

Rivista mensile - Anno XIV, Numero 3

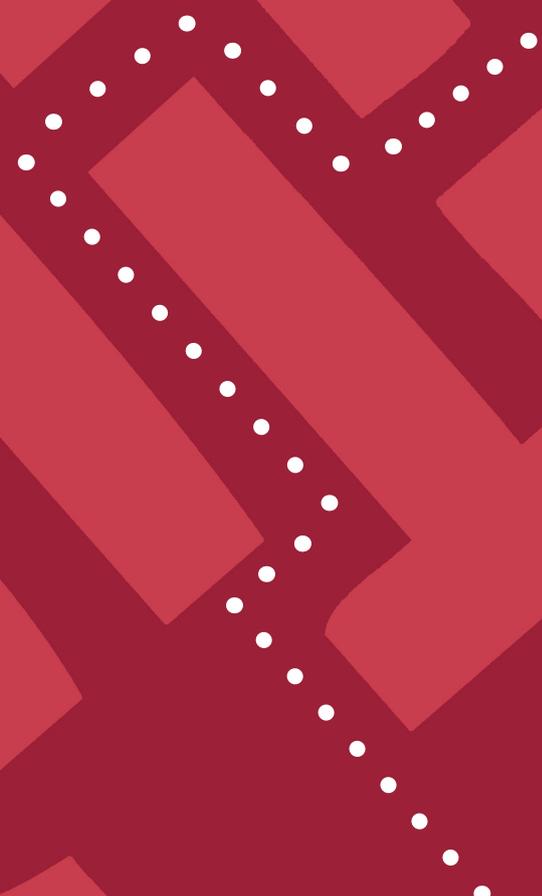
maggio
2024

MEDIA APPALTI

I costi della manodopera nel nuovo Codice dei contratti. Difficoltà interpretative e questioni aperte sulla loro non ribassabilità

La rilevanza del D.Lgs. 231/2001 tra le cause di esclusione dalle gare nel nuovo codice dei contratti pubblici

Decreto-legge n.19/2024: non solo PNRR. Rafforzate le tutele per i lavoratori anche nei contratti pubblici



“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,
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**

**maggio
2024**

Matteo

EDI
TO
RIALE

Ci vediamo stasera, amore mio, quando vado via dal cantiere, passo dal gabbiotto a riscuotere, faccio un pò di spesa e poi rincaso. Infilo le solite scarpe da ginnastica logore e infangate. Richiude la porta alle sue spalle. Nel portone è ancora buio. Dalle piccole finestre ritagliate sui pianerottoli intermedi il chiarore dell'alba non riesce a intrufolarsi. È mattino presto. Il cantiere è lontano e la bicicletta è da riparare. Dove lavori, Matteo? In un cantiere in pieno centro. Che lavoro fai? La posa a fresco. Cosa state realizzando? Non lo so. Io faccio la posa a fresco. Matteo non sa cosa sta contribuendo a realizzare con il suo lavoro.

Entra nel cantiere passando per una piccola porta di assi lungo una parete di lamiera, nascosta in una stretta strada di terra e fango, sul retro del cantiere. Non gli è permesso entrare dall'ingresso principale, sul viale che porta alla stazione centrale. Tra dodici ore, quando avrà terminato le sue otto ore di lavoro, costeggiando quella stradina raggiungerà il gabbiotto, un chioschetto in legno adagiato ai margini del cantiere, e ritirerà la sua paga. Gli basterà per la spesa di due settimane.

Matteo vive sul retro della storia. Se la si guardasse dalla facciata principale, scopriremmo che sul viale che porta alla stazione stanno ristrutturando una vecchia caserma che sarà convertita in uffici pubblici.

Dall'entrata principale, hanno accesso ingegneri e architetti con le cravatte e le valigette, operai dotati dei più moderni sistemi di protezione individuale, dipendenti di quella che chiamano la ditta, l'impresa che si è aggiudicata l'appalto.

Lui è agli ordini di un piccolo imprenditore che è riuscito a farsi assegnare la realizzazione dei massetti. Matteo è solo l'anello di una catena che non sa dove inizia e a cosa è agganciata.

In questi giorni, tra la Giornata Mondiale per la Salute e Sicurezza sul Lavoro e la Festa dei Lavoratori, inevitabilmente si è discusso anche della precarietà del sistema dei subappalti a cascata. Del rischio e dei pericoli di una pratica che spesso sfugge alle elementari regole della sicurezza e della garanzia di un salario.

Un fenomeno perpetrato anche nell'ombra degli appalti pubblici. Dello Stato. Della struttura sociale che dovrebbe essere garante della salute, del benessere, della dignità di ogni lavoratore.

Nella sua accezione più nobile, il subappalto è il mezzo per assegnare la parte specifica di un lavoro complesso a un'impresa specializzata. È la soluzione per ottenere il massimo risultato sul piano della qualità di un'opera o di un servizio.

Nella deriva che ne ha assunto con la pratica, il subappalto è diventato l'artificio per scaricare i costi dell'impresa. "Le aziende scaricano sui lavoratori più deboli i costi della sicurezza. La ditta che entra nella commessa spesso ricorre al lavoro nero e cerca di realizzare l'opera il più velocemente possibile, con una qualità scarsa".

In questi termini si è espresso sulle pagine de La Stampa il Magistrato ed ex Capo dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro Bruno Giordano all'indomani dell'incidente del cantiere Esselunga di Firenze.

Il subappalto, nella visione dell'Unione Europea, che ha chiesto al Legislatore italiano di reintegrare l'istituto, dovrebbe essere garante della libera concorrenza, dando la possibilità a un range di imprese più ampie di partecipare ad una gara d'appalto. Una richiesta che ha dirottato la rotta intrapresa dall'Italia che puntava, sin dal Codice 2016, a limitare fortemente il ricorso al subappalto.

C'è qualcosa di distorto nella traccia dettata dall'Europa. Perché un'impresa che non ha nel suo curriculum una determinata specializzazione deve poter comunque partecipare a una gara d'appalto che prevede esattamente anche quelle specializzazioni in cui è carente? Posso candidarmi a un lavoro che richiede particolari doti nella programmazione informatica e delegare un mio parente a svolgere le prove di esame al mio posto perché io non ne capisco nulla di uno e di zero?

La tesi dell'Unione è che con il subappalto si offre alle imprese di medie e piccole dimensioni di avere accesso alle commesse pubbliche. La divisione in lotti di un appalto definita dalla stazione appaltante con una regolamentazione dettagliata e puntuale, non offrirebbe le stesse possibilità alle imprese di dimensioni ridotte ma con margini di trasparenza più ampi?

Comunque, l'Italia si è adeguata, pur senza rinunciare a confermare dei limiti. Tra questi, il divieto di subappaltare il 100% dell'esecuzione dell'opera e della cessione dell'attività principale, la non ammissibilità di cedere la parte dell'appalto a maggiore intensità di manodopera.

Un'analisi lucida e scevra da pregiudizi ci porta a considerare il subappalto per quello che è: uno strumento contrattuale. In quanto tale non nuoce a nessuno. Si deve ammettere però che si tratta di una forma contrattuale fragile, particolarmente esposta a essere manipolata a favore di chi ha intenzioni al di fuori della legalità.

È nel tentativo di arginare questa disfunzione sociale, sempre ampiamente diffusa e infettiva, che il legislatore è tenuto ad alzare barricate contro l'uso eccessivo del subappalto. Nonostante la visione liberalista dell'Unione.

"Il lavoro, le persone, le loro vite, devono tornare ad essere un bene pubblico", ha detto Maurizio Landini, segretario generale della CGIL in occasione del primo maggio.

Intanto, mentre le parole e gli slogan restano tali, tanti Matteo lavorano ogni giorno in condizioni di scarsa sicurezza, con uno stipendio irrisorio e a nero.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

Matteo

4

In evidenza

I costi della manodopera nel nuovo Codice dei contratti. Difficoltà interpretative e questioni aperte sulla loro non ribassabilità.

7

Sotto la lente

Il RUP e la scelta del sistema di affidamento nel nuovo codice dei contratti

16

Hanno collaborato a questo numero:

Dott.ssa Alessandra Verde
Referendaria consigliere presso il Consiglio regionale

Dott. Stefano Usai
Vicesegretario del Comune di Terralba (Or)

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

Avv. Riccardo Gai
Esperto in materia di appalti pubblici

Avv. Giuseppe Totino
Esperto in appalti pubblici

Avv. Aldo Cimmino
Esperto in appalti pubblici

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

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

Dott.ssa Enrica Violante
Consulente in diritto degli appalti pubblici

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

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

Il Punto

I requisiti di partecipazione per la selezione dei partecipanti nel d.lgs. 36/2023: i requisiti di ordine generale, quali cause di esclusione, ed i requisiti speciali di partecipazione alla gara. I requisiti di esecuzione

21

Il grave illecito professionale nell'evoluzione normativa

28

Patti di legalità o integrità. La corretta interpretazione della clausola risolutiva espressa e limitazione dell'effetto escludente. Note a margine della Sentenza del TAR Piemonte, Sez. II, 2 aprile 2024 n. 322

35

La rilevanza del D.Lgs. 231/2001 tra le cause di esclusione dalle gare nel nuovo codice dei contratti pubblici

41

Decreto-legge n.19/2024: non solo PNRR. Rafforzate le tutele per i lavoratori anche nei contratti pubblici

50

Pareri & Sentenze

55

A Domanda Rispondiamo

63

In pillole

67

Osservatorio sulla Corte dei Conti

I costi della manodopera nel nuovo Codice dei contratti. Difficoltà interpretative e questioni aperte sulla loro non ribassabilità.

di Alessandra Verde

IN
EVIDENZA

1. Inquadramento generale: le novità introdotte dal nuovo Codice

L'obbligo di quantificare ed indicare i costi della manodopera nelle gare d'appalto, già presente nel vecchio Codice, è stato toccato da alcune rilevanti novità nella nuova formulazione dettata dal D. Lgs. n. 36/2023.

Analogamente a quanto previsto nel D. Lgs. n. 50/2016, anche il nuovo Codice prevede che la quantificazione dei costi della manodopera sia compiuta sia dalla stazione appaltante in fase di progettazione della gara per determinare l'importo massimo stimato a base d'asta (art. 41 commi 13 e 14) che dall'operatore economico che partecipa alla procedura, che dovrà indicare in offerta i propri costi della manodopera (art. 108, comma 9).

Rispetto al passato, tuttavia, la nuova formulazione della norma prevede che <<per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante (...) individua nei documenti di gara i costi della manodopera (...). **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>>.

Inoltre, l'art. 108, a differenza della formulazione del previgente art. 95, specifica che l'indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera sia prevista **a pena di esclusione** e non prevede più la verifica di congruità di tali costi preventiva all'aggiudicazione.

Le implicazioni scaturenti dalle novità introdotte non sono di poco conto anche perché la non felice formulazione dell'art. 41 ha già dato luogo a difficoltà interpretative che, prima il Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti (MIT) e l'ANAC e poi la giurisprudenza di merito, sono stati recentemente chiamati a dirimere.

“ **Il nuovo Codice introduce alcune novità in tema di quantificazione dei costi della manodopera. In primo luogo, si stabilisce che, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante debba individuare nei documenti di gara i costi della manodopera, che devono essere scorporati dall'importo assoggettato al ribasso.** ”

2. La quantificazione dei costi della manodopera da parte della stazione appaltante

Il primo momento logico/cronologico in cui i costi della manodopera vengono in rilievo è quello della progettazione della procedura d'appalto. In questa fase, infatti, la stazione appaltante deve quantificare la base d'asta e lo fa in funzione di una serie di fattori, quali l'oggetto dell'appalto, eventuali condizioni di mercato specifiche, i costi dei prodotti da impiegare sulla base di eventuali listini e così via. Tra gli elementi di cui tener conto vi è anche il costo della manodopera che si stima dover essere impiegata nell'appalto.

Similmente a quanto prima prevedeva l'art. 23 del vecchio Codice, il comma 14 dell'art. 41 del Decreto n. 36 ora dispone che la stazione appaltante individui nei documenti di gara i costi della manodopera sulla base del costo del lavoro determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dal contratto collettivo di riferimento o, in mancanza, quello del settore merceologico più affine (comma 13 del medesimo art. 41).

Una prima differenza rispetto alla passata formulazione è ravvisabile nel criterio di determinazione del costo del lavoro per quanto attiene al settore dei lavori: in questo caso il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato facendo riferimento <<ai prezzi correnti alla data dell'approvazione del progetto riportati nei prezzari>> predisposti dalle regioni (o adottati dalle stazioni appaltanti che, in base alla natura e all'oggetto dell'appalto, sono autorizzati a non applicare quelli regionali) e i criteri di formazione ed aggiornamento dei suddetti prezzari regionali sono definiti nell'allegato I.14 al Codice medesimo.

Inoltre – e soprattutto - viene introdotto un nuovo inciso che precisa che i costi della manodopera (unitamente ai costi di sicurezza) devono essere scorporati dall'importo assoggettato al ribasso.

Ciò significa che occorre distinguere l'importo a base di gara, di cui fanno parte anche i costi di

manodopera e di sicurezza, dall'importo ribassabile che invece non li contempla. Lo scopo perseguito dal legislatore è quello di garantire con sempre maggiore decisione l'equa remunerazione dei lavoratori da impiegare negli appalti pubblici.

La stazione appaltante deve quindi stimare con attenzione i costi della manodopera al fine di costruire una congrua ed adeguata base d'asta, tale da consentire ai futuri concorrenti di presentare un'offerta che garantisca loro l'equa remunerazione del personale e un giusto utile di impresa. Naturalmente, la stima dei costi della manodopera da parte della stazione appaltante è frutto di un calcolo statistico: trattasi di un **costo medio**, applicabile ad un'organizzazione aziendale "tipo" e non ad una realtà concreta e specifica, non conoscendo la stazione appaltante, in questa fase preliminare, le modalità organizzative particolari dei futuri concorrenti.

