 aprile 2022, n. 36, recante ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza.

La previgente disposizione, interpretativa dell'articolo 106 del vecchio codice, prevedeva che, in caso di significativi incrementi del costo dei materiali, fosse possibile introdurre varianti che

non alterassero la natura generale del contratto e, ferma restando la piena funzionalità dell'opera, generassero risparmi rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare esclusivamente per compensare significative, quanto imprevedute ed imprevedibili, variazioni in aumento dei costi dei materiali.

*In continuità con tale previsione - afferma testualmente la relazione - ed in coerenza col principio del risultato di cui all'articolo 1 del Codice, viene disposto, a regime, che le varianti che trovano copertura nelle somme a disposizione del quadro economico e non comportano aumenti di spesa e che mantengono la piena funzionalità dell'opera (e, quindi, a maggior ragione la natura del contratto) siano sempre ammesse se adeguatamente motivate da miglioramenti in termini di qualità dell'opera e/o di tempi di ultimazione. Infatti è interesse precipuo della stazione appaltante e della comunità di entrare nella disponibilità dell'oggetto del contratto nel più breve tempo possibile, senza contare il fatto che a tempi di realizzazione più brevi si associano minori rischi di sopravvenienza di eventi incidenti sull'andamento previsto, il primo dei quali è proprio l'aumento dei costi.*

“  
 ... ma con portata più ampia  
 ”

La previsione che il nuovo codice stabilizza è quindi di portata più ampia rispetto al precedente da cui trae spunto.

Il generale richiamo alla necessità della copertura di spesa nel quadro economico, non circoscritto ai soli risparmi generati dalla variante, sembra infatti ampliarne l'ambito di utilizzo, considerato anche il venir meno dell'avverbio *esclusivamente* relativo alla destinazione delle economie per far fronte alle variazioni in aumento dei costi dei materiali.

Per quest'ultimo caso, manca, peraltro, qualsiasi riferimento all'entità che le variazioni in aumento del costo delle lavorazioni devono registrare, aspetto viceversa presente nella disciplina di cui alla previgente normativa che, al comma 2 *ter*, parla di significativa alterazione del costo dei materiali.

Resta peraltro fermo che, da qualunque delle parti la modifica venga proposta, ciascuna di esse resta libera di accettarla o meno. In questo senso

la variante non potrebbe mai essere imposta dal committente all'appaltatore agli stessi prezzi, patti e condizioni definite in contratto.

### Novità anche in materia di proroghe e quinto d'obbligo

Nuove regole vanno segnalate anche in materia di proroghe, e di operatività del consolidato istituto del cosiddetto *quinto d'obbligo*.

Relativamente al primo aspetto la **proroga tecnica** non costituisce più l'unica ipotesi ammessa dalla legge.

Al riguardo, ferma la necessità di prevedere nel bando e nei documenti di gara iniziali specifica opzione circa la possibilità di utilizzo di tale istituto, viene in evidenza la differenza legata al fatto che l'esecuzione delle prestazioni in **regime generale di proroga** applicando, ai sensi del nuovo comma 10, eventuali condizioni di mercato più favorevoli per la stazione appaltante rispetto a quelle stabilite in contratto è possibile solo se in tal senso è fin dall'inizio previsto.

La possibilità di imporre, da parte del committente, un miglioramento delle condizioni economiche di esecuzione delle prestazioni contrattuali in caso di **proroga tecnica**, che rimane contemplata in via autonoma nel comma 11 ed espressamente ridisciplinata nei presupposti, viene comunque esclusa, prevedendo espressamente che, in tale ipotesi il contraente originario è tenuto all'esecuzione delle prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni previsti nel contratto.

*Secondo la relazione detta esclusione si lega al fatto che il gestore uscente "subisce" una proroga che è indipendente dalla sua volontà.*

Quanto all'istituto del *quinto d'obbligo*, ora disciplinato nel comma 9, la novità sta nel fatto che, per poter operare, l'istituto deve essere previsto nei documenti di gara iniziali.

La modifica rispetto all'automatismo che da sempre, anche in base all'articolo 1655 del codice civile, consente al committente di utilizzare *ex lege*, ambiti di flessibilità operativa, in aggiunta o in diminuzione rispetto all'entità delle prestazioni originariamente determinate, secondo quel che si legge nella relazione dipende dalla necessità di rendere la disciplina *compatibile con le fattispecie di modifica consentite dalla direttiva*.

## 2. Ulteriori notazioni

Scompare dall'articolo 120 di ogni riferimento agli **errori o alle omissioni della progettazione**.

Al riguardo, riferendoci ancora alla relazione, emerge come *la disciplina delle conseguenze sulla responsabilità dei progettisti*, già fissata al comma 9 dell'ex articolo 106, *sia stata inserita nella parte del Codice destinata a regolamentare la progettazione*, posto che non è apparso opportuno includere detta fattispecie quale autonoma previsione della normativa regolatrice delle modifiche contrattuali considerato che *tale causa della variante/modifica non è determinante ai fini dell'inserimento tra le fattispecie di modifica consentite in pendenza di esecuzione, che restano tutte e soltanto quelle fissate nell'articolo 120*.

Quanto alla definizione dell'errore progettuale, presente nell'ex comma 10 del vecchio articolo 106, le relative previsioni trovano oggi riscontro nell'articolo 3, comma 1, dell'allegato I.1.

Ulteriore osservazione riguarda, infine, il regime delle comunicazioni delle modifiche contrattuali all'Anac ed in ambito comunitario, laddove in tal senso rilevanti.

Relativamente a queste ultime si è già accennato all'inizio come l'avviso della intervenuta modifica del contratto nelle situazioni di cui al comma 1, lettere b) e c), già previsto dal comma 5 dell'ex articolo 106, è pubblicato, ai sensi del nuovo comma 14, a cura della stazione appaltante nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea con le informazioni di cui all'allegato II.16; per le **comunicazioni all'ANAC**, ai sensi del nuovo comma 15 si osservano gli oneri semplificati indicati all'articolo 12, comma 5, dall'allegato II.14.

# Il costo della manodopera tra il vecchio e il nuovo Codice dei Contratti pubblici

di Adriana Presti

SOTTO  
LA  
LENTE

Il nuovo Codice dei Contratti pubblici, di cui al D.Lgs. n. 36/2023, prevede una significativa novità che concerne il computo dei costi della manodopera.

Prima di analizzare funditus la nuova disciplina, non pare inutile ripercorrere l'exkursus del tema nell'ambito del previgente Codice di cui al D.Lgs. n. 50/2016, come modificato dal decreto correttivo al codice dei contratti di cui al D.Lgs. n. 56/2017.

In particolare, l'ultimo periodo del comma 16 dell'articolo 23 (*"Livelli della progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi"*) del Codice dei contratti di cui al D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i., introdotto dal c.d. Correttivo, dispone(va) che: *"Nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nel presente comma. I costi della sicurezza sono scorpati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso"*.

La modifica introdotta dal citato articolo 23, comma 16, del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. si associava a quella introdotta dal comma 10 dell'articolo 95 del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. il cui testo era il seguente: *"Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)".* L'articolo 97, comma 5, lettera d), del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i., poi, stabiliva che *"La stazione appaltante [...] esclude l'offerta solo [...] se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto: [...] d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16"*.

Di conseguenza, nella stesura definitiva del c.d. Correttivo, il tenore letterale della disposizione di cui all'art. 23, comma 16, non lasciava dubbi sul fatto che solo i costi della sicurezza dovevano essere scorporati dall'importo assoggettato al ribasso d'asta, fermo restando l'eventuale controllo dell'anomalia dei costi del personale se ed in quanto inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle.

Interessante è però considerare, nell'ottica delle novità introdotte dal Nuovo Codice, che nella prima versione del c.d. Correttivo, approvata in via preliminare dal Consiglio dei Ministri, l'ultimo periodo del citato articolo 16 includeva anche i costi della manodopera dal costo dell'importo assoggettato al ribasso d'asta, stabilendo che *"Il costo della manodopera e i costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso d'asta"*.

Difatti nella relazione di accompagnamento al Correttivo, la stessa poiché riferita alla versione originaria del testo della disposizione - quella in cui l'ultimo periodo, per l'appunto, recitava *"Il costo della manodopera e i costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso d'asta"* -, si precisava che all'articolo 23 erano inseriti *"due periodi al comma 16, volti a prevedere rispettivamente che, per i contratti relativi ai lavori, il costo dei materiali edili è determinato sulla base dei prezziari regionali, aggiornati annualmente e che i costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato a ribasso d'asta"*.

Senonché, il Consiglio di Stato nel parere del 30 marzo 2017 n. 782, sollevò più di una perplessità sul tenore del testo preliminare dei periodi introdotti nella parte finale del comma 16 dell'articolo 23 e, infatti, non mancò di evidenziare che: *"la nuova disposizione (per come formulata) equipara tout court il costo della manodopera ai costi della sicurezza, cioè a quelle voci che concorrono all'importo finale ma non sono soggette a ribasso. Tuttavia, come è noto, i costi della sicurezza c.d. esterna sono già quantificati a priori dal bando e cioè dalla stazione appaltante. Diviene allora necessario, ove si opti per il mantenimento della previsione, chiarire a chi - stazione appaltante o offerente - spetti oggi scorporare questi costi dall'importo sul quale calcolare il ribasso"*.

Anche l'ANAC, con la Segnalazione del 19 marzo 2014 n. 2, recante *"Disposizioni in materia di costo*

*del lavoro negli appalti pubblici di cui all'art. 82, comma 3-bis del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163"*, non aveva mancato di rilevare che la primigenia versione della disposizione non poteva trovare applicazione senza ingenerare effetti distorsivi del mercato, dovendo comunque essere temperata anche la necessità di salvaguardare il principio dell'autonomia imprenditoriale.

E ciò *"in perfetta coerenza con il diritto comunitario, di cui tiene conto lo stesso articolo 55 della direttiva 2004/18 (recepito negli artt. 87 e 88 del Codice), laddove, sostanzialmente, ammette giustificazioni in relazione ad elementi che influenzano il costo "complessivo" del personale e tutela il solo costo "unitario"*.

Ferma restando, pertanto, la tutela da assicurare al rispetto di quest'ultimo, il costo complessivo del personale, per ciascun concorrente, è da ritenere che si determini in base alla reale capacità organizzativa d'impresa che è funzione della libera iniziativa economica ed imprenditoriale (art. 41 Cost.) e come tale non può essere in alcun modo compressa mediante predeterminazioni operate ex ante".

Di conseguenza, il legislatore, condividendo evidentemente siffatti rilievi, nella stesura del testo definitivo, decise di modificare l'ultimo periodo del comma 16 precisando che soltanto i costi della sicurezza dovevano essere scorporati dall'importo a base d'asta assoggettato a ribasso.

Arrivando ai giorni nostri, l'articolo 41 del Nuovo Codice di cui al d.lgs. 36/2023, rubricato *"Livelli e contenuti della progettazione"*, dispone testualmente, al comma 14, che *"Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale"*.

Si tratta del recepimento di un preciso criterio di delega di cui all'art. 1 comma 2 lett. t) della L. 78/2022, in cui si prevedeva che *"in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso"*.

È dunque ora previsto che la stazione appaltante o l'ente concedente, nella determinazione dell'importo posto a base di gara, negli appalti di lavori e di servizi, individui i costi della manodopera, e che tanto tale costo quanto quello relativo alla sicurezza debbono essere scorporati dall'importo assoggettato a ribasso.

**“ Negli appalti di lavori e servizi i costi della manodopera e della sicurezza sono sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso ”**

La disposizione fa, tuttavia, salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo derivi da una più efficiente organizzazione aziendale.

**“ L'operatore può, quindi, dimostrare che un ribasso che coinvolga il costo della manodopera derivi da una più efficiente organizzazione aziendale così armonizzando il criterio di delega con l'art. 41 della Costituzione. ”**

Il comma 13 dell'articolo 41 stabilisce, poi nel dettaglio, i criteri per la determinazione del costo della manodopera prevedendo, in particolare, che: *“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. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più affine a quello preso in considerazione. Per i contratti relativi a lavori, il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato facendo riferimento ai prezzi correnti alla data dell'approvazione del progetto riportati nei prezziari*

*predisposti dalle regioni e dalle province autonome o adottati, dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti che, in base alla natura e all'oggetto dell'appalto, sono autorizzati a non applicare quelli regionali. I criteri di formazione ed aggiornamento dei prezziari regionali sono definiti nell'allegato I.14. In sede di prima applicazione del presente codice, l'allegato I.14 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici e dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), nonché previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti fra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice. In mancanza di prezziari aggiornati, il costo è determinato facendo riferimento ai listini ufficiali o ai listini delle locali camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura oppure, in difetto, ai prezzi correnti di mercato in base al luogo di effettuazione degli interventi”.*

In altri termini, nel recare la disciplina sulla determinazione del costo del lavoro comune agli appalti di lavori, servizi e forniture, siffatta disposizione mantiene la stessa impostazione prevista dall'articolo 23, comma 16, del Codice di cui al D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i.. A tal fine debbono quindi essere adoperate le apposite tabelle determinate, ogni anno, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, tenendo conto:

- (i) dei lavori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale;
- (ii) delle norme in materia previdenziale ed assistenziale,
- (iii) dei diversi contesti e settori merceologici;
- (iv) delle differenti aree territoriali.

La norma, in via suppletiva, stabilisce che, qualora manchi un contratto collettivo applicabile il costo della manodopera è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più affine a quello preso in considerazione.

Mentre per i lavori, si debbono adoperare:

- (i) di norma **i prezziari predisposti dalle regioni e dalle province autonome o adottati, dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti che, in base alla natura e all'oggetto dell'appalto,**

**sono autorizzati a non applicare quelli regionali. Di conseguenza il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato facendo applicazione dei prezzi correnti alla data di approvazione del progetto;**

- (ii) in assenza dei prezziari, i listini ufficiali o i listini delle locali camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura;
- (iii) ed in via residuale, i prezzi correnti di mercato in base al luogo di effettuazione degli interventi.

Tornando al necessario scorporo anche dei costi della manodopera, si rileva che di recente il tema è stato, seppur marginalmente, trattato dal **Consiglio di Stato nella sentenza 9 giugno 2023 n. 5665**, rispetto ad una fattispecie, regolata dal previgente Codice di cui al D.lgs. n.50/2022, nell'ambito della quale si verteva di un asserito illegittimo ribasso che la neo individuata aggiudicataria aveva effettuato sul costo della manodopera, nonostante, secondo la ricostruzione della ricorrente seconda classificata, la *lex specialis* ne facesse espresso divieto.

**“L'art. 41 comma 14 del d.lgs. 36/2023, significativamente, opera una netta “inversione di rotta” rispetto al d.lgs. 50/2016 laddove disponendo che “Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale”.**

Il Consiglio di Stato, annullando della sentenza di prime cure, ha accertato che, diversamente da quanto assunto dal TAR, in realtà nessuna

disposizione della *lex specialis* prevedeva - e mai avrebbe potuto prevedere (pena la nullità della clausola) - un divieto, sanzionato con l'esclusione, per l'ipotesi in cui i costi aziendali della manodopera del concorrente fossero risultati inferiori rispetto a quelli teorici e presunti indicati nella lettera di invito.

L'errore del TAR, secondo il Collegio, è, dunque, quello di avere sovrapposto e confuso aspetti dell'offerta totalmente diversi, soggetti a discipline diverse. Un conto è infatti il costo teorico medio determinato dalla stazione appaltante ai fini del valore da attribuire all'appalto, ai sensi dell'art. 23, comma 16 del d.lgs. n. 50/2016, altro è invece il costo effettivo della manodopera che il concorrente deve indicare nella propria offerta, ai sensi dell'art. 95, comma 10 del Codice.

Qualora, come sostiene il TAR, il costo predeterminato dalla stazione appaltante fosse stato fisso e inderogabile, l'Allegato con cui si richiedeva ai partecipanti alla gara di indicare “i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali”, indicando il proprio costo del personale che poteva quindi essere diverso da quello medio stimato dalla stazione appaltante, sarebbe stato totalmente superfluo, non potendo indicare i concorrenti oneri aziendali per il personale di importo diverso da quello stimato nella lettera d'invito.

L'errore in cui sarebbe incorso il TAR nel ritenere sussistente una illegittima operazione di ribasso sui costi del personale si sarebbe riverberato sulle considerazioni successive sviluppate nella sentenza, nella parte concernente la valutazione di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria.

Secondo il Consiglio di Stato, la clausola della *lex specialis* contenente il divieto di ribasso sui costi di manodopera, sarebbe stata in flagrante contrasto con l'art. 97, comma 6 d.lgs. n. 50/2016 e, più in generale, con il principio di libera concorrenza nell'affidamento delle commesse pubbliche. L'art. 97, comma 6, appena citato così recita(va), come si è accennato: “6. Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge. Non sono, altresì, ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza di cui al piano di sicurezza e coordinamento previsto dall'articolo 100 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81. La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”.

Infatti, secondo il Consiglio di Stato, il divieto indiscriminato di ribasso sulla manodopera avrebbe i seguenti effetti:

- a1)** la standardizzazione dei costi verso l'alto;
- b1)** la sostanziale imposizione del CCNL individuato dalla stazione appaltante al fine di determinare l'importo stimato dell'appalto;
- c1)** la sostanziale inutilità dell'art. 97 comma 6 sopra citato e cioè l'obbligo per gli operatori economici del rispetto degli oneri inderogabili;
- d)** l'impossibilità, da parte della stazione appaltante, di vagliare l'effettiva congruità in concreto delle offerte presentate dai concorrenti tenuto conto che:
  - d1)** ciò che la stazione appaltante deve verificare, con riferimento al costo della manodopera indicato, è l'eventuale scostamento dai dati tabellari medi con riferimento al "costo reale" (o costo ore lavorate effettive) comprensivo dei costi delle sostituzioni cui il datore di lavoro deve provvedere per ferie, malattie e tutte le altre cause di legittima assenza dal servizio;
  - d2)** l'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta, e la correlativa verifica della loro congruità risponde all'esigenza di tutela del lavoro sotto il profilo della giusta retribuzione (Consiglio di Stato, sez. V, 13 ottobre 2022, n. 8735);
  - d3)** l'indicazione dei costi della gestione e delle spese generali seppure indicate in misura esigua, impinge in valutazioni di merito sottratte al sindacato giurisdizionale nella misura in cui la stazione appaltante ne ha ritenuto la congruità e attendibilità, alla luce del generale principio sul carattere globale e sintetico di tale giudizio per cui un sospetto di anomalia per una specifica componente non incide necessariamente ed automaticamente sull'intera offerta che deve essere comunque apprezzata nel suo insieme, con un giudizio globale e sintetico di competenza della stazione appaltante;
  - d4)** la valutazione di anomalia dell'offerta va fatta considerando tutte le circostanze del caso concreto, poiché un utile all'apparenza modesto può comportare un vantaggio significativo sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa (il mancato utilizzo dei propri fattori produttivi è comunque un costo), sia per la qualificazione, la

pubblicità, il *curriculum* derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e dall'aver portato a termine un appalto pubblico, cosicché nelle gare pubbliche non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulta pari a zero (Consiglio di Stato, sez. V, 10 novembre 2021, n. 7498).

Un'altra considerazione, secondo il Consiglio di Stato, rispetto alla fattispecie trattata è dirimente. L'art. 23 comma 16, invocato dall'appellante a sostegno delle proprie ragioni, dispone che *"I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso"*. I costi della sicurezza e solo quelli.

A supporto interpretativo, il Consiglio di Stato ha richiamato la nuova disciplina recata dall'art. 41, comma 14, del d.lgs. 36/2023 che, significativamente, opera una netta "inversione di rotta" rispetto al d.lgs. 50/2016 laddove dispone: *"14. Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale"*.

Sicché, il Consiglio di Stato ha quindi sottolineato che persino nel "nuovo Codice", che in applicazione di un preciso criterio di delega di cui all'art. 1 comma 2 lett. t) della L. 78/2022, ha previsto *"in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso"*, è stata fatta salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che un ribasso che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una più efficiente organizzazione aziendale, così armonizzando il criterio di delega con l'art. 41 della Costituzione.

E, d'altronde, non è stato superfluo osservare dal Consiglio di Stato che, a supporre corretto l'argomentare del TAR si arriverebbe (come si è arrivati) a considerare che la gara sia stata indetta solo per vagliare il ribasso sulla voce "spese generali", ciò che costituisce un assurdo logico prima che una ricostruzione in diritto non condivisibile.

“ nel “nuovo Codice” è previsto **“che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso”** ed è stata fatta salva la possibilità per l’operatore economico **di dimostrare che un ribasso che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una più efficiente organizzazione aziendale** così armonizzando il criterio di delega con l’art. 41 della Costituzione ”

Ebbene, nel nuovo assetto, resta quindi ferma la possibilità di *“dimostrare che il ribasso complessivo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale”*.

Il che tradotto significa che la non assoggettabilità al ribasso dei costi della manodopera non si fonda affatto su una sorta di intangibilità assoluta della determinazione della stazione appaltante in merito all’incidenza del costo del lavoro in relazione allo specifico appalto, essendo pur sempre fatta salva,

in ossequio all’articolo 41 della Costituzione, la possibilità per un operatore economico, in base ad una più efficiente organizzazione aziendale, di dedicare al singolo appalto un quantitativo reale ed efficiente di risorse umane, nonché di impiegare tempi di esecuzione tali da garantire comunque l’esecuzione a regola d’arte dell’appalto, contenendo i costi della manodopera e, quindi, spendendo meno di quanto *ab origine* previsto dalla stazione appaltante.

La disposizione di cui all’articolo 41, comma 14, del Codice, in conclusione, altro non è che il frutto del necessario bilanciamento, tra predeterminazione dei costi della manodopera e libertà di impresa: la norma opera però una vera e propria presunzione relativa, nella misura in cui stabilisce che, di norma, i costi della manodopera sono quelli indicati dalla stazione appaltante, facendo salva la possibilità per l’operatore economico di dimostrare che la sua più efficiente organizzazione aziendale consente e prova il ribasso complessivo effettivamente offerto.

Difficile dire, come si tradurrà il tutto sul piano pratico: certo è che la non assoggettabilità del costo del lavoro al ribasso determina l’obbligo per la stazione appaltante di effettuare un calcolo dettagliato e capillare del costo della manodopera in relazione all’appalto specifico.

# L'Avvalimento nel nuovo Codice dei Contratti (D.Lgs. 36/2023) e in particolare l'avvalimento "premiabile"

di Riccardo Gai

IL  
PUN  
TO

## 1. "Storia" dell'avvalimento

L'avvalimento è un istituto di matrice eurounitaria finalizzato a garantire la massima partecipazione alle gare pubbliche, consentendo alle imprese non munite dei requisiti partecipativi di usufruire delle capacità tecniche ed economico-finanziarie di altre imprese.

Il principio generale che caratterizza l'istituto è quello secondo cui, ai fini della partecipazione alle gare d'appalto, il concorrente, per dimostrare le capacità tecniche, finanziarie ed economiche, nonché il possesso dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto e richiesti dal relativo bando, ha facoltà di avvalersi delle capacità e dei mezzi di uno o più soggetti diversi, ai quali può ricorrere tramite la stipulazione, appunto, di un contratto di avvalimento.