La novità essenziale rispetto al passato è che, nell'individuazione della base d'asta, la stazione appaltante dovrà chiarire quale è l'importo cui dovrà essere applicato il ribasso percentuale offerto (se l'offerta deve essere espressa in termini di sconto) o quale è l'importo soggetto a ribasso (in caso di offerta da esprimersi in termini di prezzo); detto importo deve essere calcolato al netto dei costi di sicurezza e – ed è questa la novità – anche di quelli della manodopera.

Considerato, tuttavia, che i costi stimati dalla stazione appaltante sono costi medi, è comunque possibile che un concorrente sostenga in concreto costi di manodopera inferiori rispetto alla stima effettuata dall'Amministrazione. Ne consegue che, se il concorrente indica propri costi di manodopera inferiori, dovrà essere sottoposto ad una verifica di congruità dell'offerta nel suo complesso, assimilabile a quella da svolgersi in caso di offerta anomala. La nuova formulazione della norma prevede infatti che sussiste comunque la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo derivi da una più efficiente organizzazione aziendale. Se mancasse la possibilità di fornire una prova contraria, verrebbe inevitabilmente vulnerata la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore sancita dall'art. 41 della Costituzione¹.

1. Cfr. Cons. Stato sez. V, 09/06/2023, n. 5665.

Correlata alla disposizione di cui al citato art. 41, comma 14 è la previsione sancita dall'art. 11 del Codice in base alla quale è fatto obbligo alle stazioni appaltanti di indicare nei bandi e negli inviti il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto.

Come ha avuto modo di precisare il MIT nel parere n. 2338 del 26 febbraio 2024, l'obbligo di individuazione del contratto collettivo applicabile trova necessaria applicazione anche negli affidamenti diretti. Infatti, il Ministero precisa che <<in base all'art. 48, co. 4, D.lgs. 36/2023 "ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate dalla presente Parte, le disposizioni del codice".

Da tale disposizione consegue la regola secondo cui ai contratti sottosoglia europea si applicano, *in primis*, le regole semplificadorie previste dagli artt. 48-55 d.lgs. 36/2023 e, per le sole parti ivi non regolate, la disciplina ordinaria (prevista per gli appalti sopra-soglia) del Codice dei contratti pubblici>>.

Il MIT ha, con proprio parere, sostenuto che l'obbligo di indicare nei documenti di gara il CCNL applicato all'appalto e la stima dei costi della manodopera si applica in via generale a tutti gli appalti a prescindere dall'importo, quindi anche agli affidamenti diretti.

Pertanto, anche se, dal punto di vista letterale, la mancanza di un bando o di un invito di gara potrebbe far propendere per una disapplicazione della disposizione *de qua* per l'affidamento diretto, <<visto il principio del risultato di cui all'art. 1 del d.lgs. 36/2023, la stazione appaltante potrà indicare il CCNL, ex art. 11 del d.lgs. 36/2023, per vie informali, per esempio nel momento in cui procede alla richiesta di preventivo all'operatore economico>>.

Allo stesso modo, anche l'art. 41, comma 14, d.lgs. 36/2023 – a parere del MIT – trova applicazione anche negli affidamenti diretti <<in quanto la norma esprime un principio generale – quale la

tutela dei lavoratori – che deve essere comunque rispettato, indipendentemente dalle modalità di affidamento>>.

Ne consegue che, secondo il MIT, anche negli affidamenti diretti di servizi e lavori, ad eccezione, probabilmente, dei soli servizi di natura intellettuale, le stazioni appaltanti avrebbero l'obbligo di indicare nella richiesta di preventivo i costi della manodopera stimati.

3. L'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera nelle offerte

Il secondo momento in cui la quantificazione dei costi della manodopera viene in rilievo è quello della predisposizione dell'offerta da parte del concorrente, che ha l'obbligo di indicarli nell'offerta economica **a pena di esclusione**.

Tale espressa precisazione, contenuta nell'art. 108 del Codice, fugge ogni dubbio sull'annosa questione della tassatività o meno dell'obbligo per il concorrente di indicare i costi della manodopera in offerta.

In merito, in assenza di una prescrizione esplicita nel Codice previgente, la giurisprudenza ha oscillato per molto tempo tra due opposte posizioni: da un lato, la tesi volta a riconoscere un più ampio margine di discrezionalità alla stazione appaltante, per cui, in forza del principio secondo cui *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, al vecchio art. 95 del D. lgs. n. 50 del 2016 non doveva essere attribuito carattere di norma imperativa con effetto escludente.

Pertanto, in assenza di una specifica previsione di esclusione nei documenti di gara, l'omessa indicazione in offerta dei costi della manodopera non avrebbe comportato l'esclusione del concorrente.

Dall'altro lato, si è consolidata la tesi, divenuta preminente grazie all'intervento, prima, della Corte di Giustizia europea e, poi, del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, secondo cui la mancata indicazione separata dei costi della manodopera comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto. Ciò in quanto il carattere imperativo e di eterointegrazione della

norma appariva sufficientemente chiaro dal suo dettato letterale.

L'introduzione nell'art. 108 del nuovo Codice dell'esplicita sanzione dell'esclusione in caso di omessa indicazione non ha fatto altro che recepire tale orientamento consolidatosi nel tempo e mettere finalmente un punto al dibattito.

Scopo facilmente individuabile dell'obbligo in esame è quello di offrire alla stazione appaltante la possibilità di accertare la sostenibilità e la remuneratività dell'offerta, che non sarebbero garantite laddove il prezzo offerto non fosse sufficientemente capiente a contenere sia i costi della manodopera che gli altri costi generali e l'utile di impresa.

Non solo: l'obbligo di indicare i costi della manodopera persegue altresì la finalità di tutelare i lavoratori impiegati nella commessa, per i quali occorre accertarsi che sia quantomeno garantito il rispetto dei minimi salariali stabiliti dal CCNL, pena il rischio di sfruttamento della manodopera o di ricorso al lavoro nero.

Naturalmente, nell'indicare in offerta i costi della manodopera, l'operatore economico non deve fare riferimento ad un costo medio del lavoro ma ai propri costi effettivi, cioè a quanto lui ritiene di dover sostenere in caso di aggiudicazione della commessa, tenuto conto del numero di ore di lavoro da impiegarsi nell'appalto, delle eventuali condizioni di esecuzione migliorative proposte, delle figure professionali che intende impiegare in esso e del loro costo orario effettivo, ecc..

Il costo della manodopera quantificato dal concorrente potrà quindi certamente discostarsi da quello stimato dalla stazione appaltante sulla base dei costi medi tratti dalle tabelle ministeriali, in quanto i reali valori aziendali possono ben risultare inferiori a causa di agevolazioni, sgravi fiscali o contributivi, detrazioni varie, nonché a causa di tassi di assenteismo del personale inferiori alla media.

Esso tuttavia non potrà in nessun caso essere inferiore ai minimi salariali stabiliti dai contratti collettivi di riferimento, pena l'esclusione dell'offerta della procedura per incongruità non giustificabile (cfr. art. 110, comma 5, lett. d) del D. Lgs. n. 36/2023)².

“ Nelle procedure d'appalto, la quantificazione dei costi della manodopera rileva sotto due distinti profili: da un lato, la stazione appaltante fa una stima dei costi medi in fase di progettazione della gara per costruire la base d'asta, dall'altro, il concorrente deve indicare i propri costi di manodopera in offerta, ora a pena di esclusione. Questi ultimi non potranno in nessun caso essere inferiori ai minimi salariali stabiliti dai contratti collettivi di riferimento. ”

4. Il problema della non ribassabilità dei costi della manodopera stimati dalla stazione appaltante. Le diverse ipotesi interpretative

Come già detto, la novità di maggior rilievo nella nuova formulazione della norma, che peraltro sta dando già più di un grattacapo agli addetti ai lavori, è la previsione della non ribassabilità dei costi della manodopera stimati dalla stazione appaltante.

L'art. 41 comma 14 dispone infatti che gli stessi siano incorporati dall'importo assoggettato al ribasso.

2. L'art. 110, comma 5, del nuovo Codice dei contratti, similmente a quanto previsto dal precedente codice, stabilisce che <<La stazione appaltante esclude l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 3, oppure se 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 41, comma 13>>.

Tale ultima disposizione, tuttavia, all'apparenza mal si concilia con il successivo capoverso del medesimo comma 14 che prevede che <<resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale>>.

I grattacapi derivano dal fatto che non è ben chiaro come debbano procedere, sia la stazione appaltante nella quantificazione della base d'asta che l'operatore economico nella compilazione della propria offerta, per non incorrere in una errata applicazione della norma.

I primi a cimentarsi nella soluzione di questo rebus sono stati gli esperti del Servizio Supporto giuridico del MIT, i quali, rispondendo ad alcune richieste di parere, hanno richiamato i dettami del Bando tipo ANAC n. 1/2023.

Con i pareri nn. 2154 e 2280 del 2023, infatti, il Ministero ha tentato di dare risposta ai quesiti formulati proprio sulle modalità applicative della disposizione in esame. In particolare, era stato richiesto se l'offerta economica debba essere costituita solamente dal ribasso operato **sull'importo al netto del costo della manodopera** e se il costo della manodopera, <<laddove invece ribassato, ovvero indicato dall'operatore economico in misura inferiore all'importo indicato dalla stazione appaltante negli atti di gara, in virtù di una più efficiente organizzazione sindacale, debba considerarsi un importo che **si aggiunge all'importo dell'offerta economica** come sopra considerata ed oggetto solo di valutazione ai fini della congruità dell'offerta medesima>>.

Il MIT, nel fornire risposta ai predetti quesiti, rinvia alle indicazioni interpretative ed applicative di cui al bando tipo ANAC n. 1/2023 relativo alle procedure aperte per l'affidamento di servizi e forniture sopra soglia nei settori ordinari. Nello specifico, il MIT richiama il punto 3 dello schema di Disciplinare nella parte in cui stabilisce che nella determinazione dell'importo a base di gara la stazione appaltante dovrà procedere in questo modo: <<l'importo a base di gara comprende i costi della manodopera che la stazione appaltante ha stimato pari ad € ... [indicare l'importo] calcolati sulla base dei seguenti elementi ... [precisare gli elementi attraverso i quali si è pervenuti alla determinazione del costo stimato o eventualmente indicare l'allegato che contiene questa informazione] e riferiti a ... [specificare a

quali servizi o forniture si riferiscono i costi della manodopera]. I costi della manodopera non sono soggetti al ribasso>>.

D'altro canto, l'operatore economico dovrà indicare in offerta il costo della manodopera (punto 17 del Bando-tipo ANAC). In caso di indicazione in offerta di un costo della manodopera diverso da quello stimato dalla stazione appaltante, la medesima sarà sottoposta al procedimento di verifica dell'anomalia ai sensi dell'art. 110, D.Lgs. 36/2023.

Il MIT rammenta altresì che <<le clausole contenute nei bandi tipo ANAC, diverse da quelle indicate come facoltative, continuano ad assumere carattere vincolante per le stazioni appaltanti, in base a quanto dispone l'art. 83, comma 3, del nuovo Codice dei contratti, secondo cui "Successivamente all'adozione da parte dell'ANAC di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità degli stessi. Le stazioni appaltanti, nella delibera a contrarre, motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo">>.

Il Ministero conclude nel senso che l'importo della manodopera non debba essere scorporato dall'importo a base d'asta e che detto importo non si aggiunge ma fa parte dell'offerta ed è soggetto a verifica.

A conclusioni simili è giunta anche l'ANAC, che, con propria delibera n. 528 del 15 novembre 2023, in risposta ad una istanza di parere avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 41, comma 14, sostiene che <<la lettura sistematica della prima parte dell'articolo 41, comma 14, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, secondo il quale i costi della manodopera sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso, e della seconda parte della norma, che riconosce al concorrente la possibilità di dimostrare che il ribasso complessivo offerto deriva da una più efficiente organizzazione aziendale, induce a ritenere che **il costo della manodopera, seppur quantificato e indicato separatamente negli atti di gara, rientri nell'importo complessivo a base di gara, su cui applicare il ribasso offerto dal concorrente per definire l'importo contrattuale**>>.

L'Autorità giunge alla predetta conclusione richiamando anch'essa il Bando tipo n. 1 e chiarendo che l'interpretazione della norma *de qua* recepita in esso <<consente un adeguato bilanciamento tra la tutela rafforzata della manodopera – che costituisce

la *ratio* della previsione dello scorporo dei costi della manodopera, evincibile dal criterio contenuto nella lett. t) dell'art. 1, comma 1, della legge delega (L. n. 78/2022) – con la libertà di iniziativa economica e d'impresa, costituzionalmente garantita, la quale, nel suo concreto dispiegarsi, non può che comportare la facoltà dell'operatore economico di dimostrare che la più efficiente organizzazione aziendale impatta sui costi della manodopera, diminuendone l'importo rispetto a quello stimato dalla Stazione appaltante negli atti di gara>>.

Secondo l'ANAC, inoltre, «solo seguendo tale impostazione, si spiega anche l'obbligo del concorrente di indicare i propri costi della manodopera, a pena di esclusione dalla gara (art. 108, comma 9, d.lgs. 36/2023), previsione che sarebbe evidentemente superflua se i costi della manodopera non fossero ribassabili, e il successivo art. 110, comma 1, che include i costi

“ **La norma contenuta nell'art. 41, che dispone la non ribassabilità dei costi della manodopera, ha dato adito a diverse interpretazioni. Su di essa si sono espressi il MIT, l'ANAC e la giurisprudenza, giungendo a soluzioni molto differenti tra loro.** ”

della manodopera dichiarati dal concorrente tra gli elementi specifici in presenza dei quali la stazione appaltante avvia il procedimento di verifica dell'anomalia>>.

La conclusione cui giungono il Ministero delle infrastrutture e l'ANAC, tuttavia, sembrerebbe invero inconciliabile con il dettato letterale della norma, laddove si dice espressamente che i costi della manodopera debbano essere scorporati dall'importo assoggettato a ribasso, cosa evidentemente differente dal dire che detto costo debba invece rientrare nell'importo complessivo a base di gara, su cui applicare il ribasso offerto dal concorrente.

Detta apparente inconciliabilità è stata probabilmente colta anche dai giudici del TAR, posto che nelle prime sentenze pronunciate sul nuovo art. 41, emesse in particolare dal TAR Calabria, i giudici di prime cure sono giunti a conclusioni opposte rispetto alla posizione dell'ANAC e del MIT.

In due recenti sentenze – la n. 119 e, ancora più chiaramente, la n. 120, entrambe del 8 febbraio 2024 - il TAR Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, ha accolto i ricorsi di un operatore economico concorrente in due diverse procedure, e ha, in entrambi i casi, annullato l'aggiudicazione in favore del primo classificato (lo stesso soggetto per entrambe le gare), e ha disposto l'esclusione del secondo classificato (nella sentenza n. 120), a causa di una loro erronea interpretazione della *lex specialis* di gara e dell'art. 41, che ha portato all'inclusione, in entrambe le procedure, dei costi della manodopera nell'importo assoggettato al ribasso.

Secondo i giudici calabresi, l'art. 41 del Codice «contiene il riferimento a due concetti distinti che (...) non sono sovrapponibili ovvero "l'importo posto a base di gara", nell'individuare il quale la stazione appaltante deve prevedere anche il cd. costo della manodopera, e l'"importo assoggettato al ribasso" dal quale, invece, "i costi della manodopera", devono essere scorporati.

Tale previsione normativa **vieta, quindi, che i costi della manodopera, pur rientrando nel più generale "importo posto a base di asta", siano inclusi nel cd. importo assoggettato al ribasso** ovvero nell'importo sul quale dovrà essere applicato il ribasso percentuale offerto dal concorrente e ciò all'evidente fine di non sottostimare le retribuzioni da erogare ai lavoratori "applicati" nell'esecuzione delle commesse pubbliche>>.

Nella sentenza n. 120, il TAR puntualizza inoltre che occorre «partire proprio dalla corretta individuazione dell'importo ribassabile, posto che non può dubitarsi del fatto che esso sia predeterminato dalla stazione appaltante e uguale per tutte le imprese, (...) **la corretta individuazione dello stesso non è, tuttavia, irrilevante** atteso che **l'importo concretamente offerto**, che costituisce il fulcro della volontà negoziale manifestata dalla concorrente in quanto la vincola nei confronti della stazione appaltante, **non può che essere stabilito applicando il ribasso percentuale all'importo soggetto a ribasso indicato>>.**

Il fatto di dover applicare il ribasso percentuale offerto solo sull'importo a base di gara al netto dei costi della manodopera stimati non toglie che «ciascun concorrente possa, in via separata rispetto "all'importo assoggettato al ribasso"

(ovvero quello sul quale applicare la percentuale di ribasso percentuale), esporre una cifra, a titolo di costi della manodopera, inferiore rispetto a quella che la stazione appaltante ha previsto *ex ante* nell'ambito del più ampio importo posto a base di gara. Ciò, tuttavia, potrà avvenire a condizione che tale, per così dire, "indiretto" ribasso dei costi della manodopera risulti coerente con una "più efficiente organizzazione aziendale" che l'operatore dovrà dimostrare in sede di verifica dell'anomalia, doverosamente promossa dalla stazione appaltante (...)>>³.

Nel caso concreto che ha dato origine alla prima pronuncia, i concorrenti avrebbero dovuto indicare un ribasso percentuale unico offerto, da applicarsi all'importo assoggettato al ribasso, da digitare direttamente sulla piattaforma di *e-procurement* e, contestualmente, compilare un "modello C", da allegare in piattaforma, nel quale ciascun concorrente avrebbe dovuto chiaramente distinguere: a) l'importo soggetto al ribasso, sul quale avrebbe dovuto applicare la percentuale caricata direttamente *on line*, e comunque da ribadire nel modello C; b) l'importo dei costi della manodopera impiegata, **non inseribili nell'ambito del suddetto importo.**

In concreto, l'aggiudicataria, dopo aver inserito in piattaforma il ribasso percentuale offerto, ha riempito gli spazi lasciati liberi nell'apposito Modello C – le cui indicazioni erano necessarie, ai fini sopra indicati – inserendo nella casella corrispondente all'importo soggetto a ribasso la sommatoria del costo dei lavori, dei costi della progettazione e dei costi della manodopera.

L'inserimento di siffatta ultima voce di costo <<nel novero dell'importo assoggettato a ribasso, - si legge nella sentenza n. 119/2024 - in quanto contrastante con le disposizioni normative e speciali sopra indicate, avrebbe dovuto condurre all'esclusione *de plano* la concorrente>>.

Ancora, i giudici di prime cure non accolgono neppure l'eccezione secondo la quale la volontà del concorrente di non assoggettare a ribasso i costi della manodopera, avendo lo stesso inserito nell'offerta una postilla che prevedeva tale specificazione, fosse inequivocabilmente "ricostruibile" dalla Commissione, in quanto,

al contrario, tale precisazione avrebbe semmai dovuto indurre la Commissione a valutare l'estrema incertezza dell'offerta economica dell'aggiudicataria. <<Tale incertezza – afferma il TAR Calabria - risulta, invero, figlia non già di un mero errore materiale, facilmente riconoscibile ed emendabile, in applicazione dei principi del risultato e della fiducia, (...) bensì della predisposizione di una offerta in termini confusi ed indecisi la quale, per ciò stesso, non avrebbe potuto essere oggetto di alcuna attività esegetica, pena l'indebita sostituzione dell'amministrazione nella volontà dell'offerente, con conseguente violazione del principio della *par condicio competitorum*>>.

Situazione pressoché identica si è verificata anche nella controversia decisa con la sentenza n. 120, nella quale viene escluso anche il secondo classificato in quanto, avendo lo stesso precisato che nell'importo cui applicare il ribasso fossero inclusi i costi di manodopera senza null'altro aggiungere, ha fatto concludere il TAR per la sua esclusione, essendo <<tanto più evidente la volontà dell'operatore economico di offrire il ribasso percentuale sull'importo dell'appalto comprensivo di questi costi e al netto dei soli oneri per la sicurezza>>.

Ciò che invece i giudici per ora non chiariscono, a differenza del parere del MIT, è se e quali costi di manodopera non soggetti al ribasso debbano essere sommati all'offerta economica: quelli stimati dalla stazione appaltante o quelli – eventualmente anche inferiori ma giustificati da una migliore organizzazione aziendale - indicati dal concorrente in offerta.

“ **Le prime pronunce del giudice di primo grado si sono orientate verso un'interpretazione letterale della norma sulla non ribassabilità dei costi della manodopera ed hanno concluso per l'esclusione delle offerte in cui il ribasso percentuale veniva calcolato su un importo a base di gara comprensivo di tali costi.** ”

3. TAR Calabria n. 119/2023 cit..

5. Questioni problematiche sulla verifica di congruità dei costi della manodopera

Il nuovo Codice ha innovato anche con riferimento alla verifica sulla congruità dei costi della manodopera indicati in offerta dal concorrente. La previgente disposizione, l'art. 95, comma 10 del D. Lgs. n. 50/2016, stabiliva che <<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)>>.

La giurisprudenza consolidatasi nel tempo ha avuto modo di chiarire che detta verifica va tenuta distinta dalla verifica da compiere in caso di anomalia delle offerte.

Infatti, questo tipo di controllo andava fatto in ogni caso, a prescindere dal fatto che l'offerta fosse considerata anomala o meno, e costituiva una verifica propedeutica e necessaria all'aggiudicazione.

In merito, sia il Consiglio di Stato che i giudici di prime cure⁴ hanno in più occasioni chiarito che <<l'obbligo di controllo di cui all'art. 95, comma 10 citato non deve essere confuso con l'eventuale verifica di anomalia dell'offerta di cui all'art. 97, essendo il primo controllo obbligatorio in ogni caso, anche in mancanza di una vera e propria verifica di anomalia>> e che si tratta <<di una verifica necessaria a prescindere dall'emersione di situazioni di anomalia dell'offerta (...). La demarcazione fra verifica della manodopera, obbligatoria in ogni procedura di appalto, e verifica di anomalia, è piuttosto netta, anche se la verifica dei costi di manodopera può ragionevolmente confluire in quella di anomalia, qualora (...) la stazione appaltante attivi il relativo subprocedimento>>.

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

Ciò comporta che il parametro di riferimento insuperabile non era il costo medio determinato dalle tabelle ministeriali e considerato dalla stazione appaltante in sede di stima del costo della manodopera stimato in fase di progettazione della gara ma le tabelle dei minimi salariali.

Ciò premesso, è importante notare che nella nuova formulazione della norma, contenuta nell'art. 108, è venuto meno il riferimento alla necessaria verifica di congruità dei costi della manodopera, propedeutica all'aggiudicazione.

Tale mancato riferimento, che fa propendere per la conclusione che sia venuto meno il corrispondente obbligo, che la rendeva necessaria a prescindere dall'eventuale anomalia dell'offerta, sembra coerente con la previsione della non ribassabilità della quota parte dell'importo a base di gara costituito dai costi della manodopera stimati dalla stazione appaltante.

Il ragionamento fatto dal legislatore parrebbe essere stato questo: la stazione appaltante stima i costi della manodopera facendo riferimento ai costi medi tratti dal contratto collettivo di riferimento; l'operatore economico quantifica i propri costi della manodopera guardando ai costi effettivi.

Un altro aspetto dubbio riguarda la natura della verifica della congruità dei costi della manodopera indicati in offerta dal concorrente nel caso in cui gli stessi siano inferiori a quelli stimati dalla stazione appaltante. Ci si chiede se la stessa sia assimilabile alla previgente verifica, sempre obbligatoria prima dell'aggiudicazione, o piuttosto si tratti di una verifica sull'anomalia dell'offerta.

4. Tar Lombardia, Milano, 01.06.2020, n.978; TAR Lombardia, Milano, sez. I, n. 1067/2019; TAR Campania, Salerno, sez. II, n. 1994/2020; Cons. Stato, 30.09.2020, n.5735; TAR Lombardia, sez. IV, n. 2634 22.12.2020.

Laddove questi ultimi non siano inferiori a quelli stimati dalla stazione appaltante, *nulla quaestio*: la stazione appaltante potrà procedere all'aggiudicazione senza ulteriori adempimenti preventivi.

Nel caso, invece, in cui i costi di manodopera indicati in offerta siano inferiori a quelli stimati dalla stazione appaltante si pone il problema di verificarne la congruità, nei termini sanciti dall'ultimo capoverso del comma 14 dell'art. 41, ossia il concorrente dovrà dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una sua più efficiente organizzazione aziendale.

In prima battuta, stando anche al dato letterale della norma, parrebbe che tale verifica – eventuale – sia assimilabile a quella che deve svolgersi in presenza di un'offerta considerata anomala.

In questo senso si è espressa, seppure *incidenter tantum*, l'ANAC nella già citata delibera n. 528/2023 e il MIT nel suo parere n. 2154/2023⁵.

Di diverso avviso qualche giudice di prime cure⁶, che non coglie alcuna differenza tra la vecchia e la nuova disposizione, tanto da annullare un'aggiudicazione per non avere la stazione appaltante sottoposto l'offerta dell'aggiudicataria al necessario controllo finalizzato a verificare il rispetto dei minimi salariali alla luce dell'indicato costo della manodopera.

<<In forza del combinato disposto degli artt. 108 comma 9 e 110 comma 5 lett. d) del d.lgs. n. 36/2023, - sostengono infatti i giudici campani - **al pari di quanto stabilivano gli artt. 95, comma 10, e 97, comma 5, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016**, prima dell'aggiudicazione le stazioni appaltanti devono verificare che il costo del personale non sia inferiore ai minimi salariali retributivi.

Tale accertamento (che non dà luogo a un sub-procedimento di verifica di anomalia dell'intera offerta, ma mira esclusivamente a controllare il rispetto del salario minimo (...)) è sempre obbligatorio, anche nei casi, quale quello in esame, di gara al massimo ribasso.

Diversamente, infatti, potrebbe essere compromesso il diritto dei lavoratori alla retribuzione minima, tutelato dall'art. 36 Cost.>>.

La questione resta aperta, come, del resto, le altre di cui si è trattato sopra. Occorrerà attendere nuove pronunce che chiariscano i molteplici aspetti equivoci della norma sin qui esaminata.

5. In tal senso, *incidenter tantum*, anche TAR Calabria nella sentenza n. 119 citata.

6. In particolare, TAR Napoli, n. 6128 del 07.11.2023.

Il RUP e la scelta del sistema di affidamento nel nuovo codice dei contratti

di Stefano Usai

SOTTO
LA
LENTE

Premesse

L'allegato I.2, in tema di attività del RUP, modifica in modo profondo uno dei compiti tradizionali del responsabile unico (ora) del progetto/intervento – e non più di procedimento visto che la figura, come emerge dalla relazione tecnica, è profondamente diversa da un semplice responsabile di procedimento ex lege 241/90 –, in particolare, sulla scelta del procedimento/procedura di affidamento.

In questo senso, l'articolo 6, comma 1, lett. g) specifica che il RUP "decide i sistemi di affidamento dei lavori, servizi e forniture, la tipologia di contratto da stipulare, il criterio di aggiudicazione da adottare".

Si tratta, come anticipato, di una modifica profonda rispetto, non solo al pregresso regime ma anche rispetto al decreto legislativo 163/2006 (codice degli appalti ante codice del 2016).

Nel pregresso regime normativo, infatti, il RUP aveva il solo potere di "proporre" i sistemi di affidamento, la tipologia del contratto ed i criteri di aggiudicazione da adottare per assegnare la prestazione richiesta.