“ L'avvalimento è un istituto di **matrice eurounitaria finalizzato a garantire la massima partecipazione alle gare pubbliche, consentendo alle imprese non munite dei requisiti partecipativi, di usufruire delle capacità tecniche ed economico-finanziarie di altre imprese.** ”

Ben prima della sua codificazione, l'istituto è stato creato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea con la sentenza relativa al caso *Bellast - Nedam Group C-389/94*, ma soltanto con riferimento ai rapporti ai rapporti infragruppo, per cui il rapporto tra impresa ausiliata ed impresa ausiliaria veniva concepito soltanto all'interno del gruppo imprenditoriale d'appartenenza.

La riconduzione dell'istituto entro detti limiti ha fatto sì che il carattere potenzialmente dirompente dello stesso venisse attenuato, quantomeno formalmente, poiché in tal modo - seppur derogando al tradizionale principio secondo cui ogni operatore deve possedere i requisiti necessari per l'esecuzione delle prestazioni in gara - detta deroga poteva trovar una giustificazione nell'ambito del gruppo imprenditoriale dove il "prestito" dei requisiti trovata la sua ragion d'essere nell'esistenza del collegamento societario.

Successivamente, con la pronuncia C-176/98 *Holst - Italia* la Corte Europea ha compiuto un ulteriore passo, riconoscendo l'ammissibilità dell'istituto non più soltanto nell'ambito infragruppo ma, in ossequio al maggior peso che il diritto europeo ha, da sempre, riconosciuto al principio della libera concorrenza, adottando un approccio sostanzialistico tramite cui, piuttosto che concentrarsi sui rapporti tra soggetto avvalente e soggetto avvalso, ha scelto di dar maggior peso alla necessità per il primo di fornire prova della effettiva disponibilità dei requisiti promessi dal secondo, per tutta la durata dell'appalto.

Tuttavia, prima di dette pronunce, il Legislatore europeo già aveva avuto modo di affrontare l'istituto con l'art. 3, par. n. 3 della Direttiva servizi 32/50/CEE che, solo per la capacità economico-finanziaria, disponeva che *"qualora per giustificati motivi il prestatore non sia in grado di presentare le referenze richieste dall'amministrazione è ammesso a provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento che l'amministrazione stessa ritenga appropriato"*; ancora, analogamente il successivo art. 32 prevedeva, per la dimostrazione della capacità tecnica, *"l'indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, a prescindere dal fatto che essi facciano o non facciano direttamente capo al prestatore di servizi, e in particolare di quelli responsabili per il controllo della qualità"*.

L'impostazione affermata nei casi *Holst Italia* e *Bellast Nedam Group* è stata poi recepita dalle Direttive 17/2004 e 18/2004 secondo cui: i) l'avvalimento può riguardare qualsiasi requisito di natura tecnico-organizzativa o economico-finanziaria; ii) il concorrente può avvalersi anche per intero di un requisito non posseduto; la dimostrazione del possesso dei requisiti si estrinseca anzitutto nella prova che l'ausiliaria ha assunto lo specifico obbligo di porre a disposizione dell'ausiliata le risorse correlate alla dichiarazione di avvalimento; iii) l'accordo di avvalimento deve riguardare una determinata gara e può essere usato per dimostrare i requisiti necessari all'iscrizione ad un sistema di qualificazione a condizione che detto accordo intervenga tra imprese che fanno parte del medesimo gruppo societario (la limitazione ai legami infragruppo non opera, tuttavia, per i settori speciali).

## **2. L'introduzione dell'avvalimento nell'ordinamento nazionale**

L'introduzione nel nostro ordinamento dell'avvalimento è avvenuta con il d.lgs. 163/2006, con il quale il legislatore si è premurato di tutelare principalmente la posizione della stazione appaltante in caso di ricorso all'istituto in questione, rafforzando i principi di trasparenza e concorrenzialità, al fine di prevenire rischi d'inquinamento delle gare, in particolare prevedendo un divieto per l'ausiliaria di partecipare – sia a titolo individuale sia quale componente di R.T.I. o di consorzio – alla medesima gara in cui ella presti altresì i suoi requisiti. Detto divieto si estendeva anche a quelle imprese che, rispetto

all'ausiliaria, si pongono con questa in un rapporto di controllo ex art. 2359 c.c..

Vi era inoltre la limitazione del ricorso all'istituto dell'avvalimento rispetto ai lavori pubblici, in cui era possibile ricorrere ad una sola ausiliaria per ogni categoria di qualificazione (c.d. *divieto di avvalimento plurimo*). Tuttavia, detta limitazione poteva essere derogata allorché la stazione appaltante – in virtù dell'importo della procedura ovvero della specificità delle prestazioni – ammetteva il ricorso a più ausiliarie attraverso apposita previsione nel bando di gara. Restava fermo il divieto c.d. avvalimento frazionato rispetto ai singoli requisiti economico-finanziari e tecnico organizzativi ex art. 40, comma 3, lett. b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria (cfr. Corte di Giustizia C-94/2012 con cui è stato dichiarato il contrasto della norma italiana con la disciplina europea).

Ulteriore limitazione consisteva nel fatto che l'impresa ausiliaria potesse prestare i propri requisiti solo ed esclusivamente a favore di un unico concorrente (c.d. *principio di esclusività*), che ha tuttavia subito delle deroghe laddove in sede di prassi applicativa laddove erano richiesti requisiti tecnici relativamente al possesso di particolari attrezzature non facilmente reperibili e pertanto, più concorrenti possono avvalersi della stessa ausiliaria fino al numero massimo previsto nella *lex specialis*.

Successivamente, con l'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, sono stati ampliati gli orizzonti applicativi dell'avvalimento. L'articolo 89, comma 1, del previgente Codice dei contratti prevedeva infatti che: *"l'operatore economico, singolo o raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 84, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche di partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se*

*questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste".*

I caratteri e le finalità di fondo dell'istituto erano stati tracciati dall'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE (cui corrispondono le analoghe previsioni dell'articolo 38, paragrafo 2 della direttiva 2014/23/UE in tema di concessioni e dell'articolo 79 della direttiva 2014/25/UE in tema di cc.dd. 'settori speciali'). L'obiettivo era l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile: esso è perseguito dalle direttive a vantaggio non soltanto degli operatori economici (per facilitare tra l'altro l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici), ma allo stesso tempo delle Stazioni appaltanti, consentendo l'accesso alle gare anche ad aziende di nuova costituzione o, comunque, non ancora in grado di esprimere tutte le potenzialità richieste per la partecipazione a determinate procedure di affidamento di contratti pubblici.

L'avvalimento poteva essere pacificamente utilizzato per tutti i requisiti cd. speciali di partecipazione, che facevano riferimento alle caratteristiche dell'operatore economico sotto il profilo dell'attività e dell'organizzazione (requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa).

Viceversa era precluso per i requisiti generali (o soggettivi), i quali sono intrinsecamente legati alla situazione personale del soggetto, alla sua affidabilità morale e professionale, e non sono suscettibili di alcuna forma di sostituzione (l'art. 49 del d.lgs. 163/2006 prevedeva già che sia l'impresa ausiliaria che quella ausiliata ne fossero provviste direttamente).

**“ La messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità. ”**

Dal punto di vista applicativo, la problematica maggiormente dibattuta in seno alla giurisprudenza amministrativa investiva la dimostrazione del possesso dei mezzi, e dell'effettività e serietà della messa a disposizione.

Era infatti onere del concorrente di dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegnava semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assumeva l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità, e quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto.

E' stato più volte rilevato che la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificavano l'attribuzione del requisito di qualità.

In altri termini, ad avviso della consolidata giurisprudenza, risultava insufficiente allo scopo la sola e tautologica riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente", o espressioni equivalenti: è stata infatti ritenuta legittima l'esclusione dalla gara pubblica dell'impresa che abbia fatto ricorso all'avvalimento producendo un contratto che non contiene alcuna analitica e specifica elencazione o indicazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati, atteso che l'esigenza di una puntuale analitica individuazione dell'oggetto del contratto di contratto, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (e l'indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali pubbliche, nella necessità di non consentire facili e strumentali aggiramenti del sistema dei requisiti di partecipazione alle gare (cfr., *ex multis*, Cds, Sez. V, 12 marzo 2018, n. 1543).

### 3. Le novità del nuovo Codice dei Contratti (D.Lgs. 36/2023) e l'avvalimento "premierale"

La principale novità del d.lgs. 36/2023 consiste nel fatto che l'avvalimento è ammesso non solo per ottenere i requisiti necessari alla partecipazione ad una gara, ma anche per ottenere un punteggio più elevato, grazie ai requisiti prestati dalla ditta ausiliaria. Si tratta, in questo ultimo caso, di un "avvalimento premierale", con il limite del divieto di partecipazione alla medesima gara della ausiliaria e della ausiliata, e con l'obbligo per ditta ausiliaria di possedere sia i requisiti generali che quelli specifici.

“ La principale novità del d.lgs. 36/2023 consiste nel fatto che l'avvalimento è ammesso non solo per ottenere i requisiti necessari alla partecipazione ad una gara, ma anche per ottenere un punteggio più elevato, grazie ai requisiti prestati dalla ditta ausiliaria (avvalimento "premierale"). ”

In particolare, l'articolo 104 del nuovo codice dei contratti descrive l'avvalimento come il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara, dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto. Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico.

Il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti.

Il comma 2 dell'art. 104 precisa che, qualora il contratto di avvalimento sia concluso per acquisire un requisito necessario alla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000 o di un appalto di servizi e forniture, esso ha per oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta.

Il comma 3 puntualizza che, qualora il contratto di avvalimento sia stipulato con impresa ausiliaria in possesso di autorizzazione o altro titolo abilitativo richiesto per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 100, comma 3, o con un soggetto in possesso di titoli di studio o professionali necessari all'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto, i lavori o i servizi sono eseguiti direttamente dall'impresa ausiliaria. In tal caso si applicano le disposizioni in materia di subappalto.

Il comma 4 dell'art. 104 precisa che l'operatore economico debba allegare alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica, specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta, e allega, nel caso di cui al comma 2, la certificazione rilasciata dalla SOA o dall'ANAC. L'impresa ausiliaria è tenuta a dichiarare alla stazione appaltante:

- a) di essere in possesso dei requisiti di ordine generale;
- b) di essere in possesso dei requisiti di cui all'articolo 100 (requisiti di ordine speciale) per i servizi e le forniture;
- c) di impegnarsi verso l'operatore economico e verso la stessa stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse oggetto del contratto di avvalimento.

Il comma 5 dell'articolo in esame prevede che, in caso di dichiarazioni mendaci, fermo restando l'applicazione dell'articolo 96, comma 15 (segnalazione all'ANAC), nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante assegna all'operatore economico concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, per indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, purché la sostituzione dell'impresa ausiliaria non conduca a una modifica sostanziale dell'offerta dell'operatore economico. Nel caso di mancato rispetto del termine assegnato, la stazione appaltante esclude l'operatore economico.

Inoltre, l'operatore economico e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico dell'operatore economico si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.

In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante in corso d'esecuzione effettua le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il RUP accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento.

Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali, ivi comprese le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento.

L'ultimo comma dell'art. 104 puntualizza che, come anticipato, 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.

#### **4. L'avvalimento "premiale" tra vecchio e nuovo codice: il divieto di applicazione retroattiva**

Visto al paragrafo che precede in cosa consista l'avvalimento premiale, va detto che nella vigenza del d.lgs. 50/2016, dove mancava la sua espressa previsione, tale possibilità era per lo più preclusa dalla giurisprudenza prevalente.

Secondo la giurisprudenza pronunciata in vigenza del d.lgs. 50/2016, infatti, l'avvalimento "premiale" poteva essere consentito solo qualora lo scopo principale del contratto fosse quello di ottenere anche (e soprattutto) dei requisiti di "partecipazione", con possibilità che gli stessi, permettessero poi di realizzare un maggior punteggio qualitativo (ex multis Cds, Sez. V, n. 2526/2021)

Invero, la *ratio* della tesi giurisprudenziale contraria si fondava sul rilievo che il mero prestito

dei requisiti, mezzi e risorse non funzionali alla partecipazione alla procedura di gara, rischiava di alterare la *par condicio* fra i concorrenti, consentendo l'attribuzione di un punteggio incrementale all'offerta di un operatore economico, al quale potrebbe non corrispondere, in fase esecutiva, un effettivo livello di qualificazione imprenditoriale.

In tale prospettiva, i limiti al ricorso all'avvalimento derivano dalla *ratio* dell'istituto, che consiste esclusivamente nel *favor participationis* per gli operatori economici sprovvisti dei requisiti di carattere economico-finanziario, delle risorse professionali e dei mezzi tecnici necessari per partecipare a un appalto pubblico. Pertanto, qualora il contratto di avvalimento venga utilizzato per ragioni che esulano dalla necessità di ovviare al mancato possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*, ciò si tramuta in uno sviamento della fisiologica funzione pro concorrenziale, verso una situazione patologica finalizzata al solo tentativo di ottenere una migliore valutazione dell'offerta tecnica, senza che a ciò corrisponda una reale ed effettiva qualificazione della proposta.

Tale essendo la posizione della giurisprudenza assolutamente prevalente nella vigenza del D. lgs 50/2016, 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 del d.lgs. 36/2023 contemplato anche la possibilità di un avvalimento "per migliorare la propria offerta" (cfr. art. 104, co. 4), consistente 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, determinando il definitivo superamento del divieto, individuato nella precedente giurisprudenza, dell'avvalimento meramente premiale finalizzato esclusivamente alla maggior valorizzazione della propria proposta negoziale.

Come correttamente evidenziato dalla recente giurisprudenza formatasi nella vigenza del previgente codice (TAR Campania, Napoli, Sez. III, 04/08/2023 n. 4756), 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.

“ **Secondo la recente giurisprudenza (TAR Campania, Napoli, Sez. III, 04/08/2023 n. 4756), in merito all'avvalimento premiale "puro" di cui all'art. 104, co. 4, d.lgs. 36/2023, 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 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.

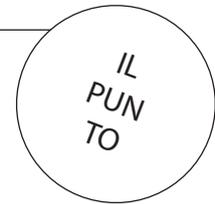
Ancor più recentemente, la giurisprudenza ha ribadito il principio di irretroattività dell'avvalimento premiale nella vigenza del vecchio codice, affermando che *<<la giurisprudenza esclude l'ammissibilità dell'avvalimento meramente premiale, utilizzato dal concorrente già in possesso dei requisiti di partecipazione, all'unico ed esclusivo fine di disporre di ulteriori elementi da spendere nell'ambito dell'offerta tecnica e di conseguire il relativo punteggio premiale; la medesima giurisprudenza ammette invece l'avvalimento premiale da parte del concorrente che non sia già in possesso dei requisiti di partecipazione, al fine di disporre sia dei citati requisiti sia dei correlati elementi utili a comporre l'offerta tecnica e a costituire oggetto di valutazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 9 febbraio 2023, n. 1449, Consiglio di Stato, sez. V, 25 marzo 2021, n. 2526, Consiglio di Stato, sez. V, 17 settembre 2021, n. 6347). In tal caso il ricorso all'avvalimento risulta conforme alle caratteristiche strutturali e funzionali dell'istituto e alla sua logica pro concorrenziale, operando a favore non dell'operatore economico che miri esclusivamente alla maggiore valorizzazione della propria offerta ma di quello che, privo dei requisiti di partecipazione, disponga delle risorse messe a disposizione per meglio articolare la propria offerta>>* (TAR Campania, Salerno, Sez. I, 19/9/2023, n. 2014).

Infatti, se con l'avvalimento l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'impresa ausiliata i requisiti speciali di partecipazione di cui questa risulta carente e le connesse risorse aziendali, allora non può escludersi che l'impresa ausiliata, nella formulazione della offerta tecnica, utilizzi le medesime risorse, di cui può e deve disporre nella fase di esecuzione del contratto proprio sulla base del rapporto di avvalimento, al fine di comporre una proposta tecnica che possa essere maggiormente apprezzata dalla Stazione appaltante e conseguire i punteggi premiali previsti.

Il TAR Campania ha dunque concluso affermando che *<<Tale elaborazione risulta coerente con l'impostazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 (espressamente richiamato dal par. 3 dell'avviso e applicabile alla procedura in questione, svoltasi nel vigore del citato decreto), tuttavia modificata dal nuovo art. 104 del d.lgs. n. 36/2023 (non applicabile ratione temporis alla procedura) che, innovando e non meramente interpretando la previgente disciplina, consente l'avvalimento premiale puro ovvero l'avvalimento finalizzato non alla partecipazione ma all'esclusivo conseguimento delle risorse necessarie all'attribuzione di punteggi incrementali, sia pure con il limite partecipativo previsto dalla medesima disposizione quale opportuno temperamento a tutela dei rapporti concorrenziali>>*.

# L'Autorità Antitrust sugli affidamenti emergenziali nel trasporto pubblico locale

di Francesca Scura



## Premesse

Nell'ambito della propria attività di monitoraggio degli affidamenti dei servizi pubblici locali, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha avviato varie indagini volta a verificare lo stato degli affidamenti del servizio di trasporto pubblico locale ("TPL").

L'attenzione dell'Antitrust si è soffermata sulla situazione in essere in alcune regioni (Lazio, Calabria, Sicilia), con considerazioni che riguardano, più in generale, gli affidamenti in via di emergenza dei servizi e il ritardo nell'espletamento delle procedure ad evidenza pubblica nel settore.

Nei casi due analizzati, l'Autorità ha deciso di ricorrere al TAR utilizzando uno strumento (il ricorso ex art. 21 bis L. 287/90) che la legge le offre al fine di ottenere l'annullamento di atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. Trattasi di una peculiare *legitimitas ad causam* riconosciuta ex lege a tutela del valore della libertà di concorrenza<sup>1</sup>.

## 1. L'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale

La normativa di settore disciplinante le modalità di affidamento dei servizi di TPL è da rinvenirsi nel D.lgs. 422/97 (art. 18) e nel Regolamento CE 1370/2007 (par. 5). In tale complesso normativo si inserisce, da ultimo, con non pochi problemi di coordinamento, la disciplina dettata dall'art. 14 del D.Lgs. n. 201/2022 (art. 14 ss.).

Quest'ultimo provvedimento ha valenza generale, riguardando l'insieme dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Il capo II del titolo III del D.Lgs. n. 201/2022, incluso l'art. 14, è dedicato alle *"forme di gestione dei servizi pubblici locali"* e risulta direttamente applicabile al TPL, sia per le espresse previsioni di cui all'art. 32, sia in coerenza con il criterio di delega di cui all'art. 8, comma 2, lett. m), della legge n. 118/2022 circa l'*"estensione, nel rispetto della normativa dell'Unione europea, della disciplina applicabile ai servizi pubblici locali, in materia di scelta della modalità di gestione del servizio e di affidamento dei contratti, anche al settore del trasporto pubblico locale"*<sup>2</sup>.

---

1. Cfr., ex multis, Cons. St., 18 aprile 2023, n. 3880; n. 1580 del 2023; 28 gennaio 2016, n. 323; 30 aprile 2014, n. 2246; Corte cost., sentenza n. 20/2013.

2. Il D.Lgs. n. 201 del 23 dicembre 2022, recante il *"Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica"* è stato pubblicato in G.U. n. 304 del 30/12/2022 ed è entrato in vigore in data 31/12/2022. Il Decreto attua la delega prevista dall'art. 8 della L. 5/8/2022, n. 118 (legge annuale sulla concorrenza) e si inserisce nel quadro delle norme adottate in attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), che ha previsto la razionalizzazione della normativa sui servizi pubblici locali, con la finalità di promuovere dinamiche competitive e assicurare la qualità dei servizi pubblici e i risultati delle gestioni. Le sole disposizioni direttamente applicabili al TPL sono, oltre ai principi del titolo I, quelle del titolo III, concernente istituzione e organizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, nonché le disposizioni di agli artt. 29 (rimedi non giurisdizionali), 30 (verifiche periodiche sulla situazione gestionale dei servizi pubblici locali) e 31 (trasparenza nei servizi pubblici locali).

L'art. 14 cit. prevede le seguenti modalità di gestione del servizio pubblico locale:

- a) affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica secondo la disciplina dei contratti pubblici, nel rispetto del diritto dell'Unione europea;
- b) affidamento a società mista, nel rispetto del diritto dell'Unione europea, secondo l'art. 17 del Tuel;
- c) affidamento a società in house, nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea e dal codice dei contratti pubblici;
- d) gestione in economia o tramite aziende speciali per servizi diversi da quelli a rete.

Con riguardo al TPL l'art. 32, comma 2, del decreto stabilisce che, ai fini della scelta delle modalità di gestione e affidamento dei servizi di TPL deve tenersi conto anche delle modalità previste dalla normativa europea di settore. Il decreto non introduce, quindi, per espressa previsione, limitazioni alle tipologie di affidamento dei servizi di TPL stabilite dalla normativa comunitaria e, in particolare, dal Regolamento n. 1370/2007.

Ne consegue che, nei casi e nei limiti previsti dal diritto comunitario, gli enti affidanti i servizi di TPL possono affidare i servizi di TPL anche con le modalità di affidamento previste dal cit. Regolamento comunitario, ulteriori rispetto a quelle contemplate nel decreto in commento, quali:

- affidamento diretto per contratti di modesta entità ex art. 5, par. 4;
- affidamento emergenziale ex art. 5, par. 5 nelle diverse forme della proroga, del nuovo affidamento e dell'imposizione di obblighi id servizio pubblico;

- affidamento diretto per servizi ferroviari ex art. 5, par. 6;
- proroga degli affidamenti in ragione degli investimenti effettuati ai sensi dell'art. 4, par. 4, del medesimo Regolamento, ivi inclusa quella specificamente disciplinata dall'art. 24, comma 5-bis, del D.L. n. 4/2022 e s.m.i.<sup>3</sup>.

All'affidamento diretto soprasoglia si applicano, tuttavia, salvo un – auspicato - intervento chiarificatore di diverso avviso, i nuovi adempimenti previsti dal Decreto cit., *in primis* l'obbligo di trasmettere l'atto di affidamento o il contratto di servizio all'ANAC per la relativa pubblicazione sul sito web e la clausola di *stand still* per cui lo stesso contratto può essere sottoscritto solo trascorsi 60 giorni dalla suddetta pubblicazione (art. 17, comma 3, e art. 31 D.Lgs. n. 201/2022 come mod. dal D.L. 24 febbraio 2023, n. 13).

Certo, desta perplessità, com'è intuibile, l'applicabilità di tali adempimenti anche agli affidamenti di urgenza nel TPL in quanto aventi tempi incompatibili con l'emergenza e l'urgenza di intervenire al fine di evitare l'interruzione dei servizi.

“ **All'affidamento dei servizi di TPL continua ad applicarsi anche la normativa europea di settore, oltre alla disciplina generale in tema di SPL (art. 14 del D.Lgs. n. 201/2022)** ”

3. v. Art. 24 comma 5bis del D.L. 4 del 27 gennaio 2022, convertito con modificazioni dalla legge 28 marzo 2022, n. 25 «Al fine di sostenere gli operatori del settore del trasporto pubblico locale e regionale e di mitigare gli effetti negativi derivanti dalle misure di prevenzione e contenimento adottate per l'emergenza epidemiologica da COVID-19 nonché al fine di sostenere gli investimenti, le autorità competenti possono applicare l'articolo 4, paragrafo 4, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, anche nel caso in cui il gestore dei servizi di trasporto pubblico locale e regionale si vincoli ad effettuare, in autofinanziamento anche parziale e sulla base di un piano economico finanziario rispettoso delle disposizioni e delle misure regolatorie vigenti, significativi investimenti, anche in esecuzione o ad integrazione degli interventi afferenti al Piano nazionale di ripresa e resilienza o di altri strumenti finanziari, orientati alla sostenibilità ambientale e al miglioramento dei servizi di trasporto dei passeggeri, aventi un periodo di ammortamento superiore rispetto alla scadenza dell'affidamento. In tale ipotesi, si ritiene necessaria la proroga di cui al suddetto articolo 4, paragrafo 4, che non può in ogni caso superare il termine del 31 dicembre 2026, e ai fini del calcolo si tiene conto della durata complessiva dell'affidamento, cumulativa anche di tutti i provvedimenti adottati in conformità al predetto regolamento».