L'aspetto, pratico/operativo, che interessa trattare è relativo al fatto se si sia in presenza,

oggettivamente, di una prerogativa/potere decisoria/o del RUP – a cui oggi si riconoscono, definitivamente, anche poteri tali e non solo istruttori –, o se la prerogativa decisionale, in realtà, risulti condizionata, non solo dalla posizione/ruolo del RUP all'interno della stazione appaltante/ente concedente (si pensi al caso ovvio in cui il RUP non coincida con il dirigente/responsabile del servizio ma risulti a questo gerarchicamente subordinato), e, soprattutto, se alla luce della "scrittura" delle nuove disposizioni (si pensi in particolare al caso del sottosoglia comunitario come oggi disciplinato dall'articolo 50 del nuovo codice) il RUP, o altri soggetti abbiano realmente un potere di scegliere/decidere i sistemi di affidamento o, piuttosto, questi non risultino già predefiniti (predecisi) dall'estensore e quindi dal legislatore con una precisa indicazione sulle soluzioni utilizzabili.

“ **Nel pregresso regime il RUP aveva il solo potere di “proporre” i sistemi di affidamento, la tipologia del contratto ed i criteri di aggiudicazione da adottare per assegnare la prestazione richiesta.** ”

1. La problematica dei sistemi di affidamento nel sottosoglia comunitario

Di recente – per effetto del parere n. 13/2024 -, l'ANAC è ritornata sulla questione, di estrema attualità, se sia possibile, o meno, per il RUP utilizzare le procedure ordinarie (la gara classica) in ambito del sottosoglia comunitario (come ora disciplinato dall'articolo 50 del nuovo codice).

È noto che dalla disposizione si evince che in ambito sotto soglia (ai sensi dell'articolo 14 del codice) le "stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture" o attraverso l'affidamento diretto (per beni e servizi di importo inferiore ai 140 mila euro e per lavori in caso di importo inferiore ai 150 mila euro) e con le procedure negoziate fino all'intero sottosoglia.

Questo, in generale, è l'impianto pratico/operativo imposto al RUP, appunto, in ambito sottosoglia con due sottolineature/limiti di cui si dirà più avanti. Il tono dell'articolo, pertanto, come anche hanno evidenziato a più riprese gli estensori del codice, è perentorio laddove il riferimento a "procedono" deve essere inteso come "deve procedere".

Nell'ambito del sottosoglia in parola, quindi, il RUP non può che applicare i sistemi di affidamento neanche suggeriti ma imposti dall'estensore dal codice ed approvati dal legislatore al netto di due possibili eccezioni.

La prima eccezione è data dalla presenza di un interesse transfrontaliero (come chiarito nell'art. 48).

Se il RUP, secondo compiti che è obbligato a svolgere, accerti/verifichi la presenza di un interesse di questo tipo (ovvero, semplificando, che l'appalto potrebbe avere interesse per operatori economici fuori dal territorio nazionale) non può utilizzare le procedure semplificate ma è obbligato ad applicare le procedure ordinarie.

In tempi recenti, ad esempio, la sentenza del Tar Lombardia, sez. II di Brescia n. 165/2024 in cui si legge che il criterio "relativo alla consistenza economica dell'appalto rappresenta senza dubbio non solo il criterio principale ma anche il parametro sulla base del quale valutare l'incidenza probatoria degli altri elementi sintomatici presenti nella fattispecie.

Invero, l'elemento economico, ponendo il contratto al di sotto o al di sopra della soglia di rilevanza europea, rappresenta l'unico indice espresso a cui il legislatore affida la presunta esistenza dell'interesse transfrontaliero e la conseguente applicazione integrale delle direttive comunitarie allo scopo di tutelare la concorrenza e il mercato.

Ciò al fine di rispondere all'esigenza di garantire che tutti gli operatori economici, stabiliti nel territorio dell'Unione europea, abbiano le medesime possibilità di accesso alle procedure di evidenza pubblica bandite all'interno degli stati membri. Tanto più l'importo della gara è elevato, tanto maggiore è l'interesse del legislatore a consentire che a tale gara possano partecipare, in condizioni di parità, tutti gli operatori economici.

*(...) La combinazione di tale rilevante dato di fatto **con il luogo di esecuzione dei lavori e con le caratteristiche della prestazione richiesta**, suggeriscono la sicura idoneità della commessa in esame ad attrarre l'interesse di operatori economici esteri".*

Altra possibilità del RUP di discostarsi dall'obbligo di utilizzare procedimenti/procedure semplificate è prevista per i lavori di importo pari o superiori al milione di euro.

In questo caso, l'articolo 50, comma 1 lett. d) consente al responsabile unico del progetto di ricorrere alla procedure ordinaria.

Tale possibilità è rimessa come facoltà del responsabile unico. Da notare che nello schema di codice, invece, la prerogativa era ammissibile solo previa adeguata motivazione.

Rispetto a queste possibilità – la prima, interesse transfrontaliero impone un obbligo e la seconda sostanzialmente una mera facoltà -, il RUP, in realtà, non ha alcun potere di scelta sui procedimenti/sulle procedure da utilizzare per assegnare la prestazione/commessa nell'ambito del sottosoglia comunitario.

Ciò è quanto emerge dalla recente puntualizzazione apparsa sul sito dell'ANAC l'8 aprile 2024 (in relazione al parere n. 13/2024).

2. La posizione dell'ANAC

L'autorità anticorruzione, afferma pertanto che nel sottosoglia è possibile utilizzare le procedure ordinarie "aggravate" (al netto delle situazioni sopra prospettate) "tenendo conto però del principio di risultato".

Nel caso di specie si rammenta che l'Anac "è stata chiamata a fornire il proprio parere sulla possibilità o meno di utilizzare, nel sottosoglia comunitario, procedure di aggiudicazione maggiormente articolate (le procedure ordinarie) in luogo di quelle indicate dal legislatore ovvero procedimenti (nel caso dell'affidamento diretto) e procedure (nel caso della procedura negoziata) maggiormente semplificate".

Nella prospettiva del RUP della stazione appaltante istante, più nel dettaglio, si pone la questione – in relazione ad un appalto di lavori di importo inferiore al milione di euro – dell'utilità di utilizzare una procedura ordinaria "in considerazione della peculiarità dell'opera interessata dai lavori" che "appare maggiormente idonea a soddisfare l'esigenza della stazione appaltante di una più ampia concorrenza, secondo quanto opportunamente esplicitato nella motivazione del provvedimento di indizione della procedura stessa".

Nel riscontro – si legge nell'esplicazione pubblicata sul sito dell'autorità – si evidenzia che "sulla base dei chiarimenti forniti dalla circolare del Ministero infrastrutture e trasporti (nda n. 298/2023) (...) debba considerarsi consentito, in via generale, per gli affidamenti di valore inferiore alle soglie comunitarie di cui all'art. 50 del Codice Appalti (anche) il ricorso alle procedure ordinarie, secondo le opportune valutazioni della stazione appaltante in relazione alle caratteristiche del mercato di riferimento, alle peculiarità dell'affidamento e agli interessi pubblici ad esso sottesi".

Unico limite, prosegue l'autorità è dato dal "principio di risultato che impone al RUP di valutare attentamente il risultato da conseguire e quindi di salvaguardare/tutelare gli interessi della stazione appaltante. In sostanza, pur potendo il RUP scostarsi dalla disposizione – che in verità è perentoria -, è comunque tenuto a chiarire, almeno a livello interno, le ragioni per le quali sceglie di operare con una dinamica di affidamento maggiormente dispendiosa in termini di tempo e lavoro. Il RUP quindi, preventivamente, in sede di predisposizione della decisione a contrarre, deve

chiarire che il risultato, dell'affidamento e di una esecuzione tempestiva del contratto, lo si persegue meglio/in modo più efficace".

3. La prerogativa del RUP in tema di sistemi di affidamento

Mettendo in rapporto l'affermazione dell'ANAC – secondo cui nel sottosoglia il RUP può scegliere di non utilizzare le procedure semplificate ma avendo riguardo al risultato da raggiungere (e quindi con assunzione precisa e specifica di una responsabilità) – e il potere/compito fissato dall'articolo 6, comma 1, lett. g) dell'allegato I.2 – che assegna al RUP il potere/compito di decidere i sistemi di affidamento da utilizzare -, sono possibili approfondimenti e conseguenti indicazioni pratiche/operative al principale responsabile dell'attività contrattuale.

La prima questione che deve essere approfondita riguarda il ruolo del RUP all'interno della stazione appaltante/ente concedente.

Se il RUP coincide con il dirigente/responsabile del servizio titolare del PEG e quindi è titolare del potere di spesa relativo all'affidamento, la prerogativa decisoria è, si potrebbe dire, reale e completa (nel senso che la decisione viene assunta da questo soggetto fermo restando i condizionamenti sopra detti dal tenore delle disposizioni del codice).

Il RUP in questo caso coincide con il soggetto che ha il potere di firma a valenza esterna ovvero del soggetto che è tenuto a firmare la decisione a contrarre in cui viene declinato il sistema di affidamento (inoltre l'atto in parola approva i vari atti tecnici e contiene la prenotazione di impegno di spesa).

In questo caso, pur nei limiti anzidetti, la scelta sul sistema di affidamento è effettuata dal soggetto realmente abilitato a formalizzare la decisione che impegna l'amministrazione/stazione appaltante/ente concedente.

Altra possibilità del RUP di discostarsi dall'obbligo di utilizzare procedimenti/procedure semplificate è prevista per i lavori di importo pari o superiori al milione di euro.

4. Il caso del RUP "subordinato" al dirigente/responsabile del servizio titolare del potere di spesa

Il potere decisorio, almeno in relazione alla scelta del sistema di affidamento, risulta in concreto sostanzialmente azzerato nel caso in cui il RUP non coincida con il dirigente/responsabile del servizio.

In questo caso, infatti, il soggetto in questione ha un mero potere istruttorio in realtà già "penalizzato/limitato", come detto sopra, dal micro impianto normativo voluto dall'estensore prima e dal legislatore dopo.

E' importante analizzare questi due aspetti. Se il RUP non è il titolare del potere di spesa - negli enti locali -, non può assumere, con proprio atto, la prenotazione di impegno di spesa e non può impegnare l'ente all'esterno.

Non può firmare, per intendersi, la decisione a contrarre né la decisione di affidamento/aggiudicazione, così come non può stipulare il contratto né può assumere il successivo impegno di spesa (visto che questo segue il perfezionamento dell'obbligazione giuridica).

In questa ipotesi, a prescindere dal dettato normativo (contenuto nell'articolo 6, comma 1 lett. g) dell'allegato I.2) il RUP mantiene (non ha che) necessariamente un mero ruolo propositivo e non decisorio.

L'aspetto pratico che si pone è quello di intermediare (rendere applicabile) il dettato normativo - l'attribuzione di questo potere decisorio - all'interno delle stazioni appaltanti/enti concedenti.

Si tratta di comprendere cosa accade (o cosa potrebbe accadere) nell'ipotesi in cui alla proposta del RUP di adottare un certo sistema di affidamento si contrapponga una decisione (in questo caso si) diversa del dirigente/responsabile del servizio.

La risposta spontanea è quella del rinvio a quanto previsto dalla legge 241/90 ex art. 6 comma 1, lett. e)) in cui si spiega che se il dirigente/responsabile del servizio dovesse valutare di scostarsi dalla proposta del responsabile del procedimento occorre motivare detto scostamento.

Il problema pratico, però, è che con il nuovo codice, gli estensori hanno deciso di affrancare il RUP dalla legge 241/90 evidenziando, continuamente,

nella relazione tecnica che il RUP non è un mero (o doppiamente) responsabile di procedimento ai sensi della legge predetta.

È un responsabile di progetto ovvero è il soggetto incaricato di realizzare l'intervento.

Ha una autentica obbligazione di risultato e questo è rappresentato, ad esempio, nel caso di lavori dalla realizzazione e fruizione dell'opera, analogo ragionamento deve essere espresso in caso di fornitura o servizi e/o di concessione.

Altra questione pratica è che gli estensori, in relazione a tale potere decisorio esplicitato nell'articolo 6 - innovando profondamente il pregresso riferimento all'attività invece solo propositiva -, non hanno previsto nessuna "clausola di chiusura" ovvero non hanno previsto, per meglio intendersi, il caso dello scostamento dalla "decisione" del RUP ed in che modo si deve procedere.

A differenza, ad esempio, di quanto hanno previsto nel successivo articolo 7, comma 1, lett. g) in cui si legge che il RUP *"adotta il provvedimento finale della procedura quando, in base all'ordinamento della stazione appaltante, ha il potere di manifestare all'esterno la volontà della stessa"*.

In questo inciso ultimo riportato è chiaramente esplicitato il fatto che il RUP può adottare la decisione di affidamento (o di non affidare l'appalto/concessione) solamente se è il dirigente/responsabile del servizio; nel caso in cui non coincidesse con il soggetto in questione non può adottare l'atto a valenza esterna (perché non ha il potere di firma verso l'esterno e la prerogativa di "impegnare" l'ente).

Nel primo caso in considerazione, in relazione quindi alla scelta del sistema di affidamento (della tipologia del contratto e del criterio da utilizzare per scegliere la migliore offerta), l'estensore non ha previsto alcuna possibilità alternativa.

Ciò può avere una sola spiegazione.

Se il ragionamento alla base della rivalutazione/riconfigurazione del RUP è che questo soggetto si colloca come posizione intermedia tra il mero responsabile del procedimento (ex lege 241/90) ed il dirigente/responsabile del servizio, non solo, il RUP viene appositamente nominato come soggetto in grado di assicurare la realizzazione dell'intervento ma si deve ipotizzare che la scelta - sui sistemi di affidamento, come sulla tipologia del

contratto da utilizzare o del criterio per affidare/aggiudicare la prestazione – non possa essere, praticamente, oggetto di discussione.

Ovvero non potrebbe verificarsi in concreto – ma si tratterebbe di affermazione non corretta -, una scelta di operare diversamente da quella prospettata dal RUP.

In realtà, una simile risposta non può essere accettata visto che priverebbe di ogni prerogativa il dirigente/responsabile del servizio che, come detto, deve firmare la decisione a contrarre e quindi, in sostanza, condivide la scelta di affidamento (e le altre condizioni declinate nella legge di gara visto che firmerà anche questa) e con questa la correlata responsabilità.

La risposta possibile, invece, è che il dirigente/responsabile del servizio possa evidentemente discostarsi ma – senza richiamare la legge 241/90 -, sicuramente con un apparato motivazionale importante/intenso che potrebbe anche essere letto, nella sostanza, come azione che sconfessa quella del RUP. E, pertanto, deve essere gestita con grande cautela ad esempio con interventi/incontri fin dalla fase propedeutica per sconfermare ogni scontro/confitto sul procedimento/procedura di scelta indicato dal RUP.

Altra considerazione invece, legata all'attuale tenore del nuovo impianto normativo, come si è detto sopra, è che in realtà un autentico potere di scelta sulle procedure di affidamento (così come sulla tipologia del contratto o sul criterio di affidamento/aggiudicazione) in realtà non esista o non esista nella sua completezza nel senso che risulta condizionato/contingentato dalle norme del codice.

Quest'ultima annotazione fotografa perfettamente la realtà che emerge dalle disposizioni giuridiche se si analizzano pochi aspetti.

Come detto, in tema di appalti nel sottosoglia il RUP ha un preciso impianto normativo dal quale si può discostare o nei casi in cui risulti obbligato (presenza di interesse transfrontaliero) o nel caso della facoltà concessa dal legislatore (per lavori di importo pari o superiore al milione di euro) e in via residuale nel caso in cui certifichi/dimostri (scrivendolo nella proposta di decisione a contrarre) che un miglior risultato si può ottenere utilizzando delle procedure diverse (ad esempio la gara nel sottosoglia comunitario).

Ma è del tutto evidente che questa "prova" ha tratti quasi diabolici nel senso che non appare per niente semplice dimostrare che il risultato sarà diverso (migliore sotto il profilo tecnico/qualitativo/quantitativo) se si aggrava/complica la procedura in luogo dell'utilizzo di quella semplificata.

Non solo dimostrare quanto è complesso, e tra l'altro deve essere anche condiviso con il dirigente/responsabile del servizio, ma potrebbe altresì accadere che tale aspetto quanti/qualitativo "migliore" (ovvero un risultato migliore) non risulti di interesse alla stazione appaltante/ente concedente in rapporto alla particolare situazione (ad esempio nel pericolo di perdere un finanziamento) oppure semplicemente per il fatto che alla valutazione del RUP se ne contrapponga una diversa che dimostri che utilizzando procedure diverse da quelle prospetta dall'estensore il risultato non sarà affatto "migliore".

E' evidente che sulla stessa configurazione giuridica del risultato si possono avere visioni/valutazioni opposte oltre che semplicemente diverse. Altra questione poi, è la "prova" che emerge dall'utilizzo del procedimento maggiormente aggravato.

Si pensi al caso in cui quanto prospettato dal RUP, ovvero l'ipotizzato miglioramento del risultato, non si verifichi concretamente. E' chiaro che questo soggetto rischia di trovarsi coinvolto in situazioni di delicata responsabilità.

In relazione alle procedure ordinarie, poi, la scelta può solo esplicitarsi in una diversa tipologia di procedura ma nell'ambito dell'esigenza/obbligo di effettuare una gara pubblica.

Stessi ragionamenti si devono esprimere circa la scelta della tipologia contrattuale (visto che chiare indicazioni dell'articolo 18) e sul criterio di affidamento e aggiudicazione stante il disposto contenuto nell'articolo 108 e, si pensi, ai casi in cui è imposto il multicriterio (criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) che non può essere certo oggetto di altra interpretazione da parte del RUP.

“ **Il RUP si colloca come posizione intermedia tra il mero responsabile del procedimento (ex lege 241/90 ed il dirigente/responsabile del servizio** ”

I requisiti di partecipazione per la selezione dei partecipanti nel d.lgs. 36/2023: i requisiti di ordine generale, quali cause di esclusione, ed i requisiti speciali di partecipazione alla gara. I requisiti di esecuzione.

di Beatrice Corradi

IL
PUN
TO

1. Requisiti di ordine generale: le cause di esclusione automatica e non automatica

Negli appalti alcune disposizioni tendono a tutelare il vincolo fiduciario che deve sussistere tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico, consentendo di attribuire rilevanza ad ogni tipologia di illecito che per la sua gravità sia in grado di minare l'integrità morale e professionale di quest'ultimo.

Una Pubblica Amministrazione, infatti, non può aggiudicare ad operatori economici carenti dei previsti requisiti professionali e morali, presupposto indispensabile per garantire la corretta esecuzione e la qualità delle prestazioni dedotte nel contratto d'appalto, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza.

Nel nuovo codice sono distinti i requisiti generali (da prevedere in ogni tipologia di appalto) che comprendono le cause di esclusione automatica e le cause esclusione non automatica, da altri requisiti di partecipazione alla gara che comprendono i requisiti speciali (da prevedere in relazione alla tipologia di appalto a discrezione dell'Amministrazione).

Rientrano nei requisiti di ordine generale, le cause indicate: dall'art. 94 (Cause di esclusione automatica); dall'art. 95 (Cause di esclusione non automatica); dall'art. 96 (Disciplina dell'esclusione); dall'art. 97 (Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti); dall'art. 98 (Illecito professionale grave).

L'art. 94, comma 1, del codice degli appalti, nell'ambito della definizione dei requisiti di partecipazione, pone in relazione i requisiti di ordine generale con le cause di esclusione automatica, riferite alle condanne con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile per uno dei reati riportati (l'art. 80 del D.lgs. 50/2016 non identificava i motivi di esclusione come requisiti generali di partecipazione, elencando i motivi di esclusione dalle procedure).

L'assenza di requisiti generali, ai sensi dell'art. 94 del nuovo Codice, a determinate condizioni, conduce (ed è motivo) di esclusione.

“
Negli appalti alcune disposizioni tendono a tutelare il vincolo fiduciario che deve sussistere tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico, consentendo di attribuire rilevanza ad ogni tipologia di illecito che per la sua gravità sia in grado di minare l'integrità morale e professionale di quest'ultimo. Una Pubblica Amministrazione non può aggiudicare ad operatori economici carenti dei previsti requisiti professionali e morali, tenuto conto degli interessi che la medesima persegue generali.
 ”

Attraverso la verifica dei requisiti la Stazione appaltante è nelle condizioni di valutare i rischi cui potrebbe essere esposta aggiudicando l'appalto ad un concorrente la cui integrità o affidabilità sia dubbia.

È condizione necessaria, come detto, che un'Amministrazione Pubblica non possa stipulare contratti, nell'interesse pubblico ed a tutela delle finalità dell'ente e del corretto utilizzo delle risorse pubbliche, con soggetti che abbiano commesso i reati riportanti all'art. 94 (nel rispetto delle prescrizioni, modalità e limiti contenuti nelle disposizioni che seguono il citato articolo).

Per partecipare ad una gara è quindi obbligatorio, quale requisito generale, non essere destinatari di una condanna con sentenza definitiva in quanto, tali reati, incidono sulla moralità del concorrente/aggiudicatario.

L'art. 10 del Dlgs. 36/2023, infatti, richiama il principio secondo cui i contratti pubblici non possono essere affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice: le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito, ulteriori cause di esclusione sono nulle e si considerano non apposte.

“ L'art. 10 del Dlgs. 36/2023 richiama il principio secondo cui i contratti pubblici non possono essere affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice: le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito, ulteriori cause di esclusione sono nulle e si considerano non apposte ”

L'art. 94 del nuovo codice definisce, mediante un elenco, quali siano i requisiti di carattere generale (o di idoneità morale) che devono possedere sia i concorrenti sia i subappaltatori, costituendo la mancanza "motivo di esclusione".

L'articolo 94 descrive situazioni diverse che producono come effetto l'esclusione degli operatori che si trovano nelle relative condizioni.

La rilevanza delle finalità di quanto riportato all'art. 94 si evince dal fatto che nei casi elencati l'Amministrazione non ha alcuna discrezionalità amministrativa rispetto alle proprie scelte, dovendo per legge procedere all'esclusione automatica (tranne che nei casi indicati all'art. 96 che disciplina un regime di deroghe, ma ovviamente in assenza di un decreto di condanna definitivo).

Il comma 1 dell'art. 94 definisce l'elenco dei delitti consumati e tentati, causa di sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile. Le cause di esclusione di cui all'articolo 95, rilevano, in termini di durata, in relazione alla fattispecie oggetto di violazione (come dispone l'art. 96, comma 10).

Le cause riguardano ambiti a tutela dei valori di legalità, di stabilità dell'ordinamento, del perseguimento delle finalità rilevanti per l'ordine ed i diritti dei cittadini: nel caso, ad esempio, di delitti, come elencati dal comma 1 dell'art. 94, connessi all'appartenenza e promozione di un'associazione di tipo mafioso, ai sensi dell'articolo 416 bis del Codice Penale; di delitti connessi all'associazione allo scopo di commettere più delitti tra quelli previsti dall'art. 74 della legge - Testo unico stupefacenti (D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309); nel caso di reati connessi ad un ingiusto profitto con più operazioni volte al gestire abusivamente ingenti quantitativi di rifiuti; nel caso del verificarsi di reati contro la Pubblica Amministrazione da parte di un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio (corruzione, concussione); nel caso di false comunicazioni sociali; nel caso di delitti connessi all'associazione per delinquere finalizzata al contrabbando, ai sensi dell'art. 291 - quater del DPR 43/1973; dell'utilizzo di denaro, beni o utilità di provenienza illecita; di sfruttamento del lavoro minorile e di ogni altro delitto da cui derivi quale pena accessoria l'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione.

La tutela dei lavoratori è sempre riconosciuta l'art. 94 comma 6 (ed anche il successivo articolo 95) richiama quanto anche dalle norme pregresse era già stabilito.

E' causa di esclusione la presenza di gravi inadempimenti nel pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui

“ L’articolo 94 descrive situazioni diverse che producono come effetto l’esclusione automatica degli operatori che si trovano nelle relative condizioni. La rilevanza delle finalità di quanto riportato all’art. 94 si evince dal fatto che nei casi elencati l’Amministrazione non ha alcuna discrezionalità amministrativa rispetto alle proprie scelte, dovendo per legge procedere all’esclusione automatica. ”

sono stabiliti gli operatori, che costituiscono gravi violazioni, definitivamente accertate, in materia fiscale (l’esclusione non si applica quando l’operatore economico ha pagato o si è impegnato in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali, purché l’estinzione, il pagamento o l’impegno si siano perfezionati prima della termine per presentare offerta).

Il comma 2 dell’art. 94 definisce sempre le cause di esclusione automatica in relazione in questo caso a particolari fattispecie (considerate meritevoli di tutela): l’assenza, ad esempio, di certificazione di cui all’art. 17 della legge 12 marzo 1999, 68; in relazione alle procedure di investimenti pubblici finanziati con risorse di cui al regolamento UE 240/2021; il non rispetto degli obblighi informativi con riferimento alla relazione sulla situazione del personale e alle pari opportunità tra uomo e donna; l’iscrizione nel casellario informatico tenuto dall’ANAC per aver presentato false dichiarazioni nelle procedure di gara (l’esclusione perdura fino a quando opera l’iscrizione nel casellario informatico).

L’art. 94 presenta quindi un elenco di reati che sono causa di esclusione automatica (ai commi 1,2,5,6) ma l’esclusione non è disposta, ai sensi del comma 7, nei seguenti casi:

- quando il reato è stato depenalizzato;
- quando è intervenuta la riabilitazione;
- quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna;
- nei casi di condanna ad una pena accessoria perpetua, quando questa è stata dichiarata estinta ai sensi dell’articolo 179, settimo comma, del codice penale;

- quando il reato è stato dichiarato estinto;
- in caso di revoca della condanna medesima.

L’art. 95 invece definisce le cause di esclusione non automatica, attribuendo all’ente la facoltà di valutare discrezionalmente l’affidabilità dell’operatore economico al fine della correttezza della procedura di gara e dell’affidabilità dell’operatore. In questo caso è l’Amministrazione l’affidabilità dell’operatore economico malgrado la presenza di determinate condotte.

Ciò avviene con riferimento alla materia della salute, della tutela del lavoro, dell’ambiente, alla presenza di gravi infrazioni; qualora sia determinata una situazione di conflitto di interesse, in relazione alla procedura di cui trattasi, non risolvibile con diversa modalità; qualora sussistano fenomeni di distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d’appalto che non possa essere risolta con altro strumento; qualora sussistano rilevanti indizi a ritenere che offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale; qualora l’offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrata dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. L’articolo 98, in maniera più dettagliata, definisce alcuni elementi che qualificano l’illecito professionale ed i mezzi adeguati a dimostrarne l’incidenza sull’affidabilità e integrità dell’operatore economico.

L’articolo 95 ribadisce inoltre, dato il valore rilevante dell’interesse correlato, che la stazione appaltante possa escludere altresì un operatore economico qualora ritenga che lo stesso abbia commesso gravi violazioni non definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali.

“ L’art. 95 definisce le cause di esclusione non automatica attribuendo all’ente la facoltà di valutare discrezionalmente l’affidabilità dell’operatore economico, in relazione alla relativa condotta, al fine della correttezza della procedura di gara. ”

Costituiscono gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale quelle indicate nell'allegato II.10.

La gravità, nel caso di specie, va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto.

Tuttavia, non si procede all'esclusione qualora l'operatore economico abbia ottemperato ai suoi obblighi, anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta, nel caso in cui l'operatore economico abbia compensato il debito tributario con crediti certificati vantati nei confronti della pubblica amministrazione.

2. La disciplina dell'esclusione: le misure adottate dall'operatore economico a dimostrazione dell'integrità ed affidabilità

A completamento di quanto disposto dal citato art. 94, l'art. 96 prevede che le stazioni appaltanti escludano un operatore economico in qualunque momento della procedura d'appalto, qualora risulti che questi si trovi, a causa di atti compiuti od omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95, salvo quanto previsto dai commi 2, 3, 4, 5 e 6 dell'art. 96 medesimo.