Inoltre, il legislatore ha introdotto l'obbligo, a decorrere dal 1/1/2023, per le Regioni a Statuto ordinario di inviare all'Osservatorio della mobilità, annualmente, attestazioni relative agli affidamenti del TPL in scadenza ai sensi dell'art. 9 L. n. 118/2022 e del decreto dirigenziale n. 293/2022, volte ad attestare entro il termine annuale del 31 maggio, una tra le seguenti circostanze:

- l'avvenuta pubblicazione, entro il 31 dicembre dell'anno antecedente all'attestazione, dell'avviso di preinformazione ex art. 7, par. 2, del Regolamento CE n. 1370 (avviso da pubblicare in GUUE almeno un anno prima dell'avvio della procedura di gara o dell'aggiudicazione diretta);
- l'avvenuta pubblicazione, entro il 31 dicembre dell'anno antecedente all'attestazione, del bando di gara conforme alle misure dell'Autorità dei Trasporti *pro tempore* applicabili;
- l'avvenuto affidamento, entro il 31 dicembre dell'anno antecedente all'attestazione, dei servizi con una tra le modalità conformi al Regolamento 1370.

La norma di legge sanziona:

- l'omessa, ritardata, incompleta attestazione entro il termine massimo del 31 maggio di ciascun anno con la responsabilità dirigenziale e disciplinare del personale competente della P.A.;
- l'omessa pubblicazione del preavviso o del bando di gara, ovvero il mancato affidamento conforme, entro il 31 dicembre dell'anno precedente, per i servizi di TPL con scadenza entro il 31 dicembre dell'anno di attestazione, con la proposta del MIMS di esercizio del potere sostitutivo ai fini dell'avvio delle procedure di affidamento ad evidenza pubblica.

Inoltre dispone che quanto stabilito nell'articolo si applichi ai fini della ripartizione delle risorse stanziate a decorrere dall'esercizio finanziario 2023 sul Fondo nazionale trasporti e della possibile decurtazione delle risorse assegnate a ciascuna Regione a Statuto ordinario interessata in misura del 15% del valore annuo dei corrispettivi per i servizi di TPL oggetto di attestazione ed i cui affidamenti dovessero risultare non conformi.

## 2. L'affidamento d'emergenza

Come sopra accennato, il Regolamento CE 1370/2007, direttamente applicabile nell'ordinamento nazionale, prevede uno strumento assai flessibile per far fronte alle situazioni in cui vi è urgenza di evitare l'interruzione dei servizi di TPL: «L'autorità competente può prendere provvedimenti di emergenza in caso di interruzione del servizio o di pericolo imminente di interruzione. I provvedimenti di emergenza assumono la forma di un'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico o di una proroga consensuale di un contratto di servizio pubblico oppure di un'imposizione dell'obbligo di fornire determinati servizi pubblici. L'operatore di servizio pubblico ha il diritto di impugnare la decisione che impone la fornitura di determinati servizi pubblici. I contratti di servizio pubblico aggiudicati o prorogati con provvedimento di emergenza o le misure che impongono di stipulare un contratto di questo tipo hanno una durata non superiore a due anni» (art. 5, art. 5).

Regioni ed enti locali hanno utilizzato l'affidamento di emergenza, in una delle tre forme consentite, motivando sulla base di esigenze riconducibili essenzialmente al mancato avvio o alla mancata ultimazione delle procedure ad evidenza pubblica necessarie per l'individuazione del nuovo gestore. Il limite massimo di durata pari a due anni previsto dal Regolamento europeo cit. è oggetto di controverse interpretazioni.

Un valido ausilio interpretativo lo ha fornito la recente Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 26 giugno 2023, sugli orientamenti interpretativi concernenti il regolamento (CE) n. 1370/2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e per ferrovia (2023/C222/01), secondo cui: «Nel caso in cui la causa dell'interruzione avvenuta o imminente dei servizi persista quando i provvedimenti di emergenza scadono alla fine del periodo di due anni, l'autorità competente può adottare nuovi provvedimenti di emergenza a norma dell'articolo 5, paragrafo 5, a condizione che possa dimostrare che l'aggiudicazione del contratto di servizio pubblico sulla base delle altre disposizioni del Regolamento (CE) n. 1370/2007 non è stata materialmente possibile date le circostanze eccezionali».

È quindi legittimo superare il biennio a condizione che l'Ente affidante dimostri che l'aggiudicazione,

secondo le modalità di affidamento ordinarie, non è stata materialmente possibile. La previsione continua a lasciare comunque ampio spazio all'interprete, che, nel caso dell'Antitrust, propende per una interpretazione assai rigorosa e restrittiva del concetto di «materiale impossibilità», come emerge dalle segnalazioni qui in esame<sup>4</sup>.

“ **L'affidamento diretto di emergenza dei servizi può essere ripetuto per una durata totale superiore al biennio solo in caso di comprovata materiale impossibilità di affidare i servizi con le procedure ordinarie** ”

### 3. Il caso del Comune di Roma

Con segnalazione AS1910, l'Autorità Antitrust ha rilevato la presenza di diversi profili di criticità concorrenziale nella deliberazione n. 107 del 31 marzo 2023, con la quale il Comune di Roma ha ulteriormente prorogato, fino al dicembre 2023, la durata dei vigenti contratti di servizio con il gestore attuale (ATAC spa) per la gestione del TPL e dei servizi complementari (di gestione della sosta tariffata su strada, dei parcheggi di scambio e dei parcheggi in struttura o in superficie fuori sede stradale).

La proroga viene giustificata da Roma Capitale sulla base della mera necessità di riorganizzare le attività alla luce delle novità normative intervenute con il D.Lgs. n. 201/2022 cit..

L'Autorità ritiene, tuttavia, non condivisibili le argomentazioni prodotte a riguardo giacché gli impedimenti addotti a giustificazione della proroga «*appaiono semmai riconducibili al non tempestivo avvio delle attività prodromiche all'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale*». L'Antitrust evidenzia che, a fine dicembre 2022, erano già state utilizzate tutte le proroghe consentite dall'emergenza «Covid-19» ex articolo 92, comma 4-ter, del D.L. n. 18/2020, così come era stata già esercitata la facoltà di prorogare il contratto in via emergenziale ex art. 5, par. 5, del Regolamento (CE) n. 1370/2007.

Ne consegue, a parere dell'Autorità, che la deliberazione di una proroga ulteriore «... *non trova fondamento in alcuna base giuridica dell'ordinamento vigente che legittimi la prosecuzione del rapporto contrattuale, né può considerarsi legittima semplicemente in ragione dell'impossibilità per l'Ente di ottemperare tempestivamente agli obblighi imposti dalla nuova disciplina di cui al d.lgs. n. 201/2022, in vigore già dal 31 dicembre 2022*». Osserva, l'AGCM, infatti, che Roma Capitale avrebbe dovuto iniziare a espletare le attività prodromiche all'affidamento del servizio ben prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 201/2022. Né la conclusione in tempi recenti della procedura di concordato preventivo di ATAC potrebbe far venire meno l'obbligo normativo di illustrazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato.

L'Authority valuta pertanto illegittima la proroga dell'affidamento ad ATAC S.p.A. del servizio TPL e dei servizi complementari. La violazione riguarda non solo le norme antitrust in quanto la proroga in esame configurerebbe, altresì, una restrizione

4. Nello stesso senso il Consiglio di Stato (sentenza 13/9/2021 n. 6268), il quale, nel ricordare il limite temporale massimo di due anni previsto dall'art. 5, par.5, del Regolamento n. 1370/2007, ha ritenuto illegittima la terza proroga delle concessioni al suo esame, scadute nel novembre 2018, «*in quanto – sommata alle precedenti due consecutive – ha determinato il superamento della durata massima di due anni, avendo l'Amministrazione provinciale già esercitato la medesima possibilità di prolungamento contrattuale con le deliberazioni n. 1097 del 23 ottobre 2018 e n. 928 del 12 novembre 2019*». Ancora, si osserva che la norma in esame «*appare chiara nel riferire il suddetto limite temporale all'intero «periodo» in relazione al quale i contratti di servizio pubblico sono prorogati. Oltre alla lettera della disposizione, depone nel senso anzidetto anche il fondamento «emergenziale» della previsione: il Considerando n. 24 indica chiaramente che, qualora si verifichi il rischio di interruzione della fornitura di servizi di trasporto pubblico passeggeri, le autorità competenti dovrebbero poter adottare misure di emergenza «a breve termine» in attesa dell'aggiudicazione di un nuovo contratto di servizio pubblico. Più in generale il considerando 15 del regolamento recita che «i contratti di lunga durata possono comportare la chiusura del mercato per un periodo più lungo del necessario, con conseguente riduzione degli effetti positivi della pressione della concorrenza. Per ridurre al minimo le distorsioni di concorrenza e al tempo stesso salvaguardare la qualità dei servizi, è opportuno che i contratti di servizio pubblico abbiano una durata limitata.»*

alla libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, in quanto idonea a ritardare e ostacolare ingiustificatamente l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale nel territorio di Roma Capitale tramite una procedura conforme alla normativa vigente e ai principi concorrenziali in essa contenuti.

Con riguardo all'illegittimità di proroghe di questo tipo, l'AGCM ricorda quanto più volte affermato dalla Corte Costituzionale, che, nel sottolineare come non sia consentito al legislatore regionale stabilire il rinnovo o la proroga automatica alla scadenza di concessioni di servizio di trasporto pubblico, in contrasto con i principi di temporaneità delle concessioni stesse e di apertura del mercato alla concorrenza, ha sottolineato che le proroghe dettano «vincoli all'entrata e incidono sullo svolgersi della concorrenza nel settore del trasporto pubblico locale, determinando una potenziale disparità di trattamento tra operatori economici» (sentenza n. 16/2021, che richiama le sentenze n. 2/2014, n. 123/2011 e n. 80/2006). *Gli stessi principi sono stati enunciati anche dal Consiglio di Stato nei medesimi termini*<sup>5</sup>.

Non avendo Roma Capitale dato riscontro entro il termine fissato all'AGCM in ordine alle iniziative adottate per rimuovere le violazioni contestate, l'Autorità ha deliberato, nella riunione del 1° agosto 2023, di proporre ricorso al TAR del Lazio contro la deliberazione di proroga<sup>6</sup>.

#### 4. Il caso della Regione Calabria

L'attenzione dell'AGCM si è soffermata, inoltre, sulla situazione degli affidamenti di TPL nella Regione Calabria, che, a partire dall'anno 2015, ha fatto ricorso più volte all'istituto della proroga di emergenza ex articolo 5, paragrafo 5, del Regolamento cit. degli affidamenti alle sei società consortili attuali affidatarie.

Da ultimo, è intervenuto il decreto dirigenziale n. 5300 del 14/04/2023, che ha disposto la proroga di emergenza fino al 30/6/2023 ex art. 5, par. 5, del Regolamento, eventualmente con opzione per i trimestri successivi fino al 31/12/2023, nelle more della predisposizione dell'ulteriore proroga che la Regione intenderebbe esercitare ai sensi dell'articolo 24, comma 5 bis, del d.l. 4 del 27/1/2022 (fino al 31 dicembre 2026).

L'AGCM ha così deciso di impugnare il suddetto decreto dinanzi al TAR Calabria in quanto darebbe luogo ad una illegittima proroga dell'affidamento del servizio, priva di alcuna base giuridica, in contrasto con le norme a tutela della concorrenza. L'atto di proroga viene giustificato dalla Regione quale provvedimento di emergenza, essendo risultata necessaria a causa del fatto che, all'approssimarsi della scadenza della precedente proroga (i.e. il 31 marzo 2023), non erano state completate le procedure necessarie per l'adozione della diversa proroga ai sensi dell'articolo 24, comma 5 bis, del D.L. n. 4 del 27 gennaio 2022.

5. Ma v. in senso contrario TAR Lazio sentenza 7/2/2020 n. 1680: «... non appare conferente alla fattispecie in esame la sentenza della Corte Costituzionale n. 2 del 13.1.2014, richiamata dall'AGCM nelle proprie difese. Tale pronuncia, infatti, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma regionale che prevedeva la possibilità, per gli enti locali, di reiterare la proroga dei contratti dei gestori dei servizi di trasporto pubblico locale, senza neppure che vi fosse l'indicazione di un termine finale di cessazione delle medesime, considerandola "una distorsione nel concetto di concorrenza ponendosi in contrasto con i principi generali, stabiliti dalla legislazione statale» (cfr. Corte cost. 13.1.2014, n. 2). V. anche Cons. Stato, Sez. V, sentenza 7 settembre 2022, n. 7784.

6. L'AGCM ha già impugnato un precedente atto di proroga dell'affidamento ex art. 5 par. 5 del Reg. 1370/2007 disposto dal Comune di Roma in favore di ATAC spa con Deliberazione n. 2 del 16 gennaio 2018. Il TAR Lazio, sez. II, con sentenza del 7/2/2020 n. 1680 ha riconosciuto la legittimità della proroga ritenendo sussistenti i presupposti giuridici e fattuali per il ricorso. Contro la sentenza è stato però proposto appello dinanzi al Consiglio di Stato. Secondo il TAR occorre «... leggere il requisito "dell'imminenza del pericolo di interruzione del servizio", non solo avuto riguardo al solo elemento temporale dell'immediatezza del verificarsi dell'evento al quale fare fronte e da scongiurare - vale a dire l'interruzione del servizio pubblico di trasporto -, ma anche in un'ottica prognostica complessiva. L'Amministrazione competente si trova, infatti, a dover affrontare una situazione di carattere eccezionale - nel caso di specie la crisi finanziaria dell'azienda che gestisce il TPL - che ha presumibili serie probabilità di pericolo nei confronti dello specifico interesse pubblico da salvaguardare, vale a dire l'effettività del servizio per i fruitori dello stesso - un servizio pubblico essenziale nella vita della collettività, a maggior ragione se costituita da una città delle dimensioni di Roma...».

Per contro l'AGCM ritiene insussistenti le circostanze eccezionali richieste dall'art. 5 par. 5 cit., attesa la perdurante inerzia dell'Amministrazione regionale nello svolgimento della procedura ad evidenza pubblica prodromica all'aggiudicazione del servizio, ingiustificabile a fronte del tempo trascorso.

Né la scelta della Regione parrebbe giustificata, secondo l'AGCM, in ragione dell'impossibilità di ottemperare tempestivamente agli obblighi imposti dalla nuova disciplina di cui al d.lgs. n. 201/2022, in vigore già dal 31 dicembre 2022. Al riguardo, infatti, l'Autorità ricorda che l'art. 14, commi 2 e 3, del medesimo d.lgs. n. 201/2022 si applica al settore già da tempo e che «*La portata generale della disciplina e le esigenze di rispetto della stessa valgono, dunque, per tutti gli enti competenti che, nell'affidamento dei servizi in questione, sono tenuti a conformarsi alle predette regole che presiedono alla tutela e la promozione della concorrenza (cfr. articolo 1, comma 3, del d.lgs. n. 201/2022).*».

Peraltro, la circostanza secondo cui in Calabria siano stati già espletati gli atti prodromici all'affidamento con gara rappresenta un elemento che conferma l'illegittimità e infondatezza della proroga in questione (nella specie, è stato pubblicato in GUUE l'avviso di pre-informazione ex art. 7 del Regolamento cit., nonché la relazione sulle ragioni e la sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo sulla forma di affidamento prescelta ex articolo 34 del D.L. n. 170/2012 e lo Schema di avviso pubblico per la manifestazione di interesse).

Quanto alla portata temporale della disposizione di cui all'art. 5 cit., la Regione avrebbe violato il divieto di oltrepassare, per la disposta proroga, i due anni previsti dalla stessa norma. Tale limite temporale è – ribadisce l'AGCM - logicamente da interpretarsi in relazione all'intero periodo nel quale è consentito invocare il ricorso al provvedimento di estensione della durata dei contratti per ovviare al rischio di interruzione del servizio in attesa dell'aggiudicazione di un nuovo affidamento, richiamando sul punto il Consiglio di Stato (sentenza 13 settembre 2021 n. 6268; Corte di Giustizia UE 21 marzo 2019, cause riunite C-350-351/17 e 20 giugno 2019, causa C-322/18) e la stessa Comunicazione interpretativa della Commissione europea sopra cit..

Quest'ultima ribadirebbe l'importanza del requisito di eccezionalità legato all'esercizio di tale opzione,

chiedendo espressamente che l'ente sia in grado di dimostrare la presenza di circostanze eccezionali che materialmente impediscono l'aggiudicazione del contratto di servizio in conformità a quanto previsto dal Regolamento.

Secondo l'AGCM, in altri termini, il conteggio complessivo dei periodi di proroga del servizio, per verificare il rispetto del limite massimo previsto dall'art. 5, par. 5, del regolamento, deve tener conto di tutti i periodi di prolungamento dell'affidamento del servizio, a partire dalla data dell'entrata in vigore dello stesso.

“ **Secondo l'AGCM la necessità di dare attuazione agli adempimenti previsti dal D.lgs. 201/2022 non è motivazione sufficiente a legittimare il ricorso alla proroga emergenziale dei servizi** ”

Ciò che anche in questo caso contesta inoltre l'Agcm è, oltre alla violazione o falsa applicazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, la violazione degli artt. 49 e 56 T.F.U.E. in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, in relazione all'immotivata estensione della durata dell'affidamento.

Con riguardo a tale ultimo aspetto l'AGCM ricorda quanto ribadito dalla Corte di Giustizia, secondo cui devono considerarsi restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi tutte le misure che vietino, ostacolino o rendano meno interessante l'esercizio della libertà garantita dagli articoli 49 e 56 T.F.U.E.

Secondo una giurisprudenza costante, «*le restrizioni alla libertà di stabilimento possono essere ammesse solo a condizione, in primo luogo, di essere giustificate da un motivo imperativo di interesse generale e, in secondo luogo, di rispettare il principio di proporzionalità, il che implica che esse siano idonee a garantire, in modo coerente e sistematico, la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non eccedano quanto necessario per conseguirlo*» (cfr. Corte di Giustizia, 8 giugno 2023, causa C-50/21,- *Prestige and Limousine SL*).

Nello stesso senso, la giurisprudenza amministrativa ha da tempo rilevato l'esigenza

che l'azione della pubblica amministrazione sia rispondente all'esigenza di tutela della concorrenza tra le imprese, rispettando i principi di libera circolazione dei servizi, par condicio, imparzialità, non discriminazione e trasparenza (T.A.R. Veneto, n. 218/2020; T.A.R. Puglia, n. 36/2020).

In coerenza con tali principi, l'Autorità ha più volte segnalato la problematicità delle attività amministrative riguardanti la gestione dei servizi pubblici locali - in specie, del trasporto pubblico locale - che, lungi dall'interpretare in senso pro-concorrenziale gli obblighi normativi imposti dalle norme di liberalizzazione avvicendatesi nel tempo, si sono estrinsecate nella proroga degli affidamenti e dei contratti di servizio in essere<sup>7</sup>.

L'ultima parola sul punto spetta dunque al Giudice amministrativo.

## 5. Il caso della Regione Sicilia

Con segnalazione AS1902 del 18 luglio 2023, l'AGCM ha formulato alcune osservazioni, ai sensi dell'art. 21 L. n. 287/1990, in merito alle criticità concorrenziali nell'affidamento dei servizi di TPL nella Regione Sicilia a causa del mancato ricorso a procedure a evidenza pubblica.

In Sicilia l'AGCM evidenzia, dal 2005, l'esistenza di un sistema cristallizzato di proroghe dei contratti di affidamento provvisorio, stipulati con le stesse imprese già concessionarie dei servizi ai sensi della legge n. 1822/1939 e della legge regionale n. 10/1964.

Tali contratti sono stati più volte prorogati, da ultimo fino al 31 agosto 2024, nelle more degli

affidamenti con gara, nonostante siano medio tempore intervenute delle censure di illegittimità sia da parte della Corte costituzionale (sentenza n. 16/2021) che della Corte dei conti<sup>8</sup>.

L'Autorità ha già in passato evidenziato come in Italia sia particolarmente preoccupante «l'uso estensivo dello strumento della proroga» degli affidamenti dei servizi di TPL su gomma, anche ben oltre le condizioni concesse dal Regolamento (CE) n. 1370/2007.

L'autorità ha chiarito che, in settori «*caratterizzati da una lunga durata degli affidamenti come quello del TPL (anche dieci o più anni, con possibilità di rinnovo) lo strumento della proroga dovrebbe essere confinato a situazioni eccezionali non altrimenti gestibili*», altrimenti «*si prolungano nel tempo, ben oltre la durata dei contratti, gestioni inefficienti e c'è il rischio che aziende con una situazione economico-finanziaria compromessa diventino ancora meno appetibili sul mercato*».

L'AGCM ritiene in definitiva che la Regione Siciliana abbia illegittimamente prorogato l'affidamento dei servizi di TPL, limitandosi a pubblicare, sulla Gazzetta Ufficiale dell'UE del 21 dicembre 20206, l'Avviso di pre-informazione, pur disponendo - nel lungo periodo di decorrenza delle proroghe in questione - di tutto il tempo necessario a svolgere le attività di competenza necessarie a consentire un affidamento del servizio tramite una modalità conforme alla normativa vigente e necessariamente idonea a garantire adeguati livelli di efficienza e opportuni benefici per la collettività (in particolare, l'individuazione dei livelli minimi delle prestazioni, le attività di pianificazione e programmazione, nonché lo stanziamento dei fondi necessari).

7. V. Segnalazione AS1494 - Regione Basilicata - Prosecuzione servizi di trasporto pubblico locale su gomma del 23 febbraio 2018; AS1197 Schema di atto di regolazione in materia di gare del trasporto pubblico locale del 30 aprile 2015, oltre al parere emesso nei confronti del Comune di Roma in data 7 febbraio 2018, Indagine conoscitiva IC47 - Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale, del 1° giugno 2016).

8. V. Corte costituzionale sentenza n. 16/2021; Corte dei conti - Sezione di controllo per la Regione siciliana, *Verifica del rendiconto generale della Regione siciliana (esercizio finanziario 2020)* approvata con Deliberazione n. 113/2022/GEST. In particolare, a seguito della declaratoria di incostituzionalità dell'articolo 13, legge regionale n. 13/2019, i contratti di servizio interessati sono di fatto cessati in quanto nulli, come evidenziato anche dalla Corte dei conti nel rilevare l'inapplicabilità dell'opzione di proroga ai sensi dell'articolo 92, comma 4-ter, decreto-legge. n. 18 del 17/03/2020, esercitata dalla Regione Siciliana. Conseguentemente, anche l'ultima proroga disposta, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 5, del Regolamento (CE) n. 1370/2007 per ragioni di emergenza di fronte al rischio di interruzione del servizio, posando su contratti di fatto caducati, è da ritenersi illegittima.