Esiste infatti la possibilità di derogare da parte dell'Amministrazione all'esclusione automatica (e non solo, anche a quella non automatica) tranne il caso della presenza di una sentenza definitiva di condanna e nel caso di violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti.

È quindi possibile non procedere all'esclusione quando siano presenti, nei casi diversi da quelli sopra citati, le seguenti condizioni, senza causare, in nessun caso, dilazioni nell'aggiudicazione in ragione dell'adozione delle misure in argomento:

- a) se la causa di esclusione si è verificata prima della presentazione dell'offerta, l'operatore economico, contestualmente all'offerta, la comunica alla stazione appaltante e, alternativamente:
 - comprova di avere adottato le misure richiamate al comma 6 dell'art. 96 che la stazione appaltante deve ritenere

tempestive o insufficienti;

- comprova l'impossibilità di adottare tali misure prima della presentazione dell'offerta e successivamente ottempera agli obblighi di comunicazione;

- b) se la causa di esclusione si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta, l'operatore economico adotta e comunica le misure di cui al comma 6 dell'art. 96 che la stazione appaltante deve ritenere tempestive o insufficienti.

L'operatore deve dar prova che le misure da lui adottate, valutate dall'Amministrazione considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione, sono sufficienti, complessivamente, a dimostrarne l'affidabilità.

“ Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura d'appalto – conformemente a quanto stabilito dall'art. 10 - salvo quanto previsto dai commi 2, 3, 4, 5 e 6 che regolano la possibilità di dimostrare le misure adottate dall'operatore economico finalizzate, ad esempio, a risarcire, il danno causato dal reato o dall'illecito. L'Amministrazione deve accertare, tramite l'esame delle misure comunicate, la tempestività e la sufficienza delle stesse al fine di ripristinare l'integrità professionale dell'operatore economico. ”

L'operatore deve aver evidenziato e dimostrato di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire, qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e chiarito i fatti e le circostanze in modo complessivo, collaborando con le autorità investigative, adottando provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale, idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

In ogni caso:

- un operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto o di concessione, non può avvalersi della sopraccitata possibilità nel corso del periodo di esclusione;
- se la sentenza penale di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, la condanna produce effetto escludente (per un periodo di durata in relazione ai diversi casi, come indicato dal comma 8 dell'art. 96).

3. L'illecito grave professionale

L'illecito grave professionale rientra in una delle cause di esclusione oggetto di valutazione discrezionale della stazione appaltante, che richiede un ponderato esame della Stazione Appaltante ed integra in concreto la previsione astrattamente delineata dal legislatore.

In materia di gare pubbliche la nozione di grave illecito professionale ricomprende ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica di natura civile, penale o amministrativa e non prevede un numero chiuso di gravi illeciti professionali (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 16 gennaio 2023, n. 503 con riferimento al pregresso Dlgs. 50/2016, art. 80), tale da porre in dubbio l'integrità morale e l'affidabilità del concorrente. La valutazione di idoneità ha elementi di natura prettamente fiduciaria, soggetta al limite della non illogicità, irrazionalità o errore. E' una tipologia di causa di esclusione che ha caratteri generali.

La nozione di grave illecito professionale ricomprende ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica di natura civile, penale o amministrativa e non prevede un numero chiuso di gravi illeciti professionali. L'art. 98 del Dlgs. 36/2023 è dedicato interamente all'illecito professionale.

Secondo l'art. 98 del Dlgs. 36/2023, articolo dedicato interamente all'illecito professionale a differenza del precedente D.lgs. 50/2016 che lo trattava solo al comma 5 lettera c), l'esclusione di un operatore economico, nel caso dell'illecito professionale, è disposta e comunicata dalla stazione appaltante quando ricorrono tutte le seguenti condizioni:

- 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 ed elementi di prova di cui al comma 6.

L'illecito professionale si può desumere e dimostrare al verificarsi di almeno uno degli elementi riportati dall'art. 98, a cui segue l'adozione di un provvedimento o di una sentenza definitiva, che possono riguardare: l'irrogazione, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto, di una sanzione esecutiva da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore; la presenza di condotte che incidono sull'affidabilità dell'operatore economico rispetto alla procedura di appalto o rispetto all'esecuzione dell'appalto (comportamenti persistenti e significativi) di un precedente contratto di appalto o di concessione (che ne hanno, ad esempio, causato la risoluzione per inadempimento o altre sanzioni); la condotta dell'operatore economico nei confronti di uno o più subappaltatore in relazione ad un grave inadempimento.

La stazione appaltante può ben desumere da diverse circostanze, purché puntualmente identificate il compimento di gravi illeciti professionali che si riferiscono a violazioni di norme (qualora ad esempio sia stato violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55, laddove la violazione non sia stata rimossa; in caso di abuso di esercizio di professione).

L'Amministrazione valuta i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali, motivando in merito all'idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente: la valutazione di gravità, rispetto agli elementi descritti, tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante, del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione

dell'impresa. Anche le dichiarazioni omesse o non veritiere rese nella stessa gara possono essere utilizzate a supporto della valutazione di gravità.

4. I requisiti speciali ed i requisiti di esecuzione

Sono stati fino a qui trattati i requisiti di ordine "morale", l'art. 100 del Dlgs. 36/2023 dispone invece dei requisiti speciali, attinenti all'oggetto dell'appalto e stabiliti dalla Stazione Appaltante in relazione alle caratteristiche dello stesso. È facoltà alle stazioni appaltanti di richiedere agli operatori concorrenti, in aggiunta al possesso dei "requisiti" e delle "capacità" oggetto di valutazione selettiva, ulteriori "requisiti particolari".

A differenza delle disposizioni pregresse, il nuovo codice non descrive quali siano in dettaglio i requisiti da richiedere al fine della dimostrazione dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico professionale.

Si fa riferimento, all'art. 100 commi 3 e 4, all'iscrizione, per servizi e forniture, nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato o presso i competenti ordini professionali per un'attività pertinente anche se non coincidente con l'oggetto dell'appalto e nel caso di lavori al sistema di qualificazione per importi pari o superiore a 150.000 euro.

La Giurisprudenza ha sempre affermato che le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con adeguato standard di qualità (Tar Lazio, Roma, Sez. II, sentenza del 23 luglio 2018, n. 8327), e il concorrente deve possedere i requisiti di capacità tecnico-professionale al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, a pena di esclusione, atteso che «i requisiti individuati dalla stazione appaltante come necessari per l'ammissione alla procedura costituiscono elementi essenziali in mancanza dei quali è inibita la partecipazione alla gara» (Tar Piemonte, Torino, sentenza del 3 maggio 2018, n. 514). Anac con propri pareri si è espressa dal 2017 con proprie delibere sul tema.

I requisiti speciali di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e

proporzionati all'oggetto del contratto, sono stabiliti dall'Amministrazione appaltante nell'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti, favorendo l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese (art. 10 Dlgs. 36/2023).

Non è quindi conforme alla normativa di settore la prescrizione del bando che richieda, ad esempio, il possesso di un fatturato minimo globale, negli ultimi tre anni, pari al triplo dell'importo posto a base d'asta, in quanto appare lesiva dei principi posti a tutela della concorrenza e del mercato.

La facoltà riconosciuta alle stazioni appaltanti di stabilire discrezionalmente requisiti speciali di partecipazione deve essere esercitata, infatti, nei limiti della ragionevolezza, proporzionalità e del rispetto del principio della libera concorrenza, in modo da garantire l'apertura del mercato e l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti che possono ritenersi affidabili rispetto all'oggetto dell'appalto da eseguire.

“ I requisiti speciali di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, sono stabiliti dall'Amministrazione appaltante nell'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti, favorendo l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese (art. 10 Dlgs. 36/2023). ”

Essi sono individuati dalla stazione appaltante come necessari per l'ammissione alla procedura.

I requisiti speciali riguardano:

1. l'idoneità professionale: dimostrabile con l'iscrizione in albi professionali e in registri abilitativi all'esercizio delle attività, quali requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale
2. i requisiti di capacità economico finanziaria: capacità dimostrabile con un fatturato minimo annuo, con un fatturato globale ed un fatturato specifico, con le referenze bancarie;

3. requisiti di capacità tecnico professionale: capacità dimostrabile con individuazione dei servizi analoghi e specifiche certificazioni.

I requisiti speciali sono sempre stati previsti nelle disposizioni che regolano gli appalti pubblici, costituendo uno strumento per le Stazioni appaltanti al fine di ottenere prova delle capacità professionali, tecniche e della solidità finanziaria dell'operatore, rappresentando requisiti di partecipazione.

L'imposizione da parte della Stazione appaltante di requisiti specifici deve considerare che agli operatori economici deve essere causato il minor costo negli adempimenti, evitando la creazione di ostacoli impropri alla partecipazione, ad esempio, nel caso in cui venga richiesto un grado di copertura assicurativa che può essere ottenuto anche per gradi e con una pluralità di strumenti negoziali.

Distinti da requisiti esaminati, sono invece i requisiti di esecuzione. La distinzione tra i requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione, elaborata dalla giurisprudenza, colloca tra i secondi gli elementi caratterizzanti la fase esecutiva del servizio, quali i mezzi (strumenti, beni ed attrezzature) necessari all'esecuzione della prestazione, distinti dai requisiti di partecipazione che sono invece necessari per accedere alla procedura di gara, in quanto requisiti generali di moralità (cfr. Cons. Stato, V, 30 settembre 2020, n. 5734; 30 settembre 2020, n. 5740; 12 febbraio 2020, n. 1071).

I requisiti di esecuzione devono essere richiamati nella lex specialis, con la conseguenza che, se richiesti come elementi essenziali dell'offerta o per l'attribuzione di un punteggio premiale, la loro mancanza al momento di partecipazione alla gara comporta, rispettivamente l'esclusione del concorrente o la mancata attribuzione del punteggio.

Se richiesti come condizione per la stipulazione del contratto, la loro mancanza rileva al momento dell'aggiudicazione o al momento fissato dai documenti di gara per la relativa verifica e comporta la decadenza dall'aggiudicazione, per l'impossibilità di stipulare il contratto addebitabile all'aggiudicatario.

I mezzi e le dotazioni funzionali all'esecuzione del contratto devono essere individuati già al momento

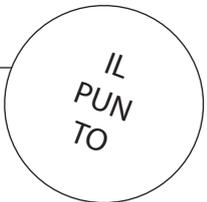
della presentazione dell'offerta, con un impegno del concorrente ad acquisirne la disponibilità, a carattere vincolante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2020, n. 2090; 23 agosto 2019, n. 5806; 29 luglio 2019, n. 5308).

I requisiti di partecipazione (generali e speciali) condizionano l'ammissibilità dell'offerta, i requisiti di esecuzione l'aggiudicazione/stipulazione e la continuità del rapporto contrattuale.

“ **La distinzione tra i requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione, elaborata dalla giurisprudenza, colloca tra i secondi gli elementi caratterizzanti la fase esecutiva del servizio, quali i mezzi (strumenti, beni ed attrezzature) necessari all'esecuzione della prestazione, distinti dai requisiti di partecipazione che sono invece necessari per accedere alla procedura di gara, in quanto requisiti generali di moralità (cfr. Cons. Stato, V, 30 settembre 2020, n. 5734; 30 settembre 2020, n. 5740; 12 febbraio 2020, n. 1071).** ”

Il grave illecito professionale nell'evoluzione normativa

di Riccardo Gai



IL
PUN
TO

1. Il grave illecito professionale nel "vecchio" Codice dei contratti

Il grave illecito professionale, potenzialmente ostativo alla partecipazione alle pubbliche gare d'appalto, è stato un tema oggetto, negli ultimi anni, di numerosi interventi di riforma normativa, oltre che di pronunce giurisprudenziali a volte contrastanti.

Nell'ormai "vecchio" Codice dei contratti (d.lgs. 50/2016), l'originaria formulazione contenuta nell'art. 80, comma 5, lettera c), prevedeva che le stazioni appaltanti potessero escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico nel caso si fosse dimostrato con mezzi adeguati che lo stesso si sarebbe reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, recando la stessa norma una elencazione ben precisa:

- le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni;
- il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio;
- il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale formatosi nella vigenza del d.lgs. 50/2016, l'elencazione dei gravi illeciti professionali è stata ritenuta meramente esemplificativa e non comportante una preclusione automatica della valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante (cfr. Cds, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299)

Secondo l'orientamento giurisprudenziale inizialmente formatosi, rispetto al quale non sono tuttavia mancate pronunce di segno contrario, l'elencazione riportata nella citata norma è stata ritenuta meramente esemplificativa e non comportante una preclusione automatica della valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante (cfr. Cds, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299); ciò si era, ovviamente, tradotto nella facoltà per la stazione appaltante di valutare discrezionalmente la gravità di inadempienze che, pur non immediatamente riconducibili a quelle tipizzate, quanto agli effetti prodotti, fossero tuttavia qualificabili come "gravi illeciti professionali" e perciò ostative alla partecipazione alla gara perché rendono dubbie l'integrità o l'affidabilità del concorrente.

Secondo questo orientamento, la stazione appaltante era chiamata ad operare una valutazione discrezionale dell'idoneità del comportamento del concorrente, se tale o meno tale da porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, nel pieno esercizio del proprio potere discrezionale, effettuata con riferimento alle circostanze dei fatti, alla tipologia di violazione, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, il tutto in relazione all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto.

Pertanto, la stazione appaltante doveva ritenersi onerata a dimostrare, con mezzi adeguati, l'incidenza dei fatti riportabili a tale categoria sull'integrità o affidabilità del concorrente.

La categoria dell'illecito professionale veniva così a configurarsi come "aperta" e "astratta", nel senso che qualunque fatto risultava - potenzialmente -

suscettibile di integrarlo laddove, ragionevolmente, fosse tale da incidere sull'affidabilità dell'offerente in ordine alla corretta esecuzione del contratto da affidare.