Anche in questo caso si rimarca che al TPL si applicano, oltre alla normativa europea di settore, le disposizioni di cui agli articoli 14, commi 2 e 3, e 17 del d.lgs. n. 201/2022, che impongono l'obbligo di relazione sulla forma di affidamento scelta, di motivazione qualificata in caso di affidamento in house e di adozione e allegazione del PEF.

L'autorità ha fornito alla Regione Sicilia un termine di 30 giorni per comunicare le iniziative adottate per rimuovere le violazioni e per avviare e concludere il prima possibile le gare per l'affidamento dei servizi di TPL.

# Gli atti adottati dal RUP e dal dirigente nelle diverse fasi del procedimento. Giurisprudenza e disposizioni a confronto.

di Beatrice Corradi

IL  
PUN  
TO

## 1. Il responsabile unico del procedimento nell'art. 31 del d.lgs. 50/2016 e la relativa giurisprudenza

L'art. 31, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 stabiliva che <<il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti>> (il successivo comma 4 declinava in modo puntuale, poi, una serie di compiti del RUP "oltre" a quelli specificatamente previsti da altre disposizioni del codice).

La giurisprudenza amministrativa nel tempo ha posto in essere due distinti orientamenti in merito alle competenze del RUP rispetto ai compiti e alle responsabilità della dirigenza. Le competenze del RUP sono descritte come "generali", "residuali", "esclusive".

Le disposizioni del previgente codice degli appalti, all'art. 31 citato, delineavano la competenza del responsabile unico del procedimento (RUP) anche in termini residuali tanto da estenderla, ad esempio, all'adozione dei provvedimenti di esclusione delle partecipanti alla gara secondo un orientamento

che il Consiglio di Stato ha definito "pacifico" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 19 giugno 2017, n. 2983 e giurisprudenza ivi richiamata), tenuto conto, ad esempio, che tale compito non può essere svolto dalla Commissione di valutazione.

Il RUP è inoltre stato definito come il soggetto avente nel procedimento una competenza "generale" a svolgere tutti i compiti non attribuiti specificatamente ad altri organi o soggetti (T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 19 ottobre 2017, n. 4884).

“ **Il RUP è stato definito come il soggetto avente nel procedimento una competenza "generale" e "residuale" a svolgere tutti i compiti non attribuiti specificatamente ad altri organi o soggetti (T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 19 ottobre 2017, n. 4884). La competenza prevede anche l'esclusione delle offerte, non potendo tale compito essere assolto dalla Commissione giudicatrice.** ”

Una parte di giurisprudenza quindi ha affermato la volontà del legislatore di identificare nel responsabile unico del procedimento il *dominus* della procedura di gara, in quanto titolare di tutti i compiti prescritti, salve specifiche competenze affidate ad altri soggetti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2018, n. 817; T.A.R. Umbria, sez. I, 15 febbraio 2018, n. 108). Per l'art. 6, comma 1, lett. e), della legge n. 241 del 1990, dispone che il responsabile del procedimento «*adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale [...]»*. L'utilizzo dell'avverbio "specificatamente" nell'art. 31, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, impone che detta attribuzione, a soggetto diverso dal RUP, avvenga "in modo specifico, dettagliato, distintamente".

Il Consiglio di Stato, Comm. spec., 25 settembre 2017, n. 2040, aveva inoltre affermato: «*l'assoluta centralità del ruolo del RUP nell'ambito dell'intero ciclo dell'appalto, nonché le cruciali funzioni di garanzia, di trasparenza e di efficacia dell'azione amministrativa che ne ispirano la disciplina codicistica»*», finalità ed obiettivi che al RUP sono riconosciute dalle norme di riferimento (che regolano, in vi generale, il procedimento amministrativo e gli appalti). Il RUP nell'ambito del procedimento svolge infatti un'attività di coordinamento con altri soggetti coinvolti nella procedura di affidamento di appalti pubblici, in particolare il direttore dei lavori (DL) per gli appalti di lavori e il direttore dell'esecuzione del contratto (DEC) per quelli aventi ad oggetto servizi e forniture.

In altre occasioni il giudice amministrativo ha attribuito al RUP una "competenza esclusiva" (Tar Veneto, 27.6.2018 n. 695; Tar Friuli 29.10.2019, n. 450) tanto da prevalere sulle norme settoriali, quali l'art. 107 del TUEL, che afferma: «*Spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico- amministrativo degli organi di governo dell'ente...»*».

Quanto sopra è, tra l'altro, richiamato dalle Linee Guida n. 3, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni»

dell'ANAC, secondo le quali «*Il controllo della documentazione amministrativa è svolto dal RUP, da un seggio di gara istituito ad hoc oppure, se presente nell'organico della stazione appaltante, da un apposito ufficio/servizio a ciò deputato, sulla base delle disposizioni organizzative proprie della stazione appaltante. In ogni caso il RUP esercita una funzione di coordinamento e controllo, finalizzata ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure e adotta le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate»*».

L'adeguata esperienza professionale richiesta ai fini della nomina del RUP non deve necessariamente, come presupposto, riferirsi a quella maturata in via esclusiva in un unico ufficio dell'amministrazione aggiudicatrice. L'Amministrazione, in ogni caso, è tenuta a valutare in concreto, in relazione alla natura, complessità e importo del singolo affidamento, se il RUP individuato sia in possesso di requisiti professionali adeguati all'incarico da svolgere (parere Anac 8/2023).

Il RUP, nell'esercizio delle sue funzioni, è qualificabile come pubblico ufficiale. Le funzioni di RUP devono essere svolte nel rispetto di quanto previsto dal d.p.r. n. 62/2013 e dal Codice di comportamento adottato da ciascuna amministrazione aggiudicatrice, nonché in osservanza delle specifiche disposizioni contenute nel Piano triennale di prevenzione della corruzione adottato dall'amministrazione.

Una volta nominato il responsabile unico della procedura di affidamento questi gode di una «competenza esclusiva», in particolare in ordine all'istruttoria procedimentale, a fronte di ciò, il dirigente non potrebbe svolgere direttamente l'istruttoria procedimentale o singoli atti istruttori.

Dall'altro lato, il Consiglio di Stato (Sez. V, 10.05.2022 n. 3638) ha negato invece una riserva di competenza a favore del RUP non dirigente, in quanto il dirigente è comunque "responsabile" per la gestione delle procedure di appalto e tale responsabilità gli consentirebbe di intervenire nell'istruttoria procedimentale affidata al RUP per prevenire o correggere eventuali errori.

Il dirigente, essendo responsabile della gestione delle procedure di appalto di cui all' art. 107 TUEL, è responsabile dei ritardi o inadempimenti (cfr. art. 2, comma 9, della legge n. 241 del 1990) ed al

dirigente gli interessati, si rivolgono per sopperire a eventuali ritardi o inadempimenti del responsabile del procedimento (art. 2 cit., commi 9-bis e ss.).

Al dirigente sono attribuiti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo.

Al dirigente compete sicuramente l'adozione degli atti a rilevanza esterna, essendo, tra l'altro, il soggetto che ha potere di spesa ed il suo ruolo è sicuramente di natura trasversale e con finalità generali. Egli adotta gli atti definitivi, è al medesimo che il RUP propone l'aggiudicazione.

“ **Il Consiglio di Stato (Sez. V, 10.05.2022 n. 3638) ha negato una riserva di competenza a favore del RUP non dirigente, in quanto il dirigente è comunque “responsabile” per la gestione delle procedure di appalto e tale responsabilità gli consentirebbe di intervenire nell'istruttoria procedimentale affidata al RUP per prevenire o correggere eventuali errori.** ”

A fronte di quanto richiamato non esiste una preclusione all'adozione di atti dell'istruttoria da parte del dirigente, possibilità che deve essergli riconosciuta al fine di consentire al medesimo di sottrarsi alle responsabilità che altrimenti graverebbero sul medesimo, pertanto, deve ritenersi consentito al dirigente lo svolgimento di singoli atti istruttori, come, ad esempio, la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario.

Data le responsabilità e competenze del RUP, in alcune amministrazioni è previsto (anche con legge regionale) che il RUP debba essere un dirigente (aspetto di natura organizzativa che può rientrare nelle competenze decisorie dell'ente), figura tra l'altro responsabile per l'ente anche rispetto al corretto trattamento dei dati, a dimostrazione della responsabilità generale del dirigente.

“ **Il dirigente, essendo responsabile della gestione delle procedure di appalto, come prevede l'art. 107 del TUEL, è responsabile dei ritardi o inadempimenti (cfr. art. 2, comma 9, della legge n. 241 del 1990), al dirigente gli interessati, si rivolgono per sopperire a eventuali ritardi o inadempimenti del responsabile del procedimento (art. 2 cit., commi 9-bis e ss.).** A fronte delle disposizioni normative richiamate non esiste una preclusione all'adozione di atti dell'istruttoria da parte del dirigente. ”

## 2. Il responsabile unico di progetto (RUP) nell'art. 15 del D.lgs. 36/2023. Compiti del RUP in fase istruttoria, in fase di affidamento ed in fase di esecuzione

Il nuovo codice dispone all'art. 15 del D.lgs. 36/2023 che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti nel primo atto di avvio dell'intervento pubblico da realizzare, individuino un responsabile unico del progetto (RUP) per le fasi di programmazione, progettazione, affidamento e per l'esecuzione di ciascuna procedura soggetta al codice.

In caso di mancata nomina del RUP, nell'atto di avvio dell'intervento pubblico, l'incarico è svolto dal responsabile dell'unità organizzativa competente per l'intervento. L'art. 15 ed il relativo allegato I.2 del d.lgs. 36/2023, in più parti, riportano che il RUP svolge tutti i compiti, con riferimento alle varie fasi, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti.

Come evidenziato da ANCI il RUP conserva una funzione di monitoraggio e controllo <<che riecheggia la vecchia figura del coordinatore già prevista dalla legge Merloni del 1994>>.

La norma in esame rappresenta un'applicazione del principio di fiducia ed il RUP, nell'espletare i propri compiti, <<deve potersi fidare dei responsabili di fase cui delegare alcune mansioni>> (come riportato nei Quaderno Operativo n. 43 di Anci).

“ **L'art. 15 ed il relativo allegato I.2 del d.lgs. 36/2023 in più parti riportano che il RUP svolge tutti i compiti, con riferimento alle varie fasi, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti, individuando nel RUP una competenza generale, come le pregresse e consolidate disposizioni già prevedevano.** ”

Mediante il comma 1 dell'art. 15 è conservata la centralità e la trasversalità del RUP ed il comma 2 contempla un “meccanismo di chiusura” che assicura sempre l'individuazione del RUP, attraverso la previsione secondo cui, in caso di mancata nomina del RUP nell'atto di avvio dell'intervento pubblico, l'incarico è svolto dal medesimo responsabile dell'unità organizzativa titolare del potere di spesa (dirigente).

Nell'allegato I.2 è contenuta la previsione: a) dei requisiti di professionalità e competenza richiesti al funzionario affinché possa essere nominato responsabile unico del progetto; b) dei compiti di coordinamento e di impulso svolti da una persona fisica dotata di adeguati titoli di studio e competenze professionali; c) dei poteri decisionali del RUP nelle diverse fasi della realizzazione dell'intervento pubblico.

Si sono poi chiariti, in particolare, aspetti quali: a) i rapporti tra i poteri del RUP e quelli della commissione giudicatrice; b) i rapporti tra i poteri del RUP e le competenze valutative della commissione giudicatrice; c) i poteri del RUP nel procedimento di valutazione di anomalia delle offerte; d) i poteri del RUP in sede di approvazione degli atti di gara e della competenza alla adozione dei provvedimenti di esclusione (come riportato nella relazione illustrativa e nel tempo dalla giurisprudenza).

È confermato che l'ufficio di RUP è obbligatorio e non può essere rifiutato. Anche il comma 3 riproduce, con alcune semplificazioni, la previsione contenuta nel comma 2 dell'articolo 31 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Nella fase di affidamento il RUP quindi provvede alla verifica della documentazione amministrativa

qualora non sia nominato un responsabile di fase ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice o non sia costituito un apposito ufficio o servizio a ciò deputato, esercita funzioni di coordinamento e verifica finalizzate ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure, svolge la verifica di congruità delle offerte in caso di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo e la verifica sulle offerte anormalmente basse con l'eventuale supporto della commissione giudicatrice.

L'art. 17, comma 5, del d.lgs. 36/2023 prevede che << l'organo preposto alla valutazione delle offerte predispone la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala. L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace >>.

“ **Nell'allegato I.2 è contenuta, tra l'altro, la previsione dei requisiti di professionalità e competenza richiesti al funzionario affinché possa essere nominato responsabile unico del progetto, nonché i rapporti tra i poteri del RUP e le competenze valutative della commissione giudicatrice, chiarendo poi ulteriori aspetti evidenziati nel tempo dalla giurisprudenza.** ”

Compete quindi al RUP proporre l'aggiudicazione ad altro soggetto (dirigente) che ne dispone l'aggiudicazione, nel rispetto delle fasi amministrative del procedimento.

Un recente parere del Ministero dell'Infrastrutture (parere n. 2077/2023) ha ribadito che la decisione di contrarre, , “evoca una più netta responsabilità del soggetto che decide il sistema di affidamento”. A fronte di ciò, infatti, con la decisione di contrarre, il soggetto competente – titolare del potere di spesa – oltre a esternare la volontà della stazione appaltante, individua le modalità attraverso cui deve avvenire l'affidamento e per quanto concerne

il RUP, l'art. 6, comma 1, dell'All. I.2, stabilisce che detto soggetto decide i sistemi di affidamento, la tipologia del contratto e i criteri di aggiudicazione.

“ **Un recente parere del Ministero dell'Infrastrutture (parere n. 2077/2023) ha ribadito che la decisione di contrarre, “evoca una più netta responsabilità del soggetto che decide il sistema di affidamento”. A fronte di ciò, infatti, con la decisione di contrarre, il soggetto competente – titolare del potere di spesa – oltre a esternare la volontà della stazione appaltante, individua le modalità attraverso cui deve avvenire l'affidamento. La decisione di contrarre resta di competenza del soggetto titolare del potere di spesa.** ”

Nel caso in cui il RUP non sia dirigente/responsabile del servizio titolare del potere di spesa, la decisione di contrarre resta di competenza del soggetto titolare del potere di spesa.

Nella fase di esecuzione il RUP autorizza, tra l'altro, le modifiche dei contratti di appalto in corso di esecuzione anche su proposta del direttore dei lavori, approva i prezzi relativi a nuove lavorazioni originariamente non previste, irroga le penali per il ritardato adempimento degli obblighi contrattuali in contraddittorio con l'appaltatore, anche sulla base delle indicazioni fornite dal direttore dei lavori, propone la risoluzione del contratto e segue l'esecuzione del contratto con riferimento alla regolare applicazione delle disposizioni in materia di sicurezza (attivando ogni volta subprocedimenti).

### **3. Il Responsabile unico di progetto ed il responsabile di fase. L'unicità delle responsabilità**

L'art. 15 del codice degli appalti, al comma 4, prevede pur dovendo garantire l'unicità del RUP, che le stazioni appaltanti possono individuare

modelli organizzativi, i quali prevedano la nomina di un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento.

Le relative responsabilità sono ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP.

La Corte Costituzionale con sentenza n. 166 del 2019 a seguito ad una legge regionale che disciplinava in via autonoma il responsabile del procedimento, in termini organizzativi, ha osservato: «*la legge regionale [...] ha previsto, al comma 2, la regola del responsabile unico del procedimento, limitandosi a stabilire che le amministrazioni aggiudicatrici, "nell'ambito dell'unitario procedimento di attuazione dell'intervento", possono individuare subprocedimenti senza che ciò incida sulla unicità del centro di responsabilità. Avendo riguardo allo specifico contenuto precettivo delle disposizioni impugnate, deve, pertanto, rilevarsi come la disciplina delle modalità organizzative dell'attività del responsabile unico del procedimento rientri nella materia della organizzazione amministrativa, riservata alle Regioni ai sensi del quarto comma dell'art. 117 Cost.*» (analogamente è stato rilevato con sentenza n. 43 del 2011, a fronte di una legge regionale, di altra Regione, che disponeva la nomina di responsabili nelle varie fasi).

Le disposizioni impugnate non sono, dunque, in contrasto con il principio di responsabilità unica,

“ **Con specifico riferimento alla propria struttura organizzativa, le amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito dell'unitario procedimento di attuazione dell'intervento, possono individuare subprocedimenti la cui responsabilità può essere posta in capo a soggetti diversi dal responsabile di progetto, al quale gli stessi rispondono direttamente.** ”

a tutela di unitarie esigenze di trasparenza e funzionalità della procedura di gara, preordinata alla corretta formazione della volontà contrattuale dell'amministrazione.

Con specifico riferimento alla propria struttura organizzativa, le amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito dell'unitario procedimento di

attuazione dell'intervento, possono individuare sub procedimenti la cui responsabilità può essere posta in capo a soggetti diversi dal responsabile di progetto, al quale gli stessi rispondono direttamente (alcuni orientamenti, tra cui di Anac evidenzerebbero il timore di un aggravio e frammentarietà nei procedimenti).

# L'iscrizione nel registro degli indagati non è più causa di esclusione dalle gare

di Paola Cartolano

IL  
PUN  
TO

## Premesse

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (**ANAC**) con la recentissima **Delibera n. 397 del 6 settembre 2023** è intervenuta per chiarire che, secondo la nuova disciplina normativa del D.Lgs. n. 36/2023 (di seguito anche "**Nuovo Codice Appalti**"), la mera iscrizione nel registro degli indagati non comporta più un'ipotesi di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica.

Il Comune istante ha sottoposto all'ANAC una richiesta di parere in ordine ai requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici, in particolare circa la **configurabilità del grave illecito professionale**.

La fattispecie sottoposta all'attenzione dell'ANAC riguarda, infatti, un **concorrente iscritto nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.**<sup>1</sup>, ovvero il registro delle notizie di reato generalmente indicato come "registro degli indagati" (in quanto accanto alla notizia di reato in esso vengono annotati anche i nominativi delle persone "sospettate" di esserne gli autori) e **destinatario di un provvedimento di conclusione delle indagini preliminari ex art. 415-bis c.p.p.**

Poiché la gara era già pendente al 30 giugno 2023, l'ANAC ha fatto riferimento alla disciplina del D.Lgs. n. 50/2106; ciò nonostante, «*vista la novità e la rilevanza della questione sollevata*» l'ANAC ha colto l'occasione per fornire indicazioni sulla nuova disciplina delle cause di esclusione dalle procedure di gara ai sensi del Nuovo Codice Appalti.

Come vedremo, tenuto conto della fattispecie oggetto di richiesta di parere, l'ANAC ha proceduto ad individuare **le differenze tra la disciplina in tema di illecito professionale grave dettata dal D.Lgs. n. 50/2106 e quella introdotta dal D.Lgs. n. 36/2023**, al fine di individuare la sussistenza o meno di relative ipotesi di cause di esclusione.

“ **Con la delibera n. 397 del 6.9.2023 l'ANAC ha individuato le differenze tra la disciplina in tema di illecito professionale grave dettata dal D.Lgs. n. 50/2106 e quella introdotta dal D.Lgs. n. 36/2023** ”

1. Art. 335 c.p.c. (come modificato dal D.Lgs. 10 ottobre 2022 n. 150, c.d. "Riforma Cartabia" «1. Il pubblico ministero iscrive immediatamente, nell'apposito registro custodito presso l'ufficio, ogni notizia di reato che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa, contenente la rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice. Nell'iscrizione sono indicate, ove risultino, le circostanze di tempo e di luogo del fatto. 1-bis. Il pubblico ministero provvede all'iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito non appena risultino, contestualmente all'iscrizione della notizia di reato o successivamente, indizi a suo carico ...»).

### 1. Il fatto penalmente rilevante ai fini del grave illecito professionale nel D.Lgs. n. 50/2016

Si premette che la disciplina del D.Lgs. n. 50/2016, pur essendo stata abrogata a decorrere dal 1<sup>o</sup> luglio 2023 per effetto dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 36/2023 (art. 226), rimane applicabile alle procedure bandite prima di tale data. L'ANAC, pertanto, al fine di riscontrare la richiesta di parere ha fatto riferimento proprio alla disciplina codicistica del 2016 in quanto la procedura di gara in questione – come anticipato – era già stata avviata alla data del 30 giugno 2023.

L'ANAC ricorda che i requisiti generali di moralità richiesti dall'ordinamento ai fini della partecipazione alle gare per l'affidamento degli appalti pubblici e della stipula dei relativi contratti sono elencati nell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016. Tale disposizione indica, al comma 1, i reati che incidono sulla moralità del concorrente, facendo espresso riferimento, ai fini dell'esclusione automatica dalla gara, alla sentenza definitiva di condanna o al decreto penale o alla sentenza di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p. per uno dei reati ivi indicati. Richiamando taluni precedenti, l'ANAC ricorda però che può formare oggetto di valutazione come grave illecito professionale ex art. 80, comma 5 del D.Lgs. n. 50/2016, "anche la pendenza di indagini penali o il rinvio a giudizio del legale rappresentante della società, o anche il caso in cui il legale rappresentante o socio di maggioranza della società aggiudicataria sia destinatario di una misura cautelare interdittiva (delibera n. 146/2022; n. 1050/2020)".

L'ANAC, rilevando che la fattispecie oggetto del parere di cui alla Delibera 397/2023 costituisce proprio un elemento qualificabile come grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) del D.Lgs. n. 50/2016, premette che la relativa valutazione - non trattandosi di una causa di esclusione automatica - è di diretta pertinenza della stazione appaltante.

Testualmente l'art. 80 comma 5 del D.Lgs. n. 50/2016 dispone che «5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: ... c) **la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità** ...».

Come rilevato anche dall'ANAC nel parere in commento, mentre il comma 1 dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 individua un'ampia serie di reati per i quali, in caso di condanna definitiva, l'operatore economico è automaticamente escluso dalla gara, il comma 5 non fa riferimento espresso a vicende penali ma, secondo l'interpretazione giurisprudenziale consolidata, è comunque idoneo a ricomprendere nell'ambito dell'illecito professionale grave qualunque tipo di violazione rilevante e, quindi, anche quelle costituenti altre ipotesi di reato le quali possono dunque condurre (previa approfondita istruttoria e adeguata valutazione discrezionale dell'integrità/affidabilità) all'esclusione del concorrente anche in assenza di un accertamento penale definitivo sui reati di cui al comma 1 oppure per reati comunque differenti da quelli ricompresi nell'elenco di cui al comma 1.

Come riferisce, infatti, l'ANAC «*al di fuori delle cause di esclusione tassativamente previste dal richiamato art. 80 d.lgs. 50/2016, **in presenza di gravi fatti di rilevanza penale conosciuti dalla stazione appaltante è demandato alla stessa un margine importante di discrezionalità con riferimento alla verifica del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016, che prevede come causa ostativa alla partecipazione a gare d'appalto e alla stipula dei relativi contratti, previa motivata valutazione della stazione appaltante, la circostanza che il concorrente abbia commesso un errore grave nell'esercizio della sua attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante (parere Funz Cons 9/2022 e 69/2022)***».

Sul punto si rileva un orientamento giurisprudenziale ad avviso del quale «*Né ai fini della valutazione sulla sussistenza dell'ipotesi di esclusione di cui all'art. 80, co. 5 lett. c, del codice dei contratti è necessaria l'adozione di un provvedimento di rinvio a giudizio, atteso che **ciò che rileva è la gravità dei fatti contestati in un procedimento penale**. La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, rilevato che, ai fini della valutazione dell'esistenza della fattispecie di cui all'art. 80, co. 5, lett. c) del codice dei contratti, correlato a fatti di rilevanza penale, non è necessaria la previa adozione di una misura penale a carico di un soggetto che agisce ed opera per la società interessata, ovvero la disposizione nei suoi confronti del rinvio a giudizio, ma rileva, piuttosto, che i fatti presi in considerazione dalla stazione appaltante, quand'anche di rilevanza penale, siano espressivi di un grave errore*

**professionale** (TAR Campania, Napoli, sez. I, 8 febbraio 2021, n. 799; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 16 ottobre 2020, n. 2112; TAR Lombardia, Milano, 14 maggio 2020, n. 811). Nella fattispecie i fatti contestati **appaiono di particolare gravità ed espressivi di un pericolo per l'affidabilità ed integrità dell'operatore anche a prescindere dalla formale adozione di un provvedimento di rinvio a giudizio o condanna**» (TAR Lazio – Roma, sez. I, 22 giugno 2022 n. 8356).

Nella fase procedimentale della gara ai fini della valutazione dell'esclusione ex art. 80 comma 5 del D.Lgs. n. 50/2016, quindi, la stazione appaltante può (motivatamente) far riferimento a "fatti di rilevanza penale" idonei a minare nel giudizio della stazione appaltante l'affidabilità del concorrente.

Ne deriva che per le procedure di gara bandite ai sensi del D.Lgs. n. 50/2016 anche l'iscrizione nel registro degli indagati per i relativi fatti può costituire un "indice" di inaffidabilità dell'operatore economico rimesso alla valutazione della stazione appaltante ai fini dell'esclusione dalla procedura.

“ **Determinati fatti di rilievo penale, laddove costituenti ipotesi di grave illecito professionale, possono essere valorizzati ai fini dell'art. 80 comma 5 lett. c) del D. Lgs. 50/2016** ”

## 2. La nuova disciplina del D.Lgs. n. 36/2023

Chiarita la rilevanza del fatto penale e dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato ai fini dell'applicabilità di una causa di esclusione ai sensi del D.Lgs. n. 50/2016, l'ANAC fornisce poi alcune indicazioni circa le cause di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica disciplinate dal D.Lgs. n. 36/2023.

L'ANAC ricorda che, come anche messo in luce dalla Relazione illustrativa dello stesso D.Lgs. n. 36/2023, in senso innovativo quest'ultimo prevede cinque distinti articoli in luogo del previgente art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016. Mediante gli articoli 94-98, adesso si distingue tra **cause di esclusione "automatica"** e **cause di esclusione "non automatica"**.

In particolare, è l'**art. 94** ad essere dedicato alle cause di esclusione automatica, operanti senza alcun margine di apprezzamento da parte della stazione appaltante, mentre l'**art. 95** prevede le cause di esclusione non automatica, per le quali quindi l'esclusione è rimessa alla valutazione della stazione appaltante.

Tra queste ultime l'**art. 95 al comma 1 lettera e)** prevede la fattispecie del grave illecito professionale, le cui ipotesi e i relativi mezzi di prova sono tassativamente indicati al successivo **art. 98 (rubricato proprio "Illecito professionale grave")**.

Testualmente l'**art. 95, comma 1** così recita «1. La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti: .... e) che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, **in modo tassativo**, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi».

Il Nuovo Codice Appalti introduce, quindi, una tipizzazione dei mezzi di prova utili per la valutazione dell'illecito professionale grave, superando la previgente impostazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. 50/2016 che consentiva alla stazione appaltante di valutare ogni condotta la cui gravità era idonea ad incidere sulla affidabilità e sull'integrità della impresa concorrente.

Passiamo, quindi, a esaminare l'**art. 98 comma 1 del Nuovo Codice Appalti** ai sensi del quale «L'illecito professionale grave rileva solo se compiuto dall'operatore economico offerente, salvo quanto previsto dal comma 3, lettere g) ed h)».

Troviamo anche qui un'altra importante novità: con tale precisazione il legislatore ha voluto definire il perimetro di applicazione dell'illecito professionale grave, **superando la cd. teoria del contagio**. Come evidenziato anche dall'ANAC nel parere in commento: «...il grave illecito professionale rileva quale causa di esclusione (non automatica) solo se riferibile all'operatore economico, fatta eccezione per i casi contemplati nel comma 3, lett. g) e h) della norma (riferiti alla contestata o accertata commissione dei reati ivi indicati) per i quali possono rilevare, ai fini escludenti, non solo i reati riferibili all'operatore

economico ma anche quelli riferibili alle figure soggettive contemplate dall'art. 94, comma 3 (come si desume dalle previsioni dell'art. 98, comma 3, lett. g) e h)».

In applicazione dell'art. 80 comma 5 del D.Lgs. n. 50/2016 la giurisprudenza si è infatti interrogata per stabilire se sussiste un criterio di collegamento fra le persone fisiche che sono investite d certi incarichi societari e gli operatori economici partecipanti alle gare, tale da poter determinare la carenza di affidabilità/credibilità di questi ultimi. Si è pertanto giunti all'elaborazione della teoria del contagio secondo cui «*In pratica la presenza stessa, in determinate cariche, di una persona fisica non dotata in sé della necessaria affidabilità/integrità, trasmetterebbe tale caratteristica all'operatore economico "per contagio", ossia de facto e dunque prescindendo dalla tematica dell'imputazione degli atti*» (Consiglio di Stato, sez. V, 21 febbraio 2023 n. 1786).

E ancora «*Allorché una persona fisica, titolare di carica rilevante, sia coinvolta in procedimenti penali ma per condotte tenute nella qualità di organo di un operatore economico diverso da quello che partecipa alla gara o addirittura per conto proprio, la giurisprudenza risulta propensa ad adottare, a tale specifico riguardo, la teoria c.d. del "contagio". In pratica la presenza stessa, in determinate cariche, di una persona fisica non dotata in sé della necessaria affidabilità/integrità, trasmetterebbe tale caratteristica all'operatore economico "per contagio", ossia de facto e dunque prescindendo dalla tematica dell'imputazione degli atti*» (Consiglio di Stato, Sez. V, 22 aprile 2022, n. 3107).

Come visto, l'art. 98 comma 1 del Nuovo Codice Appalti ha tuttavia previsto come regola generale quella di «*non estendere la fattispecie dell'illecito professionale rilevante all'ipotesi di c.d. "contagio" dell'operatore economico da parte della persona fisica. Da questa perimetrazione esulano i fatti rilevanti ai sensi delle lettere g) ed h) del comma 4 ...*» (cfr. Relazione al D.Lgs. n. 36/2023 – pag. 147).

Proseguendo nella disamina compiuta dall'ANAC ai fini dell'emissione del parere, è stato considerato l'**art. 98, comma 2** del D.Lgs. 36/2023 il quale individua le condizioni che devono (tutte) ricorrere per l'esclusione di un operatore economico ai fini della lettera e) dell'art. 95, comma 1 del D.Lgs. 36/2023:

- a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;
- b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;
- c) **adeguati mezzi di prova** di cui all'art. 98, comma 6 del D.Lgs. 36/2023.

“ **Con l'art. 98 comma 1 D.Lgs. 36/2023, secondo cui il grave illecito professionale rileva quale causa di esclusione (non automatica) solo se riferibile all'operatore economico fatta eccezione per le ipotesi ivi espressamente previste, si supera la cd. teoria del contagio** ”

Sul punto giova segnalare che l'**art. 98 comma 8** del Nuovo Codice Appalti chiarisce che la motivazione della stazione appaltante sottesa all'adozione di una causa di esclusione non automatica rientrando nel perimetro dell'illecito professionale deve prendere in esame tutti e tre gli elementi indicati nel comma 2.

Sempre ai fini dell'applicazione della causa di esclusione (non automatica) del grave illecito professionale nel Nuovo Codice Appalti rileva poi l'**art. 98 comma 3**, il quale fornisce l'elenco tassativo degli elementi da cui la stazione appaltante deve desumere la sussistenza del grave illecito professionale. In particolare, l'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno degli elementi indicati al comma 3 fra i quali rilevano le ipotesi di cui alla lettera g) «*contestata commissione da parte dell'operatore economico, ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 di taluno dei reati consumati o tentati di cui al comma 1 del medesimo articolo 94*» (come visto, l'art. 94 è dedicato alle cause di esclusione automatica).

Ai fini dell'applicazione di una misura espulsiva per un illecito professionale occorre considerare ancora l'**art. 98 comma 6** ai sensi del quale il legislatore ha indicato quali sono i **mezzi di prova adeguati** a dimostrare gli elementi del comma 3, che per l'ipotesi della citata lettera g) indica «*gli atti di cui all'articolo 407-bis, comma 1, del codice di procedura penale [n.d.r. esercizio dell'azione penale tramite formulazione dell'imputazione o*

*richiesta di rinvio a giudizio], il decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'articolo 429 del codice di procedura penale, o eventuali provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale, la sentenza di condanna non definitiva, il decreto penale di condanna non irrevocabile, la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale". Dunque, **la norma non prevede l'ipotesi della mera iscrizione del registro degli indagati ex art. 335 c.p.p.***

Anche i mezzi di prova utili alla stazione appaltante per la valutazione dell'illecito con il Nuovo Codice Appalti risultano, quindi, tipizzati non essendoci più margine, come in precedenza in applicazione del D.Lgs. 50/2016, per una valutazione di una condotta la cui gravità era idonea ad incidere sulla affidabilità e sull'integrità della impresa concorrente.

Nell'ambito di detta tipizzazione perde, quindi, rilevanza la mera iscrizione nel registro degli indagati, anche per esigenze di coordinamento del Nuovo Codice Appalti con la riforma della giustizia penale attuata con il **D.Lgs. n. 150/2022** (cd. Riforma Cartabia) che ha *inter alia* introdotto nel codice di procedura penale la nuova disposizione dell'**art. 335-bis c.p.p.** ai sensi del quale «*La mera iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 non può, da sola, determinare effetti pregiudizievoli di natura civile o amministrativa per la persona alla quale il reato è attribuito*».

Con riferimento alla disciplina in tema di contratti pubblici, pertanto, il **combinato disposto dell'art. 335-bis c.p.p. con l'art. 98, comma 3 e comma 6 del D.Lgs. n. 36/2023** con la tassatività sia dei fatti costituenti grave illecito professionale sia dei mezzi di prova adeguati ai fini della loro valutazione, **determina l'impossibilità per la stazione appaltante di valutare ai fini della sussistenza di un illecito professionale grave e, dunque, di escludere dalle gare d'appalto i soggetti meramente iscritti nel registro degli indagati di cui all'art. 335 c.p.p.**

Come rilevato dall'ANAC nel parere in commento, resta tuttavia fermo il disposto dell'**art. 110-quater disp. att. c.p.p.**, il cui tenore prevede che in presenza di un maggior grado di accertamento da parte dell'autorità giudiziaria, raggiunto in sede di emanazione di una misura cautelare personale o dell'avvenuto esercizio dell'azione penale, possono comunque operare effetti pregiudizievoli

in sede civile o amministrativa. Sussiste dunque l'onere per la stazione appaltante di verificare se nei confronti dell'operatore economico siano stati adottati ulteriori provvedimenti da parte dell'autorità giudiziaria, come l'applicazione di una misura cautelare o l'avvenuto esercizio dell'azione penale, eventi questi che vengono espressamente contemplati nell'art. 98 comma 6 del Nuovo Codice Appalti.

“ **L'iscrizione dell'operatore economico nel registro degli indagati, non essendo espressamente indicato nell'art. 98 comma 6 del D.Lgs. 36/2023 tra i "mezzi adeguati di prova", non può formare oggetto di valutazione ai fini della sussistenza di un illecito professionale grave** ”

### 3. Conclusioni

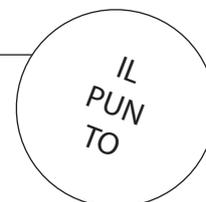
Tra le maggiori criticità contenute nel D.Lgs. n. 50/2016 vi è senza dubbio proprio la portata dell'art. 80, comma 5 su cui nel corso degli anni si sono registrati diversi interventi giurisprudenziali al fine di delimitare il perimetro dell'illecito professionale grave.

Come visto, secondo la disciplina del Nuovo Codice Appalti - le cui norme sono entrate in vigore il 1<sup>o</sup> aprile 2023 e divenute efficaci dal 1<sup>o</sup> luglio 2023 - l'iscrizione dell'operatore economico nel registro ex art. 335 c.p.p., non espressamente citato nel comma 6 dell'art. 98 del Nuovo Codice tra i "*mezzi adeguati di prova*", non può formare oggetto di valutazione da parte della stazione appaltante ai fini della sussistenza di un illecito professionale grave, tenuto anche conto del principio di tassatività sancito dalla lettera e) dell'art. 95, comma 1 del medesimo Nuovo Codice Appalti.

L'auspicio è che la compiuta tipizzazione dei mezzi di prova per la qualificazione dei gravi illeciti professionali ai sensi dell'art. 98 del Nuovo Codice Appalti consentirà di eliminare incertezze interpretative e evitare i contenziosi che l'applicazione della previgente disciplina ha generato negli anni.

# Il RUP e le procedure di affidamento nei servizi sociali

di Stefano Usai



## Premesse

Il decreto legislativo 36/2023 (nel prosieguo, per semplificare, solo nuovo codice) in tanti articoli realizza, sia consentito, una sorta di evoluzione/ approfondimento delle disposizioni della disciplina del 2016 "ampliando" prerogative già note sintetizzando gli approdi giurisprudenziali, della prassi dell'ANAC e del MIT. Ovviamente non mancano delle novità che "complicano" il lavoro del RUP quale responsabile unico di progetto chiamato, pur con collaborazioni (si pensi all'apporto potenziale del responsabile di fase dell'affidamento) a "scrivere" la legge di gara e, più nel dettaglio – come si esprime l'allegato I. 2 "Attività del RUP" -, a scegliere i criteri di aggiudicazione, i sistemi di affidamento (le procedure di affidamento/aggiudicazione) sia la stessa tipologia di contratto.

### 1. I servizi sociali sopra e sotto la soglia comunitaria

Tra le indicazioni fornite con la legge “cornice” per la predisposizione del nuovo codice (legge 78/2022) ha rilievo preponderante l’istanza rivolta agli estensori (art. 1 della legge predetta lett. v) chiamati ad una revisione (in sostanza ciò che è accaduto è una autentica ricalibratura ordinando le disposizioni correlate in due articoli – 127 e 128 in luogo del pregresso 142 della disciplina 2016) delle disposizioni per questo specifico tipo di contratti.

Più nel dettaglio, nel criterio guida si legge l’esigenza di una riorganizzazione “relativa ai servizi sociali e della ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché a quelli di servizio ad alta intensità di manodopera, per i quali i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti devono contenere la previsione di specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo come criterio utilizzabile ai fini dell’aggiudicazione esclusivamente quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa”.

Da qui un “nuovo” - più che altro come struttura anche se non mancano importanti novità – impianto normativo dedicato, appunto ai servizi sociali, che non posso più essere configurati come servizi totalmente esclusi da una logica di “mercato” (che, semplificando, presidia ogni codice dei contratti) realizzando, piuttosto una non ancora completa, per evidenti ragioni, integrazione con delle specificità importanti. Si pensi, e si anticipa una argomentazione, la possibilità di affrancare i servizi sociali dall’obbligo di rispettare la rotazione ora prevista, nell’ambito del sottosoglia, con una rigorosa disciplina contenuta nell’articolo 49.

E’ noto che con il nuovo codice (art. 49, comma 2) la rotazione risulta obbligatoria almeno nei confronti del pregresso affidatario di servizi “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”.

Una logica di questo tipo, da notare che nel pregresso regime la rotazione risultava “di norma” necessaria anche nei confronti del solo soggetto semplicemente invitato alla procedura di affidamento/aggiudicazione, evidentemente non può ritenersi naturale per appalti di servizi alla persona/sociali ed in questo senso, come si vedrà più avanti, gli estensori hanno affrancato i servizi in parola, o meglio le correlate procedure

di affidamento/aggiudicazione dall’obbligo di applicare i rigorosi canoni dell’alternanza.

“ Il decreto legislativo 36/2023 in tanti articoli realizza una sorta di evoluzione/approfondimento delle disposizioni della disciplina del 2016 “ampliando” prerogative già note sintetizzando gli approdi giurisprudenziali, della prassi dell’ANAC e del MIT.

### 2. Il quadro delle disposizioni applicabili ai servizi sociali

Il nuovo codice contiene naturalmente un distinguo tra appalti di importo pari o sopra soglia (art. 14) a cui si devono applicare le prescrizioni contenute nella Parte VII rubricata “Disposizioni particolari per alcuni contratti dei settori ordinari”, del Libro II rubricato “Dell’Appalto”, ed in specie, almeno gli artt. 127, 128 del Titolo I rubricato “I servizi sociali e i servizi assimilati” e le norme del Titolo II rubricato “Gli appalti di servizi sociali e di altri servizi nei settori ordinari”, 129/131. Per il sottosoglia, invero, il legislatore non effettua un rinvio alle norme ordinarie (previste, in pratica, dall’articolo 48 e segnatamente, all’articolo 50).

“ Per il sottosoglia, invero, il legislatore non effettua un rinvio alle norme ordinarie

In pratica, per l’attività istruttoria del RUP, le norme da applicare limitando il ragionamento ai servizi sociali in genere ed ai servizi alla persona (tralasciano pertanto gli altri servizi di cui agli artt. 129/131) sono le previsioni contenute nell’articolo 127 ovvero “i servizi sociali e gli altri “servizi assimilati di cui all’allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014” (che corrisponde all’allegato IX richiamato nella disciplina del 2016) e l’articolo 128 che riprende e riorganizza le

disposizioni contenute nel pregresso comma 5-bis dell'articolo 142 della disciplina del 2016 (in specie si tratta dei servizi alla persona e dei servizi sociali soggetti, in passato, ad un regime intermedio).

### 3. I servizi sociali nel sopra soglia comunitario

Nel sopra soglia (per i servizi "ordinari" di importo pari o superiore ai 750mila euro per i servizi, anche assimilati, "dei settori speciali" di importo pari o superiore al milione di euro come stabilito nell'articolo 14 del nuovo codice), in relazione alle procedure di aggiudicazione gli estensori ribadiscono, ma con una diversa ricalibratura (impostando una norma ad hoc nell'articolo 127), l'impostazione del precedente articolo 142.

In relazione all'articolo citato (art. 127) gli estensori hanno puntualizzato che "Sotto il profilo terminologico, si è preferito sostituire, fin dalla rubrica della disposizione, l'espressione 'altri servizi specifici' (contenuta nell'attuale art. 140) ovvero 'altri servizi' (contenuta nella rubrica dell'attuale Capo II della Sezione IV) con quella, meno generica e più espressiva, di 'servizi assimilati' ai servizi sociali, che dà conto della uniformità della relativa disciplina pur nella eterogeneità dei settori di riferimento.

Peraltro, il catalogo dei servizi in questione è ancora affidato, con un complessivo richiamo per relationem, all'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014. Ciò in ragione dell'assunto che il comune regime si fonda, in base alle vincolanti prescrizioni della direttiva, su una logica di mera 'assimilazione', giustificata dal più circoscritto e limitato interesse transfrontaliero".

Più nel dettaglio, nei commi 1 e 2 si chiarisce immediatamente al RUP l'ambito oggettivo entro cui, per aggiudicare i servizi in commento, deve muoversi ed in specie "per l'affidamento dei servizi sociali e degli altri servizi assimilati di cui all'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, per valori pari o superiori alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1 lettera d), le stazioni appaltanti procedono alternativamente (fermo restando quanto previsto nell'articolo 6 e nei rapporti con il terzo settore)

- a) mediante bando o avviso di gara che comprende le informazioni di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera E;

- b) mediante avviso di pre-informazione, pubblicato con cadenza continuativa per periodi non superiori a ventiquattro mesi, recante le informazioni di cui allegato II.6, Parte I, lettera F, con l'avvertenza che l'aggiudicazione avverrà senza ulteriore pubblicazione di un avviso di indizione di gara.

Evidentemente le disposizioni appena riportate "non si applicano quando è utilizzata, in presenza dei presupposti previsti dall'articolo 76, una procedura negoziata senza pubblicazione di bando" In questo senso il comma 2 dell'articolo 127. L'applicazione della procedura negoziata senza pubblicazione di bando esige, naturalmente, una motivazione (così come previsto nell'articolo 63 del pregresso codice).

“ **Gli appalti dei servizi sociali/ assimilati, per importi pari o superiori alle soglie comunitarie, rappresentano – almeno sotto il profilo istruttorio -, una operazione meno complicata per il RUP** ”

L'affidamento del servizio (comma 3) esige una ordinaria forma di trasparenza attraverso la pubblicazione di un "avviso di aggiudicazione di cui all'allegato II.6, Parte I, lettera G".

Viene rimarcata la possibilità degli avvisi "cumulativi" su base trimestrale, "nel qual caso essi sono inviati cumulativamente al più tardi trenta giorni dopo la fine di ogni trimestre".

Da notare che gli estensori, sul comma in parola – e in generale -, rammentano nella relazione tecnica che si è intervenuti sotto "il profilo terminologico" sostituendo "il riferimento alla 'aggiudicazione degli appalti' con il più comprensivo 'affidamento' del servizio (così il comma 3 del testo proposto): ciò per escludere ogni preclusione al ricorso allo strumento della concessione. Sicché – anche sotto questo profilo in coerenza con l'opzione 'sistematica' di autosufficienza della disciplina dei contratti di concessione – la normativa in questione deve ritenersi, per questa parte, 'di carattere generale'.

Per il resto i bandi (trattandosi di procedure pari o sopra soglia comunitaria) e gli stessi avvisi conterranno le informazioni, i primi anche dell'articolo 173 e "le informazioni di cui all'allegato II.6, Parte III, conformemente ai modelli di formulari stabiliti dalla Commissione europea mediante atti di esecuzione".

Gli avvisi (comma 5) "sono pubblicati conformemente all'articolo 164".

#### 4. Gli appalti dei servizi sociali nel sottosoglia comunitario

Gli appalti dei servizi sociali/assimilati, per importi pari o superiori alle soglie comunitarie, rappresentano – almeno sotto il profilo istruttorio -, una operazione meno complicata per il RUP (almeno nel reperimento/chiarimento sulle norme applicabili e quindi al netto della complicità della procedura di affidamento) -, si pensi poi, ad esempio, a quanto prevedono i commi 6 e 7 per i servizi **alla persona/servizi sociali** (art. 128) in cui si legge che "Si applicano le procedure di aggiudicazione di cui agli articoli da 32 a 34, all'articolo 59 e agli articoli da 71 a 76" e (comma 7) "Si applicano, altresì, le disposizioni di cui agli articoli 79, 80, 84, 85, 89, 94, 95, 98, 99, 100, 101 e 110, adottando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo".

La situazione, a ben valutare, si complica per gli appalti sotto la soglia comunitaria (importi inferiori ai 750mila euro per servizi sociali ordinari ed al milione di euro per servizi riconducibili ai settori speciali) in cui non si rinvengono – come in passato – dei richiami normativi specifici.