Ad una maggiore estensione, potenzialmente indefinita, della categoria faceva da contraltare l'onere motivazionale posto in capo alla stazione appaltante, la quale era chiamata a valutare i fatti relativi al singolo concorrente suscettibili di integrare l'illecito professionale e motivare espressamente in relazione alla loro incidenza sull'integrità e sull'affidabilità del medesimo.

2. Le modifiche legislative *in itinere*

Le normative sopravvenute, che hanno nel tempo modificato l'art. 80, comma 5, del d.lgs. 50/2016, avevano sostanzialmente recepito l'orientamento giurisprudenziale prevalente che faceva del grave illecito professionale una fattispecie ad elencazione non tassativa.

Ed infatti, a partire dal cd. Decreto semplificazioni (DL 135/2018 convertito con la l. 12/2019), tutti quei comportamenti che la previgente disciplina di cui all'art. 80, co. 5, lett. c), faceva rientrare nel concetto di "grave illecito professionale", secondo un'elencazione che, come abbiamo visto, era ritenuta di carattere esemplificativo dalla giurisprudenza prevalente, sono state individualmente tramutate in autonome cause di esclusione alle lettere c-bis) e c-ter), come segue:

- c-bis): <<l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione>>;

c-ter) <<l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa>>.

Alla lettera c), invece, rimaneva la causa di esclusione che fa riferimento a <<gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità>>.

Dalla previsione così riformata veniva, pertanto, meno l'elenco dei comportamenti valutabili dalla stazione appaltante alla stregua di un "grave illecito professionale", che, mentre, come abbiamo visto sopra, nella primigenia formulazione codicistica erano indicati (ancorché in via meramente esemplificativa e non tassativa), a seguito della citata novella legislativa sono stati lasciati alla più ampia discrezionalità dell'Amministrazione.

“ Il “Decreto semplificazioni” (DL 135/2018 convertito con la L. 12/2019) aveva fatto venir meno l'elenco dei comportamenti valutabili dalla stazione appaltante alla stregua di un “grave illecito professionale”, che, mentre nella primigenia formulazione codicistica erano indicati (ancorché in via meramente esemplificativa e non tassativa), a seguito della citata novella legislativa sono stati lasciati alla più ampia discrezionalità dell'Amministrazione.

Il criterio ispiratore della riforma descritta si rinveniva nell'esigenza di tutelare, oltre che l'interesse pubblico alla selezione di operatori che non si fossero resi protagonisti di gravi illeciti tali da comprometterne la credibilità e l'efficienza, anche il vincolo fiduciario tra stazione appaltante ed aspirante affidatario della commessa, consentendo di attribuire rilevanza ad ogni tipologia di illecito che per la sua gravità fosse in grado di compromettere l'integrità morale e professionale di quest'ultimo.

Ogni condotta collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica di natura civile, penale o amministrativa poteva, pertanto, essere valutata come possibile causa di esclusione dalla stazione appaltante, anche in mancanza di un

accertamento giudiziale definitivo.

Dall'analisi del dettato normativo poteva pertanto trarsi che in tema di grave illecito professionale fosse stato riconosciuto in capo alla stazione appaltante un ampio potere discrezionale e valutativo in ordine alla sussistenza dei requisiti di integrità o affidabilità dei concorrenti, che avrebbe potuto riguardare una molteplicità di condotte che la stessa stazione appaltante avrebbe potuto valutare attraverso il suo prudente apprezzamento, senza alcuna elencazione tassativa.

Ciò comportava indubbiamente, per i concorrenti, un onere aggiuntivo consistente nella necessità di dichiarare qualunque circostanza che potesse ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'Amministrazione.

Infatti, la gravità dell'evento avrebbe dovuto essere ponderata solo ed esclusivamente dalla stazione appaltante, sicché l'operatore economico era tenuto a dichiarare situazioni ed eventi potenzialmente rilevanti ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale di partecipazione alle procedure concorsuali ed a rimettersi alla valutazione della medesima, non essendo configurabile in capo all'impresa partecipante ad una gara alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare e sussistendo, al contrario, l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione in modo da permettere alla stazione appaltante di espletare con piena cognizione di causa le valutazioni di sua competenza.

La disposizione, di portata così ampia – oltre a non individuare neanche un arco temporale di riferimento dei pregressi inadempimenti – offriva quindi numerosi spunti problematici e zone grigie, che la prassi applicativa e la giurisprudenza sugli inevitabili e numerosi contenziosi scaturiti dall'applicazione di essa avevano soltanto in parte contribuito a superare.

Tali incertezze, nell'intento del legislatore, dovrebbero ritenersi superate a seguito dell'entrata in vigore della nuova disciplina sui contratti pubblici, la quale, come tra breve vedremo, ha previsto un'elencazione tassativa delle fattispecie dei gravi illeciti professionali, oltre che un preciso limite temporale, teoricamente volti a superare le indecisioni ingenerate dall'ampia formulazione della normativa previgente.

3. Il grave illecito professionale nel d.lgs. 36/2023

Abbiamo appena visto come l'illecito professionale grave del previgente d.lgs. 50/2016 rappresentava una fattispecie aperta ed ampia, potendo racchiudere svariate tipologie di condotte degli operatori economici ritenute sufficienti ad integrarlo.

Per superare il disordine concettuale e i rallentamenti operativi creati da questa eccessiva ampiezza, il legislatore del 2023 ha ritenuto di dover disciplinare la materia del grave illecito professionale in maniera puntuale e tassativa, indicando il significato di illecito professionale grave, quando sussiste e quali sono i mezzi adeguati per dimostrarne l'esistenza.

L'istituto in esame appartiene alle cause di esclusione dalla gara "non automatiche", secondo quanto previsto dall'art. 95 del d.lgs. 36/2023, ovvero a tutte quelle ipotesi che non obbligano automaticamente la stazione appaltante ad escludere l'operatore economico, bensì ad avviare un iter di valutazione centrata sull'integrità ed affidabilità del concorrente.

La fissazione di circostanze e metodologie chiare per l'esercizio di tale discrezionalità dovrebbe risultare non soltanto utile a circoscriverne la portata, ma altresì a ridurre la discrezionalità dell'amministrazione e quindi ad evitare errori scaturenti da un'eccessiva severità, di conseguenza evitando sproporzionate esclusioni.

Secondo quanto previsto dall'art. 98, comma 2, del d.lgs. 36/2023, per potersi configurare l'ipotesi di grave illecito professionale è necessaria la compresenza delle seguenti condizioni: a) *Elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;* b) *Idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore economico;* c) *Presenza di adeguati mezzi di prova.* Va da sé che la motivazione alla base del provvedimento di esclusione deve istruire cumulativamente tutte le condizioni, in quanto, diversamente, il provvedimento non sarebbe da disporre.

La stazione appaltante desume il grave illecito professionale dal successivo comma 3, il quale prevede un elenco delle fattispecie che lo configurano, con il chiaro intento del legislatore oggettivizzare il più possibile la valutazione

sull'integrità e affidabilità del concorrente, ravvisabile dalla tassatività che il comma 6 conferisce all'elenco di mezzi di prova adeguati a dimostrare le ipotesi configuranti il grave illecito professionale.

“ **Il legislatore del 2023 ha ritenuto di dover disciplinare la materia del grave illecito professionale in maniera puntuale e tassativa, indicando il significato di illecito professionale grave, quando sussiste e quali sono i mezzi adeguati per dimostrarne l'esistenza** ”

L'art. 98, comma 3, del d.lgs. 36/2023 stabilisce, infatti, che *“L'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi:*

- a) sanzione esecutiva irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto;*
- b) condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione;*
- c) condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale;*
- d) condotta dell'operatore economico che abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori;*
- e) condotta dell'operatore economico che abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55, laddove la violazione non sia stata rimossa;*
- f) omessa denuncia all'autorità giudiziaria da parte dell'operatore economico persona offesa dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 416-bis.1 del medesimo codice salvo che ricorrano i casi*

previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. Tale circostanza deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato per i reati di cui al primo periodo nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale ne cura la pubblicazione;

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;

h) contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94, di taluno dei seguenti reati consumati:

- 1) abusivo esercizio di una professione, ai sensi dell'articolo 348 del codice penale;
- 2) bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito, di cui agli articoli 216, 217, 218 e 220 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;
- 3) i reati tributari ai sensi del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, i delitti societari di cui agli articoli 2621 e seguenti del codice civile o i delitti contro l'industria e il commercio di cui agli articoli da 513 a 517 del codice penale;
- 4) i reati urbanistici di cui all'articolo 44, comma 1, lettere b) e c), del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria;
- 5) i reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231".

Una volta accertata l'esistenza dell'illecito professionale grave e il suo correlato mezzo di prova, la stazione appaltante non deve *tout court* provvedere all'esclusione del concorrente, ma è necessario che, caso per caso, valuti l'effettiva incidenza che quella condotta abbia sull'affidabilità e integrità delle sue potenziali prestazioni.

A questo scopo, il successivo comma 4 funge da guida per la stazione appaltante, stabilendo che "la valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 3 e del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel

frattempo nell'organizzazione dell'impresa". Sembra chiaro quindi che, tra gli altri elementi di valutazione, l'adozione da parte dell'operatore economico di misure dissociative rispetto alla condotta dei suoi collaboratori, che vadano anche a rimodulare il proprio assetto organizzativo, potrebbero risultare determinanti ai fini della clemenza della stazione appaltante.

Il comma 4 conclude prevedendo che il committente pubblico dovrà considerare anche l'eventuale impugnazione fatta dall'operatore economico contro il provvedimento che l'ha macchiato di illecito professionale grave.

Particolare rilevanza assume, nel "nuovo" Codice, l'istituto del *self cleaning*, per cui il legislatore ha previsto un'estensione applicativa maggiore rispetto al trascorso codice del 2016.

In particolare, si prevede all'art.96, comma 2, del d.lgs n. 36/2023 che l'operatore che sia incorso nelle clausole di esclusione di cui all'art. 94 (quindi cause di esclusione "automatiche") e di quelle di cui all'art. 95 (cause di esclusione "non automatiche") non è escluso qualora abbia adottato le misure di ravvedimento previste dalla norma.

Nel caso in cui le fattispecie escludenti siano intervenute prima della presentazione dell'offerta, l'operatore economico, contestualmente all'offerta, deve comunicare ciò alla stazione appaltante, dovendo altresì dare prova di aver adottato le misure previste dall'art. 96 co. 6 d.lgs n. 36/2023. Ed invero, al fine di evitare l'esclusione, l'operatore dovrà dimostrare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione. Nel caso in cui l'operatore economico si trovi nell'impossibilità di poter adottare tali misure prima della presentazione dell'offerta, l'operatore economico fornirà prova di ciò alla stazione appaltante, dovendo poi assolvere successivamente al proprio onere di applicazione del *self-cleaning*.

Il comma 4 dell'art. 96 d.lgs n. 36/2023, in aderenza a quanto statuito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sentenza del 14 gennaio 2021, causa C-387/19) e della successiva giurisprudenza nazionale (cfr. Cds, Sez. V, 30.05.2022, n. 4363), stabilisce che se la causa di esclusione si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta, l'operatore economico adotta e comunica le misure intraprese.

È stata inoltre inserita una disposizione di chiusura (v. comma 5) che mira ad evitare che la conclusione della procedura possa essere ritardata a cagione dell'adozione delle misure da parte dell'operatore economico, per cui *"in nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni a cagione dell'adozione delle misure"*.

Se le misure adottate dall'operatore economico sono ritenute sufficienti e tempestive, lo stesso non è escluso dalla gara; in caso contrario, la stazione appaltante provvederà a comunicarlo al privato.

E' lo stesso art. 96, peraltro, ad aver previsto, al comma 10, un preciso limite temporale alla rilevanza del grave illecito professionale, individuato in tre anni dalla commissione del fatto.

Il nuovo articolo 96 del d.lgs n. 36/2023 rappresenta, indubbiamente, un importante punto di arrivo di un percorso giurisprudenziale teso ad allineare la normativa nazionale a quella europea, inserendosi nel più ampio disegno che sorregge il nuovo codice appalti e cioè la stesura di un testo che sia aderente al diritto dell'Unione Europea e che superi i diversi dubbi e problemi interpretativi ed applicativi che afflitto il d.lgs n. 50/2016.

4. La delibera ANAC n. 397/2023 e i nodi ancora irrisolti

Anche se il legislatore, con l'adozione del nuovo Codice dei contratti (d.lgs. 36/2023) ha perseguito il lodevole intento di ampliare la platea dei concorrenti, attraverso un approccio normativo meno "severo" e maggiormente teso a rendere chiare, tassative e facilmente intelleggibili – sia dalle stazioni appaltanti che dagli operatori economici – le cause di esclusione, rimangono tuttavia alcuni punti controversi.

Un particolare spunto di riflessione merita, in proposito, il cosiddetto principio del *clare loqui*,

ossia il principio che obbliga i privati, nei rapporti con l'amministrazione appaltante, a non tralasciare alcuna informazione che li riguardi, anche quelle apparentemente più insignificanti, proprio per dare modo all'amministrazione stessa di poter discrezionalmente valutare se tali comportamenti possano o meno incidere sull'integrità e affidabilità dei concorrenti.