Sulla questione, però, è interessante soffermarsi – più che sull'articolo 127 che, come detto, non recano indicazioni specifiche -, direttamente sull'articolo 128 e quindi sui servizi alla persona e sui servizi sociali, sia consentito, "classici".

I servizi in parola risultavano disciplinati nel pregresso, limitando i richiami, nei commi 5-bis e 5-ter dell'articolo 142 per trovare, oggi, con il nuovo codice una disciplina autonoma (appunto nell'articolo 128).

La disposizione chiarisce che per servizi alla persona devono intendersi i servizi sanitari, i servizi sociali e servizi connessi, i servizi di prestazioni

sociali, gli altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi i servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative.

Anche nell'articolo in commento (rubricato "servizi alla persona") si rinvengono, per il sopra soglia, chiari richiami sulle disposizioni da applicare mentre per il sottosoglia la norma cardine che non contiene specifici richiami (all'art. 50 ed in genere al micro sistema normativo applicabile per appalti di importo inferiore alle soglie comunitarie) è contenuta nel comma 8.

Ai sensi del comma in parola si legge che "Per l'affidamento e l'esecuzione di servizi alla persona di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1, lettera d), si **applicano i principi ed i criteri di cui al comma 3 del presente articolo**".

La prescrizione in parola è completamente diversa dalla "omologa" previsione – per il sottosoglia -, contenuta nel comma 5 octies dell'articolo 142 della pregressa disciplina.

Ai sensi della disposizione in parola si precisava che i servizi alla persona/sociali classici "sono affidati nel rispetto di quanto previsto all'articolo 36".

Nel caso specifico, pertanto, insisteva un preciso richiamo normativo a cui il RUP, necessariamente doveva affidarsi.

Non solo, nel periodo emergenziale, stante la deroga apportata dal DL 76/2020 (convertito con legge 120/2020), il RUP era tenuto ad applicare le opzioni in questo previste (con innalzamento, anche, delle micro soglie entro cui procedere con l'affidamento diretto).

Nella nuova disposizione, contenuta nell'articolo 128 comma 8 dell'attuale codice, viene a mancare per il sottosoglia un analogo/omologo richiamo, come già anticipato, all'articolo 50 (che rappresenta la norma simmetria alla previsione dell'articolo 36 pur sintetizzando, in realtà, un recepimento delle disposizioni contenute nell'articolo 1 del DL 76/2020).

Il comma 8 in parola, quindi, prevede – e si pone come indicazioni istruttorie al RUP -, un richiamo al comma 3 dello stesso articolo in cui si legge "che L'affidamento deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche

delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti”.

Si tratta di una previsione, anch'essa generale, già prevista nel comma 5-ter che, come detto, nel pregresso regime non sostanziava l'intera disciplina, in pratica, applicabile al sottosoglia dei servizi sociali/alla persona (stante il richiamo espresso come visto all'art. 36).

Da notare, inoltre, che il nuovo codice non contiene un rinvio ad un allegato che riprenda i contenuti delle linee guida ANAC n. 17 espressamente dedicate alla disciplina di questi contratti.

“ **Il comma 8 (dell'articolo 128) prevede – e si pone come indicazioni istruttoria al RUP -, un richiamo al comma 3 dello stesso articolo in cui si legge “che L'affidamento deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti** ”

### 5. Le indicazioni al RUP

L'assenza di riferimenti normativi specifici, per il RUP, consente una costruzione della disciplina di gara (dell'affidamento) libera purché esplicita all'interno delle indicazioni declinate nel comma 3 dell'articolo 128.

Più nel dettaglio, nell'approccio istruttorio e, quindi, nella scrittura della legge di gara il responsabile unico del progetto deve assicurare (comunque come già in passato):

1. la qualità,
2. la continuità,
3. l'accessibilità,
4. la disponibilità e la completezza dei servizi,

5. inoltre il RUP deve tener “conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti”.

Sembra di poter sostenere quindi che sia le procedure aperte (classiche) sia le procedure semplificate possono consentire il raggiungimento di questi “obiettivi”.

Pertanto il RUP è libero di strutturare le procedure di assegnazione tenendo in considerazione le superiori esigenze ora declinate, ad esempio, nell'allegato I.3 (sui termini delle procedure di aggiudicazione) che impone il rispetto dei tempi stabiliti dal legislatore per giungere all'aggiudicazione.

Per intendersi, il raggiungimento degli obiettivi/finalità non sono raggiungibile sempre ed in ogni caso con procedure aperte (per intendersi, con il classico bando) ma, in certe situazioni, anche per esiguità di importo può ritenersi utile anche lo strumento, ad esempio, dell'affidamento diretto “con interpello” ovvero acquisendo delle offerte (in questo caso, trattando di servizi alla persona/ servizi sociali) è sminuente e non corretto parlare di “semplici” preventivi) da valutare con criteri quanti/qualitativi.

Per intendersi, privilegiando, anche se non è previsto per l'affidamento diretto, una considerazione/ valutazione che deve necessariamente andare oltre il mero dato quantitativo (il prezzo per comprendersi non può ritenersi determinante).

“ **Pertanto il RUP è libero di strutturare le procedure di assegnazione tenendo in considerazione le superiori esigenze ora declinate, ad esempio, nell'allegato I.3 che impone il rispetto dei tempi stabiliti dal legislatore per giungere all'aggiudicazione** ”

## 6. L'affrancamento dalla rotazione

Il mancato richiamo alla rotazione, peraltro non presente neppure nell'articolo 142 ma di doverosa applicazione stante il richiamo, come detto sopra per il sottosoglia all'articolo 36 del pregresso codice, rappresenta forse il tratto di maggior rilievo soprattutto per la consapevolezza di tale "omissione".

Gli estensori, infatti, nella relazione tecnica che accompagna il codice (un autentico commento dei redattori) precisano che con "la previsione del comma 8, con la quale – relativamente agli affidamenti di servizi alla persona inferiori alla soglia europea – **si è scelto di non richiamare, in prospettiva liberalizzante, la disciplina generale degli appalti sotto soglia, ma di imporre (attraverso il richiamo al comma 3) esclusivamente il rispetto dei principi (generali) di qualità, continuità, accessibilità, disponibilità e completezza, e gli obblighi di tenere conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati, e di promuovere il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti. Si è inteso, con ciò, recepire le diffuse istanze degli operatori del settore, con particolare riferimento alla obiettiva criticità dell'attuazione, nei settori in questione, del principio di rotazione**".

Da qui la conclusione istruttoria secondo cui, il RUP può utilizzare, come nel passato evidentemente, le procedure semplificate di cui all'articolo 50 omettendo il rispetto della rotazione ma senza approcci arbitrari rispettando, in ogni caso, un leale comportamento istruttorio.

Questo significa che pur non elemento istruttorio obbligatorio, la mancata applicazione della rotazione dovrà comunque avere una motivazione.

# Pareri & Sentenze



## **Tar Lombardia, Sez. II, 28/09/2023, n. 2171**

*Applicazione dei principi del risultato e della fiducia al subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta*

"Laddove un documento, peraltro meramente facoltativo, non ha inciso in nessun modo sulla determinazione finale di affidamento della stazione appaltante, l'ipotetica falsità del medesimo non può certo determinare l'illegittimità dell'aggiudicazione. A ciò si aggiunga che, non avendo l'Amministrazione effettuato alcun esame del citato documento magari in contraddittorio con -OMISSIS-, non può neppure essere affermata con assoluta certezza la falsità dello stesso, ad onta di quanto sostenuto nel gravame e nei successi scritti difensivi della società istante. Tali conclusioni sono state fatte proprie, seppure in sede cautelare, dal Consiglio di Stato nella sua ordinanza n. -OMISSIS-, dove è chiaramente affermato che nell'offerta dell'aggiudicataria non si ravvisa "alcuna falsità idonea ad incidere sulla valutazione dell'offerta effettuata dalla stazione appaltante". Pare inoltre al Collegio che quanto sopra esposto sia rispettoso dei principi fondamentali della contrattualistica pubblica previsti dal vigente D.Lgs. n. 36/2023, ancorché la gara di cui è causa sia regolata dal D.Lgs. n. 50/2016; in particolare si tratta dei principi del risultato e della fiducia di cui agli articoli 1 e 2 del nuovo codice dei contratti pubblici."

**Tar Lazio, sez. IV, 26/09/2023, n. 14255**

*Non è applicabile il soccorso istruttorio all'offerta tecnica*

" ... una chiara presa di posizione da parte della giurisprudenza si registra nella recente sentenza del Consiglio di Stato del 21 agosto 2023, n. 7870, nella quale – oltre ad esaminarsi accuratamente l'evoluzione legislativa del soccorso istruttorio dal d.lgs. 50/2016 al vigente d.lgs. 36/2023 – si è ribadito che "deve tenersi per ferma la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica): ciò che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti.

Restano, per contro, ampiamente sanabili le carenze (per omissione e/o per irregolarità) della documentazione c.d. amministrativa. In altri termini, si possono emendare le carenze o le irregolarità che attengano alla (allegazione) dei requisiti di ordine generale (in quanto soggettivamente all'operatore economico in quanto tale), non quelle inerenti ai requisiti di ordine speciale (in quanto atte a strutturare i termini dell'offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l'esecuzione delle prestazioni messe a gara)".

**TAR Campania, Napoli, Sez. I, 20/9/2023, n. 5155**

*E' legittima la clausola che preveda un criterio di premialità all'assorbimento del personale in misura superiore a quella minima prevista*

"La condizione necessaria per il legittimo esercizio del potere discrezionale di stabilire i criteri di attribuzione del punteggio è costituita dalla verifica della sussistenza di una connessione tra i criteri e l'oggetto dell'appalto (art. 95, comma 6) del d.lgs. n. 50/2016, nei termini della definizione di cui all'art. 95, comma 11, che considera connessi all'oggetto dell'appalto i «criteri di aggiudicazione [che] riguardino lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito di tale appalto sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi o in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale» (la disposizione recepisce l'art. 67, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE).

Prendendo in considerazione anche fattori relativi all'intero ciclo di vita del lavoro, del bene o del servizio da acquisire, compresi i fattori coinvolti anche in una fase successiva al ciclo di vita, tra i criteri di aggiudicazione possono essere compresi anche criteri di natura sociale riferiti all'applicazione di un determinato contratto collettivo di lavoro o di una determinata tipologia di contratto di lavoro individuale, volti a conseguire specifici obiettivi di stabilità occupazionale e di trattamento economico e normativo dei lavoratori impiegati nell'appalto; fermo restando il limite da tempo individuato dalla giurisprudenza europea, ossia che il requisito non trasmodi nella previsione di criteri sociali che, abbandonando il legame con l'oggetto del contratto (nei termini sopra richiamati), prendano in considerazione gli aspetti relativi alla politica generale dell'impresa o altri aspetti estranei al programma contrattuale (cfr. Cons. Stato n. 7053/2021; C.G.U.E., 17 settembre 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland; in seguito C.G.U.E., 10 maggio 2012, C-368/10, Commissione c. Paesi Bassi, in particolare ai punti 89 ss.). Nel caso di specie non vi è dubbio che la conservazione delle risorse umane e del loro inquadramento sia funzionale alla migliore esecuzione dell'appalto secondo l'Amministrazione che, evidentemente, trovava utile non modificare la composizione delle squadre che avevano prestato la propria attività nel corso del precedente periodo di esecuzione."

**Consiglio di Stato, Sez. V, 18/9/2023, n. 8382**

*"Deve esservi un giudizio di stretto collegamento (o nesso di strumentalità necessaria) tra documentazione richiesta e situazione finale controversa: la parte interessata, in tale ottica, dovrebbe allora onerarsi di dimostrare in modo intellegibile il collegamento necessario fra la documentazione richiesta e le proprie difese. Ciò anche attraverso una indicazione, anche espressa in modo sintetico, delle 'deduzioni difensive potenzialmente esplicabili'"*

L'Adunanza Plenaria n. 4 del 18 marzo 2021 ha precisato che deve escludersi il generico riferimento, nell'istanza di accesso, a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, riferibili ad un processo già pendente, oppure instaurando, laddove l'ostensione del documento richiesto dovrà comunque passare attraverso un rigoroso e motivato vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare.

Il Collegio condivide la soluzione di maggior rigore secondo deve esservi un giudizio di stretto collegamento (o nesso di strumentalità necessaria) tra documentazione richiesta e situazione finale controversa: la parte interessata, in tale ottica, dovrebbe allora onerarsi di dimostrare in modo intellegibile il collegamento necessario fra la documentazione richiesta e le proprie difese. Ciò anche attraverso una indicazione, anche espressa in modo sintetico, delle 'deduzioni difensive potenzialmente esplicabili' (Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2472).

L'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe, secondo i principi generali, su colui che agisce, ossia sul ricorrente richiedente l'accesso agli atti. In assenza di tale dimostrazione, la domanda di accesso, secondo l'indirizzo condiviso di questo Consiglio, finisce per tradursi nel tentativo 'meramente esplorativo' di conoscere tutta la documentazione versata agli atti di gara, come tale inammissibile (Cons. Stato n. 64 del 2020).

I principi espressi sono stati recentemente ribaditi da questa Sezione con sentenza n. 787 del 2023, da cui è emerso che, nelle ipotesi come quella per cui si procede, ne risulta, in buona sostanza, un sistema motivazionale c.d. 'a doppia mandata', una dell'istanza e una dell'opponente, che la Stazione appaltante sarà tenuta a ponderare ogniqualvolta emerga un potenziale contrasto tra riservatezza tecnica e necessità difensive. La pronuncia, ponendosi sul solco dell'ormai indirizzo consolidato della giurisprudenza amministrativa (ex multis Cons. Stato, n. 6463 del 2020; Cons. Stato n. 5167 del 2020; Cons. Stato n. 4220 del 2020; Cons. Stato n. 1451 del 2020; Cons. Stato n. 64 del 2020), ha ribadito che la 'ratio' sottesa alle previsioni di cui all'art. 53, comma 5, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016 è quella di escludere dall'accesso 'quella parte dell'offerta strettamente afferente al 'Know how' del singolo concorrente, costituito dalle competenze e dalle esperienze maturate nel tempo che consentono, al concorrente medesimo, di essere altamente competitivo nel mercato di riferimento'."

**Consiglio di Stato, Sez. V, 11/09/2023, n. 8243**

*Sul divieto di commistione tra offerta tecnica e offerta economica*

"... si è affermato in giurisprudenza che il principio della segretezza dell'offerta economica è a presidio dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), sub specie di trasparenza e par condicio dei concorrenti, e che la peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica impone che la tutela copra non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio, di modo che "già la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità della valutazione" (così Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 612, che cita, a riscontro, id., V, 20 luglio 2016, n. 3287 ed altre precedenti). L'affermazione di principio è pienamente condivisibile se riferita alla violazione del divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica, come sopra inteso (come in Cons. Stato, V,

24 ottobre 2022, n. 9047 e id., V, 16 agosto 2022, n. 7147), perché essa comporta necessariamente (senza ulteriore dimostrazione) la conoscenza effettiva di elementi economici (in quanto contenuti nell'offerta tecnica), ma non è per intero applicabile al caso di elementi dell'offerta economica o dell'intera offerta economica che si assumono conosciuti per via diretta. In tale seconda eventualità, la conoscenza effettiva dell'entità dell'offerta economica (o di suoi significativi elementi) e, quindi, la violazione del principio di segretezza dell'offerta economica, va dimostrata dalla parte che la sostiene (cfr. in tal senso sull'onere della prova, in un caso analogo attinente all'asserita violazione del principio di segretezza dell'offerta tecnica, Cons. Stato, V, 26 aprile 2023, n. 4194)."

**TAR Campania, Napoli, Sez. I, 8/9/2023, n. 1478**

*La posizione di concorrente alla procedura di gara, classificatosi in seconda posizione, concretizza una idonea situazione legittimante l'accesso alla documentazione relativa alla offerta tecnica dell'aggiudicataria*

"... secondo la giurisprudenza la posizione di concorrente alla procedura di gara, classificatosi in seconda posizione, "concretizzi una idonea situazione legittimante l'accesso alla documentazione relativa alla offerta tecnica dell'aggiudicataria: ciò tanto più in quanto, avendo promosso un giudizio per ottenere l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione a favore del raggruppamento controinteressato, essa ha dimostrato di avere interesse alla conoscenza integrale di quella documentazione, al fine di verificare la correttezza – secondo i noti canoni di sindacato degli atti espressivi della discrezionalità tecnica esercitata dalla commissione di gara nella valutazione delle offerte – delle valutazioni compiute e dei punteggi conseguentemente assegnati" (ex multis da ultimo TAR Lombardia, ord., n. 1695/2023); Ritenuto che non è stata fornita né dall'Amministrazione né dall'operatore controinteressato, la prova della sussistenza di alcun pregiudizio concreto ai propri segreti industriali commerciali che in ipotesi conseguirebbe all'ostensione degli atti richiesti da parte ricorrente"

**Autorità Nazionale Anticorruzione**

**DELIBERA N. 294 del 27 giugno 2023**

**UPREC/PRE/561/2023/L/PREC**

*"Qualora il bando di gara individui delle lavorazioni riconducibili all'elenco di attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, il concorrente che dichiara di eseguirle in proprio è tenuto a possedere, all'atto della partecipazione alla gara, l'iscrizione nelle white list della Prefettura territorialmente competente. Nel caso in cui le suddette lavorazioni siano affidate in subappalto o costituiscano oggetto di una subfornitura, è il subappaltatore o il subfornitore a dover risultare iscritto nelle white list della Prefettura territorialmente competente"*

"... ai sensi dell'art. 1, comma 52, della legge 190/2012 e secondo quanto indicato dalla circolare del Ministero dell'Interno prot. 25954 del 23 marzo 2016 e dal DPCM 18 aprile 2013, come aggiornato dal DPCM 24 novembre 2016, l'iscrizione alla white list è un requisito obbligatorio, di ordine generale e attinente alla moralità dell'impresa, per la partecipazione alle gare e l'affidamento di appalti pubblici nei settori individuati come esposti a maggior rischio di infiltrazione mafiosa...è stato definitivamente chiarito che l'obbligo di iscrizione alle white list della prefettura territorialmente competente trova applicazione anche quando l'attività maggiormente esposta a rischio di infiltrazione mafiosa costituisca una delle prestazioni indicate nel bando di gara come secondarie e non solo quando essa costituisca la prestazione principale dell'appalto. È stato evidenziato, infatti, che i commi 52 e 53 dell'art. 1 della L. n. 190/2012 "non effettuano

una differenziazione a seconda che le attività maggiormente esposte al tentativo di infiltrazione mafiosa siano l'oggetto principale della procedura di gara oppure costituiscano attività secondarie o accessorie, né a seconda dell'eventuale utenza finale. Parimenti, non è possibile evincersi una gradazione normativa dal punto di vista quantitativo delle attività menzionate, al fine di determinare l'obbligo di iscrizione nell'elenco prefettizio. Ne consegue che se il bando di gara preveda quale attività oggetto della procedura di affidamento delle attività anche solo parzialmente riconducibili a quelle elencate all'interno del comma 53 dell'articolo 1 legge n. 190 del 2012, l'operatore economico è tenuto a richiedere l'iscrizione alle white list della prefettura territorialmente competente e la stazione appaltante è tenuta ad accertare che l'impresa che vi partecipi e che dichiara di eseguirle risulti iscritta all'interno del suddetto elenco". Nel Comunicato è stato altresì precisato che "l'iscrizione alla white list dovrà essere posseduta soltanto dal soggetto che effettivamente andrà a svolgere la prestazione rientrante all'interno dell'elenco di cui all'articolo 1, comma 53, il quale potrà essere, in base al caso concreto, l'appaltatore, un'impresa del raggruppamento temporaneo verticale, il subappaltatore o il subaffidatario";"

#### **Autorità Nazionale Anticorruzione**

##### **DELIBERA N. 325 del 12 luglio 2023 UPREC-PRE 596/2023/S/PREC**

*"Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Requisiti – Servizio di refezione scolastica – Criteri Ambientali Minimi – Congruità dell'importo a base d'asta"*

"In una procedura di affidamento del servizio di ristorazione collettiva, l'individuazione del prezzo a base di gara per singolo pasto rientra nell'esercizio della discrezionalità tecnica propria della Stazione appaltante: la condotta della stazione appaltante pertanto risulterà insindacabile laddove tale importo risulti coerente al costo medio stimato per pasto previsto dal D.M. 10 marzo 2020 sui nuovi Criteri Ambientali Minimi e la Stazione appaltante abbia reso noto l'iter logico seguito per la sua determinazione o comunque abbia fornito elementi sufficienti per la verifica di quanto determinato, non sussistendo in tal caso i presupposti per mettere in discussione la valutazione tecnica effettuata."

#### **Autorità Nazionale Anticorruzione**

##### **DELIBERA N. 326 del 12 luglio 2023 UPREC-PRE 629/2023/L/PREC**

*"Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Requisiti – Gara – Verifica di congruità – costi della manodopera"*

"In sede di verifica di anomalia dell'offerta, la difformità del costo del lavoro da quello indicato nelle tabelle ministeriali non è profilo dirimente per trarne la conclusione dell'incongruità dell'offerta, poiché le tabelle costituiscono un mero parametro di valutazione della congruità. Sono, infatti, consentiti scostamenti dalle voci di costo ivi riassunte e spetta alla stazione appaltante valutare se si tratti di scostamenti talmente significativi e, comunque, del tutto ingiustificati, da poter compromettere la complessiva affidabilità dell'offerta ed indurre, senza meno, ad un giudizio di anomalia della stessa. Le tabelle ministeriali, infatti, indicano esclusivamente il "costo medio orario" del lavoro elaborato su basi statistiche; esse, dunque, non sono un limite inderogabile per gli operatori economici perché è ben possibile che il costo "proprio" del singolo operatore economico sia diverso dal costo medio."

**Autorità Nazionale Anticorruzione****DELIBERA N. 367 del 26 luglio 2023  
UPREC - PREC 527/2023**

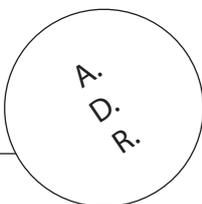
*"La gestione di una procedura di gara in forma telematica, richiedendo l'osservanza con diligenza delle prescrizioni di bando e delle norme tecniche rilevanti, pone a carico del concorrente i rischi dell'eventuale erroneo utilizzo della piattaforma nonché dell'erroneo inserimento dei dati. Pertanto, l'esclusione dalla procedura è legittima in caso di mancato invio dell'offerta imputabile alla scarsa diligenza di un mandante di un RTI costituendo nell'inserimento dei dati utili all'identificazione dell'operatore, e non all'illegittima predisposizione della piattaforma telematica, né ad una anomalia o malfunzionamento della stessa"*

"... avuto riguardo alle peculiarità delle procedure selettive informatiche rispetto a quelle cartacee, la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato come esse, a fronte degli indiscutibili vantaggi, scontino tuttavia un "rischio di rete" – dovuto alla presenza di sovraccarichi o di cali di performance della rete – ed un "rischio tecnologico" dovuto alle caratteristiche dei sistemi operativi utilizzati dagli operatori.

Acquisita la consapevolezza che i rischi sopra menzionati costituiscono un'alea, bensì attenuabile ma non eliminabile in senso assoluto, risponde al principio di autoresponsabilità l'onere di colui che intende prendere parte alla gara di attivarsi in tempo utile per prevenire eventuali inconvenienti che, nei minuti immediatamente antecedenti alla scadenza del termine, gli impediscano la tempestiva proposizione dell'offerta, salvi ovviamente i malfunzionamenti del sistema imputabili al gestore del medesimo (ad esempio fermi del sistema o mancato rispetto dei livelli di servizio) per i quali invece non può che affermarsi la responsabilità di quest'ultimo e la necessità di riconoscere una sospensione o proroga del termine per la presentazione delle offerte, come peraltro espressamente previsto dall'art. 79, comma 5-bis sopra citato (cfr. ex multis Delibera Anac n. 538 del 16 novembre 2022; Delibera n. 465 del 16 giugno 2021); ... secondo pacifica giurisprudenza "non può essere escluso dalla gara un concorrente che abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica entro l'orario fissato per tale operazione, ma non è riuscito a finalizzare l'invio a causa di un malfunzionamento del sistema, imputabile al gestore" (Cons. Stato, sez. V, n. 7922/2019 e Cons. Stato, sez. III, n. 86/2020; 4811/2020). Nel medesimo senso si è chiarito che "se rimane impossibile stabilire con certezza se vi sia stato un errore da parte del trasmittente o, piuttosto, la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara" (Cons. Stato, sez. III, n. 86/2020 cit.). Il Consiglio di Stato (sez. III, 24 novembre 2020, n. 7352) ha evidenziato che "Il concorrente che si appresta alla partecipazione di una gara telematica, fruendo dei grandi vantaggi logistici e organizzativi che l'informatica fornisce ai fruitori della procedura, è consapevole che occorre un certo tempo per eseguire materialmente le procedure di upload, e che tale tempo dipende in gran parte dalla performance dell'infrastruttura di comunicazione (lato utente e lato stazione appaltante), quest'ultima a sua volta interferita da variabili fisiche o di traffico".

È, pertanto, pacifico che "la procedura di gara gestita in forma telematica, richiedendo l'osservanza con diligenza delle prescrizioni di bando e delle norme tecniche rilevanti, pone a carico del concorrente i rischi dell'eventuale erroneo utilizzo della piattaforma elettronica, come finalizzata ad escludere in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte, e pertanto l'eventuale esclusione per impossibilità della Commissione di gara di esaminare l'offerta formulata da uno dei ricorrenti non è censurabile" (TAR Umbria, 27 ottobre 2022, n. 761; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 18 settembre 2020, n. 3882; TAR Veneto, sez. I, 26 febbraio 2020, n. 192);"

# A Domanda Rispondiamo



## 1 **Quale la disciplina da applicarsi al trasporto pubblico locale?**

La recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V n. 8215 del 08/09/2023, ha affrontato questa tematica sancendo che: *"La qualificazione del trasporto pubblico locale quale 'servizio pubblico' rappresenta un tratto fondamentale del Regolamento (CE) n. 1370 del 2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/07. Tale qualificazione di 'servizio pubblico' giustifica la previsione di precise disposizioni contenute nel medesimo decreto, che connotano il trasporto pubblico di passeggeri sottoponendolo ad un regime speciale per l'affidamento del servizio da parte delle Pubbliche Amministrazioni."*

Il Regolamento CE n. 1370/2007 consente alle Autorità nazionali di decidere autonomamente la modalità di gestione dei servizi, optando per una erogazione diretta in autogestione, rispettando precisi dettami, ovvero l'affidamento diretto ad un operatore economico individuato nel libero mercato senza ricorrere alla procedura di gara.

## 2 **Il costo della manodopera individuato dall'operatore economico si aggiunge al ribasso offerto sulla base d'asta?**

Il MIMS ha chiarito con parere del 19/07/2023, che tale importo non si aggiunge al ribasso ma, costituendo parte dell'offerta è soggetto verifica, pertanto, l'offerta economica espressa dal concorrente non può essere costituita dal ribasso sull'importo al netto dei costi della manodopera, in conformità alle indicazioni del Bando Tipo Anac adottato successivamente all'entrata in vigore del nuovo codice cui il MIMS rimanda e, pertanto, vincolante per le stazioni appaltanti.

## 3 **Nei casi in cui il contratto di avvalimento abbia ad oggetto i requisiti di ammissione è ammissibile la contemporanea partecipazione alla gara di ausiliaria e ausiliata?**

L'art. 104 del nuovo codice dei contratti (D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) disciplina, con alcune novità, l'istituto giuridico dell'avvalimento. Una delle principali novità si sostanzia nel fatto che l'avvalimento è ammesso non solo per ottenere i requisiti necessari alla partecipazione ad una gara, ma anche per ottenere un punteggio più elevato, grazie ai requisiti prestati dalla ditta ausiliaria. Si tratta, in questo ultimo caso di un "avvalimento premiale". In questo caso vi è, però un limite, dato che non è consentito che alla medesima gara possano partecipare sia la ditta ausiliaria che la ausiliata. Ne deriva che nei casi di avvalimento sui soli requisiti di ammissione non vi sarà più incompatibilità di partecipazione contemporanea alla gara di ausiliaria e ausiliata, cosa fino ad oggi espressamente vietata.

## 4

### L'allegato 9 al Piano Nazionale Anticorruzione 2022 ha introdotto nuove modalità di pubblicazione nella sezione Trasparenza?

Se l'art. 29 faceva riferimento agli atti della "programmazione" e delle "procedure di affidamento", escludendo da tale obbligo il contratto quale primo atto della fase di esecuzione di un appalto, l'allegato 9 del PNA 2022, contiene invece non solo il nuovo elenco di atti e dati oggetto di pubblicazione in materia di appalti pubblici, ma anche la nuova struttura della sotto-sezione "Bandi di gara e contratti" dell'albero della trasparenza amministrativa. Qui sono indicati tutti gli atti e i dati da pubblicare, la modalità in cui organizzare i dati, i tempi di pubblicazione ed aggiornamento e, per la fase esecutiva, l'indicazione puntuale delle tipologie di atti oggetto di pubblicazione obbligatoria, che di seguito si riportano:

- modifiche soggettive al contratto
- varianti
- proroghe
- rinnovi
- quinto d'obbligo
- subappalto
- certificato di collaudo o regolare esecuzione
- certificato di verifica di conformità
- accordi nonari e transazioni
- atti di nomina del direttore dei lavori/direttore dell'esecuzione/componenti delle commissioni di collaudo.

## 5

### Qual è la funzione del DURC di congruità?

Con sentenza n. 8128 del 01/09/2023 il Consiglio di Stato, sez. V, ha precisato che "il DURC di congruità individua la percentuale di incidenza minima del costo della manodopera, ovvero quella soglia al di sotto della quale scatta la presunzione di non congruità dei costi del personale. Non vale, peraltro, la reciproca: sicché, al di sopra della soglia così individuata, il costo della manodopera debba ritenersi automaticamente e per ciò solo congruo".

## 6

### L'ordine cronologico di arrivo delle manifestazioni di interesse per selezionare gli invitati alle negoziate sotto soglia nel nuovo codice può ritenersi un criterio oggettivo e non discriminatorio?

*L'articolo 50 comma 2 del nuovo codice stabilisce che "Per la selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, 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".*

Inoltre, l'articolo 2 dell'Allegato II.1 al Codice, in merito alle indagini di mercato propedeutiche alle successive procedure negoziate, prevede 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. Tali criteri 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 a diversi criteri sia 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".

I criteri di individuazione degli operatori economici da coinvolgere nella procedura selettiva saranno sicuramente oggetto di future pronunce giurisprudenziali che serviranno ad affinare e chiarire quali possano considerarsi pienamente rispettosi del principio di massima partecipazione e non discriminazione e quali no.

In ogni caso, si ritiene che il criterio cronologico, cioè l'ordine di arrivo delle manifestazioni di interesse al protocollo della stazione appaltante, non possa ritenersi strumento idoneo per assicurare la scelta degli operatori da far concorrere trattandosi di criterio casuale più che oggettivo **(Cfr. Delibera ANAC n. 827/2019)**.

## 7 **Quando si configura l'artificioso frazionamento in caso di interventi con pluralità di prestazioni?**

Un parere del MIMS del 07/01/2021 ha chiarito che: "l'artificioso frazionamento degli appalti, si configura quando prestazioni omogenee vengono artificialmente suddivise allo specifico fine di eludere la disciplina del Codice degli appalti, per ottenere appalti di minor valore tali da poter astrattamente essere aggiudicati con procedure meno competitive, in sfregio al principio di concorrenza. Si valuti, quindi, la possibilità di accorpate solo le prestazioni tra loro omogenee (es. incarichi di tipo amministrativo - legale, diversi da incarichi di tipo tecnico)." L'amministrazione, pertanto, nell'ambito di tali indicazioni potrà accorpate e aggiudicare le attività tra loro omogenee senza incorrere nel divieto di frazionamento artificioso degli affidamenti.

## 8 **Le Stazioni Appaltanti e gli Enti concedenti sono sempre tenuti ad indicare negli atti di gara il contratto collettivo da applicare ai dipendenti utilizzati nell'appalto?**

Dal combinato disposto degli articoli 11 e 57 del Codice, si ricava che l'adempimento relativo alla indicazione negli atti di gara del contratto collettivo da applicare ai dipendenti utilizzati nell'appalto porta ad escludere:

- gli appalti di forniture senza posa in opera;
- i servizi di natura intellettuale.

Fuori dalle ipotesi sopra citate, la stazione appaltante deve indicare il contratto collettivo più attinente rispetto all'oggetto dell'appalto individuandolo magari mediante tabelle di raffronto tra codice ATECO e codice CPV.

## 9 **Gli incarichi notarili sono assoggettati alla disciplina del nuovo codice degli appalti?**

Tra le attività rientranti nei servizi legali che nel nuovo codice dei contratti vengono attratte nel novero dei contratti esclusi dall'art. 56 del d.lgs. 36/23, si annoverano le attività di certificazione ed autenticazione dei notai.

Al di fuori di queste attività, i servizi notarili diversi, dovrebbero rientrare al più tra i casi di prestazioni intellettuali occasionali, che, in quanto estranei al codice degli appalti, possono prescindere dalla sua applicazione, quindi, prescindere ad esempio dai principi del ricorso al Mepa e del rispetto del principio di rotazione.

## 10 **Che effetti produce nelle procedure di gara l'iscrizione nel registro degli indagati?**

Con la delibera N. 397 del 6 settembre 2023, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha chiarito quanto stabilito dal nuovo Codice degli Appalti, operante dal 1° luglio 2023 in materia di cause di esclusione dalle gare di appalto, e di illeciti professionali. La riforma che ha introdotto nel codice di procedura penale la nuova disposizione dell'art. 335-bis, così recita: «La mera iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 non può, da sola, determinare effetti pregiudizievoli di natura civile o amministrativa per la persona alla quale il reato è attribuito».

Alla luce di quanto sopra, ai fini della valutazione delle cause escludenti dalle procedure di gara, non potrà considerarsi come tale la mera iscrizione nel registro degli indagati.

## Principio della rotazione, indicazioni operative recenti

---



IN  
PIL  
LOLE

Da una panoramica complessiva, con un occhio sullo spazio temporale recentissimo, interessante può risultare un piccolo focus sulle indicazioni che giurisprudenza, anac e mims, stanno fornendo a proposito di specifiche tematiche “di uso comune” nella quotidiana attività operativa dei soggetti pubblici. Il principio della rotazione (originario criterio), è uno dei più “gettonati” argomenti in osservazione.

La disamina tiene conto ovviamente di regimi normativi differenti, perché talune fattispecie erano coperte dal d.lgs. 50/2016, altre dal d.lgs. 36/2023.

La prima delle questioni ci pone innanzi un provvedimento di anac, in particolare l'atto del presidente del settembre 2023 (fasc. 4690/2022), nato a conclusione di un'attività di controllo sugli appalti posti in essere da un comune, col quale l'autorità, rilevando una serie di irregolarità operative, ha in particolare posto l'accento sulla scelta operata dal comune circa l'elaborazione di metodi di calcolo, funzionali a ridurre e circoscrivere, in modo sostanzialmente illegittimo, il ventaglio degli operatori economici da invitare alle procedure. Una violazione del principio di rotazione degli inviti, principio – che come noto – è stabilito al fine di favorire la distribuzione delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, puntando ad evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese.

L'anac ha riscontrato nell'azione dell'ente, la volontà di sottrarsi all'applicazione del codice anche attraverso l'utilizzo non corretto (non consentito) del frazionamento, piegato nel caso concreto per operare affidamento diretto in luogo di procedura ad evidenza pubblica.

L'autorità in particolare ha sottolineato che nella vigenza delle linee guida n. 4 *"il principio di rotazione assume valenza generale, valevole anche per gli affidamenti diretti, nei quali deve essere garantita l'effettiva possibilità di partecipazione alle micro, piccole e medie imprese ed evitare lo stabilizzarsi di rendite di posizione in capo ad alcuni operatori, cui possono derivare vantaggi dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti non è elevato. la stazione appaltante è tenuta al rispetto del principio di rotazione degli inviti, al fine di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei e di evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese (delibera 1180 del 18.12.2018; delibera n. 397 del 17.04.2018). tale principio, che nelle procedure negoziate comporta il divieto di reinvio dell'aggiudicatario, nonché dell'operatore invitato non aggiudicatario, negli affidamenti diretti ex art. 36 comma 2 lett. a) del d.lgs. 50 /2016 prevede il divieto di riaffidamento nei confronti del contraente uscente. pare doveroso aggiungere che il divieto di riaffidamento non assuma valenza assoluta, in quanto si ritiene ammissibile una deroga da parte della stazione appaltante che reinviti o riaffidi al contraente uscente, purché motivi in maniera puntuale la scelta "in considerazione*

*della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento. (linee guida n. 4). Sul punto, la giurisprudenza (da ultimo t.a.r. toscana, ii, 12.06.2017 n. 816) afferma il carattere relativo, servente e strumentale del principio di rotazione, in quanto la sua inderogabile applicazione limiterebbe il potere della stazione appaltante di garantire la massima partecipazione alla procedura di gara. conformemente, anche il supremo consesso reputa pienamente rispondente ai principi di proporzionalità, economicità ed efficacia dell'attività amministrativa la possibilità di deroga in capo alla stazione appaltante "ferma la necessità che la motivazione relativa dia esplicitamente conto della non ricorrenza nel singolo caso dell'ipotesi di un arbitrario ed elusivo frazionamento della commessa assumendo a tal fine come riferimento un periodo pari a tre anni solari" (consiglio di stato, parere 361/2018). sebbene, infatti, l'elevato grado di soddisfazione, inerente all'esecuzione a regola d'arte, alla qualità della prestazione, al rispetto dei tempi e dei costi pattuiti dei precedenti contratti conclusi, possa, in linea astratta, giustificare il riaffidamento e consentire una deroga al principio di rotazione, tuttavia, l'applicazione dello stesso "non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento".*

Merita uno sguardo anche il parere del mims n. 2143 del 17/07/2023, ove nell'ambito dell'idea del legislatore di scongiurare (o comunque ridurre il più possibile) l'utilizzo del sorteggio quale metodologia operativa per individuare gli operatori da invitare alle procedure negoziate, si legge qualcosa di interessante.

La premessa è che nel caso di specie ci si è trovati davanti al "setaccio degli operatori economici"

eseguito dalla stazione appaltante in ambito di rdo mepa mediante lo strumento delle c.d. liste.

Per comprendere la questione occorre descrivere per chi è poco avvezzo all'utilizzo di mepa, della meccanica di funzionamento dello strumento. qualora si utilizzi l'rdo mepa il sistema, consente alla sa di convogliare gli oe da essa selezionati, in una specifica "lista mepa" creata all'occorrenza per l'esigenza da soddisfare. L'applicativo consente di effettuare, dal predetto bacino, un sorteggio delle ditte da invitare alla ricerca di mercato.

Ebbene, tale metodo d'estrazione, può o non può in realtà definirsi casuale, in ragione della preliminare selezione effettuata? Tale operazione, potrebbe più propriamente definirsi una riduzione del numero di oe, risultati in possesso delle caratteristiche ricercate dall'sa per lo svolgimento della prestazione richiesta?

Il Mims dando risposta negativa alla questione, rileva che: *"il metodo di estrazione riportato nel quesito è un metodo casuale sostanziandosi in un sorteggio. sul tema si rimanda all'allegato ii.1 al nuovo codice (elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea – articolo 50, commi 2 e 3, del codice). in particolare, l'art. 3 comma 4 stabilisce che "la scelta degli operatori da invitare alla procedura negoziata deve essere effettuata secondo criteri oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza". al riguardo, l'art. 1 le stazioni appaltanti possono dotarsi, nel rispetto del proprio ordinamento, di un regolamento in cui sono disciplinati (anche) "i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta a seguito di indagine di mercato o attingendo dall'elenco degli operatori economici propri o da quelli presenti nel mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni o in altri strumenti similari gestiti dalle centrali di committenza di riferimento". (comma 3 lett. c). pertanto si rileva che anche in caso di utilizzo di elenchi mepa occorre individuare i criteri oggettivi per la selezione delle imprese, ed il ricorso al sorteggio non è più consentito se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate."*

Spostandoci invece sul piano del d.lgs. 36/2023, scorgiamo il parere del mims n. 2145 del 18 luglio u.s. connesso alla previsione del comma 6 dell'art. 49 dedicato alla deroga al principio di rotazione per gli affidamenti infra € 5.000.

Il mims ricorda la giusta chiave di lettura della deroga richiamata, chiave che deve sempre condurre ad una lettura razionale e corretta delle previsioni normative, correttamente orientata al rispetto dei principi dettati dal codice stesso, nel caso di specie "principio della fiducia".

In particolare il mims rammenta: *"tuttavia si ricorda che anche per gli affidamenti di importi inferiori a 5.000€, vale il rispetto dei principi di cui al libro i, parte i, titolo i ed in particolare il principio di cui all'art. 2 (principio della fiducia) e di cui ai commi 4, 5, e 6 dell'art. 14. in particolare, quest'ultimo comma 6 dispone che "un appalto non può essere frazionato per evitare l'applicazione delle norme del codice, tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustifichino". al fine, quindi, di evitare possibili abusi per reiterazione senza limiti degli affidamenti ad un medesimo operatore economico, si suggerisce di dotarsi di una specifica disciplina al riguardo che consenta l'affidamento diretto in deroga al principio della rotazione ma nel rispetto dei principi che regolano gli affidamenti pubblici, anche sopra richiamati".*

Proseguendo nel percorso, a conclusione di questa brevissima disamina del panorama recente, appare interessante la pronuncia del tar calabria sez. reggio calabria n. 649/2023 nella quale viene affrontata la questione rotazione anche in relazione alle procedure ristrette. In particolare si legge che: *"- la procedura "ristretta" in discorso è una delle due procedure "ordinarie" di scelta del contraente definite dal codice dei contratti pubblici (l'altra è quella "aperta"), alla quale ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui soltanto gli operatori economici invitati dalle amministrazioni aggiudicatrici sono abilitati a presentare un'offerta (art. 61 d.lgs. n. 50/2016 e ora art. 72 d.lgs. n. 36/2023);*

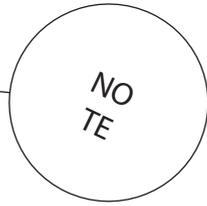
*- più nel dettaglio, essa si articola in due fasi: nella prima, la stazione appaltante rende nota la volontà di procedere all'affidamento di un determinato contratto e fornisce tutte le indicazioni e le informazioni necessarie alla presentazione dell'offerta; trattasi di una fase antecedente di selezione (o di "prequalifica"), propria della procedura ristretta impiegata per il "sopra soglia" e funzionale ad individuare i soggetti da invitare (qui predefiniti nel numero di sei; v. bando di gara punto n. ii.2.9-doc. n. 2 di parte ricorrente) a presentare l'offerta conformemente alle specifiche contrattuali dettate dalla lex specialis;*

*- il tratto distintivo rispetto alla procedura negoziata, a cui la p.a, come già spiegato, può*

*ricorrere sia negli appalti "sotto soglia" (art. 36, co.2, d.lgs. n. 50/2016) che "sopra soglia" (art. 63 co. 6), è che nella procedura "ristretta" la stazione appaltante pubblica un avviso ovvero, come nella fattispecie per cui è causa, un bando al quale tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti richiesti, compreso il gestore uscente, possono partecipare, auto-vincolandosi a non esercitare a monte la facoltà di scelta di quali operatori economici invitare, ma preferendo prima compulsare il mercato al fine di far emergere specifiche manifestazioni di interesse compatibili con la tipologia dei servizi, dei lavori e delle forniture da affidare. a questa opzione procedurale corrisponde il "diritto" di un operatore economico di partecipare a prescindere dalla eventuale qualità di appaltatore uscente, a maggior ragione se nessuna disposizione di gara ne prescrive espressamente il divieto;*

*- viceversa, quella negoziata, tipica del "sotto soglia", è una procedura di affidamento in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro già selezionati o individuati attraverso un elenco o un albo e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto, rinunciando a rivolgersi prioritariamente ed "indistintamente" al mercato."*

Mediappalti

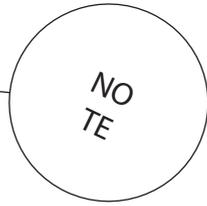


A series of 20 horizontal dotted lines for writing.

NO  
TE

A series of 20 horizontal dotted lines for writing notes.

Mediappalti



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



# MEDIAAPPALTI

**Guida pratica in materia di appalti pubblici**

**Mediappalti ora è disponibile on line**

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

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

**MEDIAAPPALTI**

Publicità: [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 illustrato dal Presidente Carbone e dal Cons. Rovelli  
ROMA 7 - 21 Novembre, 19 Dicembre  
La fase di esecuzione del ciclo di vita dell'intervento pubblico  
11 Dicembre

## PERCORSI DI APPROFONDIMENTO

Formazione base sugli appalti pubblici  
II ed. 20 - 24 - 30 Novembre, 12 - 14 Dicembre  
ABC degli Appalti Pubblici  
II ed. 20 - 24 - 30 Novembre  
I sottosoglia: procedura, documentazione e MePA  
I ed. 19 - 26 - 30 Ottobre, 7 Novembre  
II ed. 9 - 15 Novembre, 4 - 6 Dicembre

## LE PRINCIPALI NOVITÀ DEL NUOVO CODICE

L'applicazione del nuovo Codice dei Contratti  
II ed. 20 - 24 Ottobre, III ed. 22 - 23 Novembre  
Il codice dei contratti nella sua prima fase di applicazione  
CAGLIARI 15 Novembre  
Il nuovo Codice dei contratti pubblici alla luce della prima giurisprudenza  
TRIESTE 13 Novembre, BOLOGNA 17 Novembre, FIRENZE 24 Novembre  
La disciplina sui settori speciali alla luce del d.lgs. N. 36/2023  
24 Novembre

## SOGGETTI

La qualificazione degli operatori economici; le cause di esclusione; il RUP  
25 Ottobre  
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  
Il RUP, il DEC e la commissione di gara  
10 - 13 Novembre  
RUP, Commissari di gara e Direttore Esecuzione Lavori  
28 - 29 Novembre

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

Corso base sul MePA  
I ed. 13 - 20 Ottobre, II ed. 12 - 14 Dicembre  
Corso avanzato sul MePA  
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  
L'attività di verifica dei requisiti - II Edizione  
1 Dicembre  
Corso pratico sul monitoraggio delle opere pubbliche  
11 Dicembre

## REDAZIONE ATTI E GESTIONE GARA

Le procedure di gara sotto soglia  
19 - 26 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 gare del PNRR  
21 Novembre  
Gli Accordi quadro  
4 Dicembre  
Le modifiche contrattuali durante il periodo di efficacia  
ROMA 19 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 - 29 Novembre

## ORGANIZZAZIONE, PERSONALE E CONTABILITÀ

Pillole di Psicologia del Lavoro  
7 - 14 Novembre  
Gli incentivi per le funzioni tecniche: istruzioni per l'uso  
8 - 10 Novembre  
Il nuovo quadro normativo delle procedure di reclutamento  
14 - 15 Novembre

## PROJECT MANAGEMENT

ISIPM base  
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  
La strategia di prevenzione della corruzione nella PA: buone pratiche, indirizzi e attività operativa  
4 Dicembre

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!**



sulla  
**Corte dei Conti**

Analisi di pareri e pronunce su questioni  
attinenti all'attività contrattuale  
ed in genere all'azione amministrativa  
delle Stazioni appaltanti.

*Medi*  
*Graphic*  
**MEDIAAPPALTI**

Rubrica bimestrale  
a cura di  
Stefano Usai

ottobre  
**2023**

allegato alla Rivista mensile  
MediAppalti

## sommario

---

Gli incentivi nel nuovo codice dei contratti  
(Corte dei Conti della Lombardia, parere n. 187/2023)

Premessa

1. Incentivi e concessioni di servizi (forma di partenariato)
2. La corretta modalità di computazione dell'incentivo
3. La liquidazione degli importi
4. La questione del regolamento sugli incentivi

3

---

Cessione gratuita di immobile  
(Corte dei Conti, regione Lombardia, deliberazione n. 195/2023)

Premessa

1. Il quesito
2. Una possibile risposta
3. La giurisprudenza

6

---

Spese di progettazione e costruzione per immobile da cedere  
(Corte dei Conti, regione Veneto, deliberazione n. 223/2023)

Premessa

1. Il riscontro

8

---

Nessuna condanna per danni erariali se il RUP/DEC gestisce  
correttamente l'esecuzione del contratto  
(Corte dei conti, sezione giurisdizionale, Regione Lazio n. 605/2023)

Premessa

1. La sentenza
2. Il ragionamento sul danno erariale
3. La responsabilità del soggetto sostituto (ex lege 241/90)

9

---

# Gli incentivi nel nuovo codice dei contratti

---

## Premessa

La sezione della Corte dei Conti della Lombardia, parere n. 187/2023, risponde a diversi quesiti in tema di incentivi per funzioni tecniche ed in particolare sull'applicazione della nuova norma del decreto legislativo 36/2023 ovvero sull'articolo 45.

Tra gli aspetti di maggior rilievo viene in considerazione un quesito sulla possibilità di riconoscere l'incentivo per la concessione di servizi, la questione del riferimento all'importo di affidamento su cui calcolare il 2% (tetto massimo per gli incentivi) ed infine, per le questioni di maggior rilievo, circa la tempistica dei pagamenti dell'incentivo.

## 1. Incentivi e concessioni di servizi (forma di partenariato)

Il Sindaco del Comune interessato pone alla sezione un primo quesito concernente l'applicabilità o meno al partenariato pubblico-privato della disciplina in materia di "Incentivi alle funzioni tecniche", contenuta nel suddetto articolo 45.

Evidentemente, si anticipa la soluzione, la sezione ritiene che anche nel partenariato pubblico-privato, ed in particolare, con riferimento alla concessione di servizi, la disposizione sugli incentivi trova evidentemente applicazione.

E' interessante il ragionamento espresso dall'estensore: "alla luce degli elementi tratti dalla relazione illustrativa del Consiglio di Stato, è possibile affermare che il partenariato –pubblico privato, definito secondo i criteri previsti dal comma 1 dell'art. 174 del D.lgs. 36/2023 e realizzato tra un ente concedente, come definito dal comma 2, con i requisiti previsti dal comma 5 dello stesso art. 174, è un'operazione economica nella quale può essere prevista l'applicazione degli incentivi per le funzioni tecniche, sempre che le attività svolte siano quelle previste dall'all. 1.10 del D.lgs. 36/2023 e gli incentivi siano "a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti", come prescritto dal comma 1 dell'art. 45".

Nel caso di specie, non trattato, si ritiene evidente però la necessità di nominare uno specifico direttore dell'esecuzione.

## 2. La corretta modalità di computazione dell'incentivo

Altra questione posta è quella relativa alla corretta individuazione della "base" dell'affidamento da prendere in considerazione per il calcolo del 2%.

In particolare l'istante pone il quesito "sulla corretta modalità di computazione delle risorse da destinare alle finalità sottese dall'istituto". In particolare, l'Ente, partendo dal comma 2 dell'articolo 45, secondo cui la percentuale massima del 2 per cento si applica all'"importo dei lavori, dei servizi e delle forniture posto a base delle procedure di affidamento", espone che "nel caso dei partenariati può accadere che l'importo posto a base delle procedure di affidamento non sia espressamente indicato, vista, da una parte, la particolare modalità di calcolo del loro valore, contenuta nell'articolo 179 del Codice e nell'articolo 8 della direttiva 23/2014/UE e, dall'altra, la natura composita delle attività demandate al concessionario il quale, nel caso di concessioni "calde", non percepisce alcun corrispettivo da parte dell'amministrazione committente" e chiede "Su quale valore è corretto applicare l'aliquota percentuale indicata al comma 2 dell'articolo 45?".

In relazione a tale questione, rileva la deliberazione, è utile riprendere l'art. 45, comma 2, del D.lgs. 36/2023: "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti destinano risorse finanziarie per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti specificate nell'allegato I.10 e per le finalità indicate al comma 5, a valere sugli stanziamenti di cui al comma 1, in misura non superiore al 2 per cento dell'importo dei lavori, dei servizi e delle forniture, posto a base delle procedure di affidamento." Mentre la nozione di "importo posto a base delle procedure di affidamento" per il caso del contratto di appalto è pacifica, secondo il Comune di Varese, si porrebbero dubbi interpretativi nel caso di contratto di concessione nell'ambito di PPP. In realtà l'art. 179 del D.lgs. 36/2023 sembra chiarire, il profilo in argomento, riprendendo quanto previsto dall'art. 8 della Direttiva 2014/23/UE. L'articolo 179, ai commi 1 e 2, stabilisce: "1. Il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'ente concedente, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi. 2. Il valore è stimato al momento dell'invio del bando di concessione o, nei casi in cui non sia previsto detto bando, al momento in cui l'ente concedente avvia la procedura di aggiudicazione della concessione. Se il valore della concessione al momento dell'aggiudicazione è superiore al valore stimato di oltre il 20 per cento, si considera il valore della concessione al momento dell'aggiudicazione." Ai successivi commi, la norma specifica poi la metodologia di calcolo e i vincoli da rispettare per evitare l'esclusione elusiva delle concessioni dalle procedure previste dal codice. Secondo le predette disposizioni, dunque, il valore della concessione (tipologia di contratto definito dalla relazione illustrativa del Consiglio di Stato come figura contrattuale "di default" del partenariato pubblico-privato) deve essere presente e stimato al momento dell'invio del bando di gara o, laddove siano previste altre procedure di affidamento, al momento in cui l'ente avvia la procedura di aggiudicazione".

### 3. La liquidazione degli importi

Ulteriore questione posta ha riguardato la “possibilità di liquidare gli importi previsti dal comma 3 dell’articolo 45 non al termine della vigenza del contratto e in conseguenza dell’approvazione degli atti di contabilità finale dei lavori, del servizio o dell’acquisto, **ma con cadenza periodica, previa verifica della corretta esecuzione della prestazione incentivata nel periodo di riferimento e salva la ripetizione totale o parziale dell’importo erogato nel caso in cui si verificasse uno degli eventi cui la norma riconnette la riduzione dell’importo (incremento dei tempi o dei costi della commessa)**”. Al riguardo, il Sindaco del Comune (...) sottolinea che “la questione sorge a seguito delle valutazioni, apparse dubitative, sull’applicabilità di tale “rateizzazione”, espresse in vigenza dell’articolo 113 del Codice del 2016 dalla Sezione regionale per l’Emilia Romagna con deliberazione n. 43/2021 e dalla Sezione regionale per la Toscana con deliberazione n. 234/2022”.

La sezione rammenta che detto aspetto, evidentemente, non risulta disciplinato dal nuovo codice sebbene oggettivamente l’estensione dell’applicabilità degli incentivi per funzioni tecniche a nuove procedure di affidamento e a nuove forme contrattuali possa generare la necessità di specifiche riflessioni in materia. In proposito, in ogni caso, è determinante – secondo la sezione -, l’indicazione proveniente dall’art. 4 del D.lgs. n. 36/2023 laddove stabilisce che “Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3”, e l’art. 1 sul “Principio del risultato” al comma 4 statuisce che “Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva”.

### 4. La questione del regolamento sugli incentivi

Infine la sezione affronta la questione della necessità, o meno del regolamento interno che definisce i criteri di riparto degli incentivi. Si evidenzia che l’articolo 45 non prevede più l’adozione del regolamento che era, invece, espressamente previsto dall’art. 113 del D.lgs. 50/2016, al comma 3, con riferimento alle modalità applicative per il riconoscimento degli incentivi, statuisce che i criteri del relativo riparto, nonché quelli di corrispondente riduzione delle risorse finanziarie connesse alla singola opera o lavoro, a fronte di eventuali incrementi ingiustificati dei tempi o dei costi previsti dal quadro economico del progetto esecutivo, “sono stabiliti dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti, secondo i rispettivi ordinamenti entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del codice”. Anche il nuovo codice, quindi, sembra lasciare spazi che possono essere colmati dall’esercizio della potestà regolamentare delle pubbliche amministrazioni.

Ovviamente, sotto il profilo pratico si ritiene opportuna l’adozione del regolamento visto che si tratta di “strumento” collaudato in difetto i criteri dovrebbero essere innestati nel contratto decentrato.

# Cessione gratuita di immobile

---

## Premessa

La sezione della Lombardia riceve uno specifico quesito sulla possibilità di concedere il diritto di superficie su immobile pubblico o addirittura procedere con la cessione senza alcuna contropartita finanziaria (ma solo lavori di ristrutturazione). Naturalmente lo stesso fuoriesce dai normali canoni di ammissibilità di una richiesta alla magistratura contabile visto che il quesito risultava, tra gli altri, carenti di astrattezza e, soprattutto, mirava in realtà ad ottenere una sorta di legittimazione di una potenziale azione amministrativa che l'ente, evidentemente, poi avrebbe intrapreso. Naturalmente la sezione ha dichiarato di non poter riscontrare il quesito ma con alcune considerazioni di questa analisi si ipotizza una potenziale risposta (stante la possibilità concreta di accadimento).

## 1. Il quesito

Il Sindaco del comune pone la seguente richiesta di parere "ai sensi dell'art. 7, comma 8 della legge n. 131/2003, relativamente al destino di un immobile donato da un privato al Comune nel 2006 che risulta inagibile allo stato attuale e necessita di un importante intervento di ristrutturazione. Il Comune riferisce che dopo un tentativo di vendita non riuscito ha ricevuto una manifestazione di interesse per l'immobile dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti che, in cambio del suo utilizzo quale sede logistica del Nucleo Mezzi Navali Guardia Costiera (...), si farebbe carico dei lavori di ristrutturazione".

Nel quesito, il Sindaco ha indicato due possibili azioni amministrative da intraprendere chiedendo "alla Corte un parere sulla scelta:

- se costituire un diritto di superficie gratuito e limitato nel tempo (99 anni) su tale immobile, mantenendone la proprietà, vincolandone il godimento all'esecuzione delle opere di ristrutturazione in capo al Ministero, oppure
- se procedere con la cessione gratuita e conseguente dismissione dell'immobile dal patrimonio del Comune

## 2. Una possibile risposta

Sulla questione delle cessioni “gratuite” una volta che un bene è acquisito al patrimonio “pubblico” – ed appartiene pertanto alla collettività – nascono delle precise obbligazioni di non consentire lo “scadimento” del valore e/o di impoverirne arbitrariamente la “rendita” (qualora questa sia possibile, ad esempio con una vendita a seguito di regolare asta/gara pubblica.

Non solo, nel momento in cui si accetta una donazione i responsabili interessati sono obbligati, evidentemente, a formulare una valutazione tecnico/economica esponendo chiaramente all'amministrazione i costi di gestione. Costi che devono essere chiaramente esplicitati per comprendere il carico sul bilancio e sulla collettività.

Valutazione attente e presidiate da un parere di regolarità tecnica e contabile che potrebbe anche far emergere la non convenienza nell'accettazione della donazione.

## 3. La giurisprudenza

Sui pericoli, di danni erariali, per una improvvida cessione a titolo gratuito, ad esempio, la Corte dei Conti, Lombardia, deliberazione n. 164/2029. Nella delibera in parola, nel dettaglio, si legge che “La cessione gratuita (donazione modale), di beni pubblici, di norma, non è consentita perché incompatibile con i principi contenuti nelle norme che disciplinano la cessione e la valorizzazione del patrimonio disponibile della P.A. Appartiene dunque esclusivamente alla responsabilità ed alla competenza dell'Amministrazione la rigorosa valutazione in concreto (ed in casi eccezionali) della sussistenza delle condizioni legittimanti la cessione gratuita di un bene immobile, sulla base di una necessaria ed esaustiva motivazione in merito all'idoneità della donazione modale per il raggiungimento di uno specifico fine dall'ente locale e nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità sotto il profilo economico. Inoltre, la motivazione dovrà dare conto dell'assenza di altre opzioni che potrebbero consentire il raggiungimento dell'interesse pubblico perseguito dal comune nell'ambito dei propri fini istituzionali (fini istituzionali del comune e non dell'Ente pubblico o privato cui viene ceduto il bene) - conf. Sez. reg. controllo Piemonte n. 409/2013.”

E' del tutto evidente, pertanto, che il responsabile del patrimonio (normalmente riconducibile all'ufficio tecnico) ed il responsabile del servizio finanziario dovranno ben evidenziare questi aspetti – coinvolgendo eventualmente anche il Segretario e il revisore -, per chiarire la misura di una necessaria contropartita.

Nel caso di specie viene ipotizzata la prestazione di una manutenzione, il problema però è che tali costi della manutenzione avrebbero dovuto essere considerati all'atto dell'accettazione della donazione.

Una volta inserito nel patrimonio dell'ente occorrerà capire, quindi, il costo di gestione ma anche verificare la reale potenzialità del bene (ad esempio in caso di locazione). E' chiaro che una accettazione di un bene che poi provoca solo costi per l'ente deve essere ben meditata.

# Spese di progettazione e costruzione per immobile da cedere

---

## Premessa

Il Sindaco di un comune veneto chiede alla Sezione "l'ammissibilità, sul piano contabile, sulla possibilità da parte del Comune di farsi carico, con proprie risorse di bilancio, della progettazione e costruzione di un edificio pubblico da adibire a sede di un Commissariato della Polizia di Stato da ubicarsi sul territorio dell'ente con ricadute positive per il governo della Sicurezza Pubblica che vedrebbe, non ultimo per importanza, l'allocazione di risorse umane da parte dell'Amministrazione della Pubblica Sicurezza".

## 1. Il riscontro

Anche in questo caso, evidentemente, la sezione non può rispondere visto che la richiesta non è diretta ad ottenere un parere ma, si legge nella deliberazione "sottende valutazioni attinenti alla concreta attività gestionale e amministrativa di esclusiva competenza dell'ente istante, risultando, dunque, finalizzato ad ottenere - più che un parere avente rilievo interpretativo generale - un vaglio di legittimità e di merito".

Valgono anche le considerazioni esposte sopra. Nell'azione amministrativa occorre sempre valutare i costi delle operazioni che si intendono attuare in questo caso progettazione e costruzione di un pubblico edificio che poi non verrà utilizzato direttamente ma adibito a scopi pur vero di estremo rilievo ma la cui compatibilità/adequatezza rispetto ai fini della pubblica amministrazione deve essere ben meditata. E' chiaro che la decisione su una azione amministrativa richiede, in primo luogo, almeno il parere tecnico che è praticamente un parere di legittimità sull'agere pubblico e poi, non ultimo, anche un parere di regolarità contabile.

Se in certi casi, in presenza di situazioni socio/economiche è possibile scostarsi da ragionamenti puramente tecnici e contabili ben diverso è il caso in cui tali aspetti non sono presenti né facilmente rinvenibili.

# Nessuna condanna per danni erariali se il RUP/DEC gestisce correttamente l'esecuzione del contratto

---

## Premessa

Oggetto di analisi, in questo caso, non è la prassi dei pareri delle sezioni della Corte ma un intervento, sentenza, della sezione giurisdizionale della regione Lazio che affronta la questione di danni erariali (potenziali) determinati dall'attività, poi documentata essere disorganizzata, dell'affidatario (di un servizio mensa). I danni erariali denunciati erano relativi al "ritardato" pagamento "delle prestazioni inerenti il servizio comunale di refezione scolastica gestito in affidamento dalla società omissis s.r.l. generando interessi moratori, quantificati nel luglio 2019 a seguito di proposta di **risoluzione bonaria** intercorsa con l'istituto finanziario cessionario del relativo credito in complessivi € 106.590,39".

Nel caso di specie, e sotto si riporta un omento centrale della sentenza è emerso che il soggetto responsabile della gestione abbia ben proceduto con i correlati controlli dell'esecuzione del contratto diffidando ad un comportamento/esecuzione conforme a quanto declinato negli atti di gara e nel contratto.

Rilevato che nella fase civilistica dell'esecuzione alcune "disfunzioni" sono state determinate da una cattiva organizzazione dell'esecutore (opportunamente evidenziate e segnalate ripetutamente) ha indotto la sezione a non condannare il funzionario ma di direttamente l'affidatario/esecutore del contratto.

## 1. La sentenza

Si riporta testualmente il rilevante ragionamento espresso dalla Corte che risulta utilissima indicazione su come devono essere condotte le attività di controllo sull'esecuzione e sulla contabilizzazione (pagamento) delle fatture.

In sentenza si puntualizza che "Prendendo le mosse da quanto evidenziato dalla difesa della convenuta omissis, dal momento dell'assunzione della responsabilità dell'Area servizi alla persona del Comune ha adottato **una pluralità di atti (dettagliatamente richiamati a pagina 5 e ss. della memoria omissis, nonché alle pagg. 4 e ss. della memoria omissis) volti ad ottenere chiarimenti dalla società affidataria, a fronte di evidenti criticità e profili di disorganizzazione del servizio di refezione scolastica.** Al contempo, dalla documentazione versata in atti, emergono oggettivi indici dell'impossibilità per la stessa di poter procedere in modo tempestivo ai pagamenti, stante il mancato/tardivo riscontro da parte della società affidataria del servizio alle proprie tempestive richieste istruttorie (resoconto dei servizi, ovvero i pasti somministrati nel periodo aprile – maggio 2017, produzione dei report mensili degli elenchi dei fruitori del servizio, sottoscrizione del contratto di appalto), relative ai necessari atti prodromici alla liquidazione dei corrispettivi per lo svolgimento del servizio stesso.

## 2. Il ragionamento sul danno erariale

Sulla questione del danno erariale il giudice precisano che "Ai fini della valutazione della sussistenza dell'elemento soggettivo, **la condotta della convenuta omissis appare essere stata improntata ai principi del corretto agire amministrativo, in quanto finalizzata all'avvio dei necessari controlli sull'operato della società affidataria, onde procedere alla verifica dei presupposti per disporre una corretta liquidazione dei corrispettivi. Il protrarsi di tali verifiche, dovuto alla difficoltà di acquisire gli elementi di riscontro dalla società affidataria, non appare poter mutare tale giudizio, in quanto la condotta della stessa appare essere sempre stata sorretta dal predetto fine.** Ponendosi da un angolo visuale ex ante, diversamente opinando, si finirebbe per concludere che la convenuta non avrebbe dovuto completare le verifiche sulla regolarità della prestazione, per evitare di differire (legittimamente) la liquidazione, in un momento nel quale non vi era contezza dell'ammontare delle contestazioni eccipienti alla società affidataria del servizio, con il rischio di determinare **un danno erariale scaturente dal pagamento di importi superiori a quelli relativi ai servizi effettivamente prestati**".

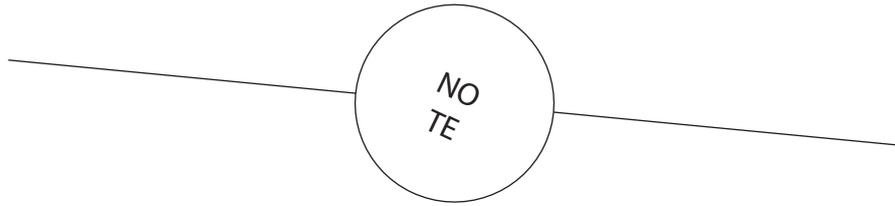
Ancora, "Come condivisibilmente evidenziato dalla difesa della convenuta omissis il differimento della conclusione di tale verifiche appare, invece, come detto, riconducibile ai mancati riscontri della predetta società, che correlativamente ha proceduto alla cessione del relativo credito alla (...), con una operazione, che, per quanto qui maggiormente interessa, ha oggettivamente reso ancor più complessi i controlli nel merito della gestione operata dalla società affidataria, con i consequenziali risvolti inerenti la gestione del credito comunque azionato dalla banca cessionaria con i connessi interessi".

### **3. La responsabilità del soggetto sostituto (*ex lege* 241/90)**

Analogo ragionamento viene espresso anche nei confronti del soggetto titolare del potere sostitutivo (nel caso di specie il segretario comunale) chiamato sul preteso inadempimento delle liquidazioni delle fatture che, invece, evidentemente non potevano essere pagate per il comportamento dell'affidatario (che ha poi ceduto le fatture ad un terzo).

A tal proposito, nella sentenza di legge che "Quanto ora rilevato in ordine alla correttezza della condotta tenuta dalla convenuta omissis ridonda ex se in riferimento alla condotta dell'altra convenuta, (...), in quanto alla stessa si imputa nella prospettazione della Procura di aver omesso l'esercizio di poteri sostitutivi per sopperire ai ritardi determinati dall'inerzia della prima convenuta. Venuto meno, ad avviso del Collegio, ogni profilo di addebito soggettivo in capo alla predetta convenuta principale, ne discende che alcun addebito può consequenzialmente muoversi nei confronti della omissis, che, nello svolgimento delle proprie funzioni di Segretario generale non avrebbe potuto adottare un comportamento diverso da quello tenuto, in quanto come sopra ricordato, fino alla data in cui la stessa ha svolto il proprio incarico presso il Comune di Anzio, l'impossibilità di procedere al pagamento delle predette fatture risulta oggettivamente correlato alle irregolarità contabili e contrattuali poste in essere dall'aggiudicataria e, conseguentemente, essendo il credito oggetto di ragionevoli contestazioni da parte dell'ente. Perciò, non ricorrevano, a monte, ad avviso del Collegio, circostanze che potessero giustificare un potere sostitutivo del segretario comunale, comunque dubbio alla luce della normativa vigente".

Per poi concludere "Da ultimo, a favore di quanto ora rilevato in riferimento ad entrambe le convenute, milita anche la successiva proposta di risoluzione bonaria con la Banca cessionaria dei richiamati crediti: la circostanza che quest'ultima abbia rinunciato a quota parte degli interessi di mora dovuti costituisce un ulteriore indice della sussistenza di criticità nei crediti vantati nei confronti del Comune".



A series of 20 horizontal dotted lines for writing notes.