Tale principio aveva un rilievo determinante nella vigenza del vecchio codice, in ragione del fatto che, come detto anche nei paragrafi che precedono, non essendo ivi prevista una tassativa elencazione degli illeciti rilevanti, i concorrenti erano tenuti a dichiarare ogni precedente potenzialmente idoneo ad incidere sulla propria moralità professionale, ai fini della valutazione, per cui, secondo la giurisprudenza che si era consolidata in soggetta materia, *<<con riferimento agli adempimenti dichiarativi, i concorrenti sono tenuti a rendere una dichiarazione onnicomprensiva, segnalando tutte le vicende afferenti la propria attività professionale sulla base del noto principio per cui non è configurabile in capo all'impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, sussistendo l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione, in modo da permettere alla stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le valutazioni di sua competenza>>* (cfr. Cds, sez. V, 25 luglio 2018, n. 4532; Id., 11 giugno 2018, n. 3592; Id., 19 novembre 2018, n. 6530), per cui anche la violazione degli obblighi informativi da parte del concorrente *<<ben può essere apprezzata dalla stazione appaltante quale "grave illecito professionale" ex art. 80 c. 5 lett. c) [ora art. 98, co. 3, lett. b, n.d.r.]>>* (cfr. TAR Campania, sez. VIII, 15 giugno 2020, n. 2376), anche *<<in considerazione dell'ampiezza di tale fattispecie comprensiva di condotte illecite collegate all'esercizio dell'attività professionale riguardanti sia la fase di esecuzione del contratto che la fase della stessa gara>>* (cfr. TAR Emilia Romagna, 8 marzo 2021, n. 208).

Ora, vi è da chiedersi se, nella vigenza del nuovo Codice, tali principi rimangano intatti o se, viceversa, data la tassatività delle fattispecie rilevanti indicate nell'art. 98, comma 3, del d.lgs. 36/2023, i concorrenti possano autonomamente decidere di non dichiarare precedenti che rispetto all'elencazione predetta risultino apparentemente estranei.

A titolo esemplificativo, si consideri che, nella vigenza del vecchio codice, secondo l'ANAC (v.

delibera n. 146 del 30 marzo 2022), la pendenza di indagini penali o il rinvio a giudizio del legale rappresentante della società aggiudicataria, pur non producendo un automatico effetto espulsivo dell'operatore economico e non essendo idonea a determinarne l'esclusione per falsa dichiarazione (ai sensi dell'allora vigente art. 80, comma 5, lett. f-bis) del Codice), sarebbe stato riconducibile all'art. 80, comma 5, lett. c-bis) del d.lgs. 50/2016 laddove il concorrente non avesse assolto l'obbligo informativo, e pertanto valutabile dalla stazione appaltante quale grave illecito professionale, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c).

Nel caso in esame, l'ANAC aveva rilevato che la sopravvenienza, in corso di gara, di un'indagine penale a carico del legale rappresentante della società risultata aggiudicataria in relazione a fattispecie di reato gravi avente ad oggetto condotte corruttive presuntivamente commesse nell'ambito di altra gara d'appalto, avrebbe dovuto imporre all'operatore economico l'obbligo di informare la stazione appaltante della pendenza delle indagini e dell'adozione della misura cautelare nei confronti del legale rappresentante della società, nonché alla stazione appaltante di effettuare una valutazione concreta ed effettiva sulla rilevanza di quei fatti quale grave illecito professionale.

Mentre ora, nella vigenza del nuovo Codice, la stessa ANAC ha mutato radicalmente orientamento, per cui la mera iscrizione nel registro degli indagati non dovrebbe essere più causa di esclusione dalle gare d'appalto (delibera n. 397 del 6 settembre 2023).

“ **Ad avviso dell'ANAC, nella vigenza del nuovo Codice, la mera iscrizione nel registro degli indagati non dovrebbe essere più causa di esclusione dalle gare d'appalto (delibera n. 397 del 6 settembre 2023).**

Nella specie, rispondendo a una richiesta di parere di un'amministrazione locale, riguardo i requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici, con particolare riferimento all'illecito professionale grave, l'ANAC ha fornito indicazioni specifiche sulle cause di esclusione dalle gare d'appalto, sulla base di quanto disposto dal decreto legislativo 36/2023.

In particolare, l'ANAC ha provveduto ad individuare le differenze tra la disciplina in tema di illecito professionale grave dettata dal vecchio codice e quella introdotta dal d.lgs. 36/2023.

Tra gli aspetti di maggior rilievo è stata, appunto, valorizzata la tipizzazione delle fattispecie costituenti grave illecito professionale (limitato, sotto il profilo penale ai reati di cui alle lettere g) ed h) del comma 3 dell'art. 98) e dei mezzi di prova utili per la valutazione della sussistenza dell'illecito stesso, superando in tal modo l'impostazione precedente che consentiva di valutare ogni condotta penalmente rilevante idonea ad incidere sulla affidabilità e sull'integrità della impresa concorrente.

Ad avviso dell'ANAC, dunque, nell'ambito della tipizzazione introdotta, perderebbe rilevanza la mera iscrizione nel registro degli indagati, probabilmente anche per esigenze di coordinamento del Codice Appalti con la riforma recata dal d.lgs. 150/2022 che ha introdotto (tra l'altro) nel codice di procedura penale la nuova disposizione dell'art. 335-bis, che 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*».

L'ANAC, tuttavia, non ha chiarito espressamente i contorni degli oneri dichiarativi alla luce della vigenza del nuovo Codice, lasciando comunque intendere che la valutazione spetti sempre e comunque alla stazione appaltante e che gli operatori economici mantengano comunque l'onere di mettere quest'ultima nelle condizioni di poter valutare, a pieno, le proprie condotte.

In chiusura della delibera in commento, infatti, l'ANAC ha precisato che «*Sussiste tuttavia l'onere per la stazione appaltante [...] di verificare se intervenga a carico dell'operatore economico interessato, l'adozione di ulteriori provvedimenti da parte dell'autorità giudiziaria, come l'applicazione di una misura cautelare o l'avvenuto esercizio dell'azione penale, eventi questi espressamente contemplati nell'art. 98 del Codice, nel senso in precedenza indicato*>>».

Patti di legalità o integrità. La corretta interpretazione della clausola risolutiva espressa e limitazione dell'effetto escludente. Note a margine della Sentenza del TAR Piemonte, Sez. II, 2 aprile 2024 n. 322

di Giuseppe Totino e Aldo Cimmino

IL
PUN
TO

Premessa

Come è noto, il Legislatore italiano, nell'ambito delle riforme per la semplificazione e l'innovazione digitale, ha inserito, con l'art. 3, co. 7, del D.L. n. 76/2020 (c.d. "Decreto semplificazioni"), l'art. 83 bis del D.Lgs. n. 159/2011 (c.d. "Codice antimafia").

La norma richiamata, rubricata "Protocolli di legalità" è stata prevista al fine di implementare le ordinarie tutele previste dalla disciplina dei contratti pubblici, consentendo di configurare, quale causa di scioglimento del vincolo, provvedimenti di rilievo penale, pure non definitivi, che siano contestuali alla procedura di gara a cui il patto si riferisce.

In tale prospettiva, il legislatore ha inoltre specificato che "Le stazioni appaltanti prevedono negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto dei protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto".

L'inciso normativo ha destato non poche perplessità in ordine all'attitudine immediatamente escludente delle clausole previste dal patto di integrità (o di legalità), giacché non sono mancate interpretazioni volte ad innalzare tali clausole a nuove ipotesi di cause di esclusione "necessitate", anche nella fase precedente alla stipula del contratto di appalto¹.

1. Al riguardo, cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 10 maggio 2022, n. 3646 secondo cui "Limitare alla fase esecutiva del contratto l'ambito di azione del patto di integrità sarebbe illogico prima che non rispondente alle clausole della lex specialis, oltretutto frustrante la stessa ratio di simili strumenti a disposizione delle Stazioni appaltanti. Si arriverebbe, peraltro, all'assurdo, logico e teleologico, di aggiudicare la gara a favore di un soggetto per poi risolvere il contratto dopo la stipula".

Al riguardo, tanto la giurisprudenza quanto l'ANAC hanno da tempo chiarito che le conseguenze sanzionatorie previste dal patto di integrità, derivanti dall'applicazione delle relative clausole, non contrastano con il principio della tassatività delle cause di esclusione previsto dall'art. 83, co. 8, D.Lgs. n. 50/2016 (applicabile *ratione temporis*), oggi ricompreso nell'ambito dell'art. 10 del D.Lgs. n. 36/2023 (c.d. "nuovo Codice dei contratti"), giacché tali ipotesi sono prescritte dalla legge.

Più in particolare, è stato ribadito che la previsione eventualmente escludente affonda sempre le sue origini in una norma, rispettando il principio di riserva di legge sancito, oggi, all'art. 10 del "nuovo" Codice dei contratti e dal già menzionato art. 83 *bis* del Codice antimafia, e che gli impegni assunti nei protocolli e negli accordi non devono eccedere quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito dal legislatore, conformemente al principio di proporzionalità che, al pari della parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, costituisce un principio generale del diritto, non solo nazionale ma anche unionale.

la giurisprudenza amministrativa è stata chiamata a rispondere a due ordini di questioni. Da un lato, se la mera corrispondenza tra fattispecie incriminatrici annotate nei certificati dei carichi pendenti – riferiti ad un operatore economico aggiudicatario e da questi dichiarate ai fini dell'accertamento dell'insussistenza di cause di esclusione previste dal Codice dei contratti – e quelle riepilogate nell'ambito delle clausole del patto di integrità, comporti l'esclusione automatica dell'operatore economico medesimo; dall'altro se, anche in assenza di una espressa comminatoria espulsiva, l'esclusione di un operatore economico sia comunque imposta dalla lettera della norma di cui all'articolo 83 bis del Codice antimafia per il caso di inosservanza dei protocolli di legalità.

Sulla scorta di tali premesse, la giurisprudenza amministrativa è stata chiamata a rispondere a due ordini di questioni. Da un lato, se la mera corrispondenza tra fattispecie incriminatrici annotate nei certificati dei carichi pendenti – riferiti ad un operatore economico aggiudicatario e da questi dichiarate ai fini dell'accertamento dell'insussistenza di cause di esclusione previste dal Codice dei contratti – e quelle riepilogate nell'ambito delle clausole del patto di integrità, comporti l'esclusione automatica dell'operatore economico medesimo; dall'altro se, anche in assenza di una espressa comminatoria espulsiva, l'esclusione di un operatore economico sia comunque imposta dalla lettera della norma di cui all'articolo 83 *bis* del Codice antimafia per il caso di inosservanza dei protocolli di legalità.

Muovendo da queste premesse, il presente contributo mira ad emarginare la recente sentenza pronunciata dal TAR Piemonte, Sez. II, 2 aprile 2024 n. 322.

1. La vicenda processuale

Con propria determinazione l'amministrazione aggiudicataria disponeva di procedere all'affidamento del servizio di refezione scolastica per gli alunni e il personale docente della locale scuola primaria, con opzione di rinnovo per un ulteriore anno, mediante procedura aperta e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il disciplinare di gara richiedeva di allegare, all'interno della busta amministrativa, il patto d'integrità, elaborato dalla stazione appaltante, sottoscritto da ciascun concorrente.

Il menzionato patto d'integrità – avente il dichiarato obiettivo di improntare i comportamenti dell'operatore economico e della stazione appaltante a principi di lealtà, trasparenza e concorrenza – veniva, a sua volta qualificato, come "parte integrante di ogni contratto affidato dalla stazione appaltante" e disponeva che "La stazione appaltante [...] si avvale della clausola risolutiva espressa, di cui all'articolo 1456 c.c., ogni qualvolta nei confronti dell'operatore economico, di taluno dei componenti la compagine sociale o dei dirigenti dell'impresa, sia stata disposta misura cautelare o sia intervenuto rinvio a giudizio per taluno dei delitti di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 322, 322-bis, 346-bis, 353 e 353-bis".

Nell'ambito delle procedure per la verifica del possesso dei requisiti prescritti *ex lege* e dalla *lex specialis*, emergeva una dichiarazione resa ai sensi dell'art. 80 D.Lgs. 50/2016, con la quale un concorrente, allegava la circostanza del rinvio a giudizio per la fattispecie di cui all'art. 353, co. 1, c.p. (turbata libertà degli incanti), disposto dal GUP presso il Tribunale di Padova, nei confronti del presidente e amministratore delegato della società, nonché di due amministratori cessati dall'incarico. Nonostante tali dichiarazioni, l'amministrazione procedeva ad aggiudicarli, comunque, l'appalto.

Avverso il provvedimento di aggiudicazione insorgeva il concorrente non aggiudicatario, chiedendone l'annullamento per aver, l'amministrazione aggiudicatrice violato: l'art. 15 del disciplinare di gara in combinato disposto con gli artt. 2, 4.4 e 6 del patto di integrità; l'art. 83 *bis* del Codice antimafia; il principio della *par condicio*, dell'auto-vincolo dell'amministrazione, del legittimo affidamento e del buon andamento della pubblica amministrazione.

2. Il patto di legalità o di integrità. Il quadro normativo

Prima di addentrarsi nel merito della pronuncia in commento, appare utile riepilogare il dato normativo in materia di protocollo di legalità.

Sul piano del diritto positivo la prima previsione in materia era rinvenibile nell'art. 176, co. 3, lett. e), d.lgs. n. 163/2006 come novellato dall'art. 3, d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113 che aveva previsto che i soggetti aggiudicatori di opere strategiche possano stipulare "appositi accordi con gli organi competenti in materia di sicurezza nonché di prevenzione e repressione della criminalità, finalizzati alla verifica preventiva del programma di esecuzione dei lavori in vista del successivo monitoraggio di tutte le fasi di esecuzione delle opere e dei soggetti che le realizzano" e che tali accordi dovessero prevedere "l'adozione di protocolli di legalità che comportino clausole specifiche di impegno, da parte dell'impresa aggiudicataria, a denunciare eventuali tentativi di estorsione, con la possibilità di valutare il

comportamento dell'aggiudicatario ai fini della successiva ammissione a procedure ristrette della medesima stazione appaltante in caso di mancata osservanza di tali prescrizioni".

Successivamente, l'art. 120 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, statuiva che le stazioni appaltanti, nell'ambito degli appalti da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, potevano concludere "protocolli di intesa" o "protocolli di intenti [...] con soggetti pubblici con competenze in materia di salute, sicurezza, previdenza, ordine pubblico nonché con le organizzazioni sindacali e imprenditoriali".

Solo con la c.d. Legge anticorruzione, il legislatore ha previsto l'operatività dei cosiddetti "Protocolli di seconda generazione"²; il riferimento è, chiaramente, all'art. 1, co. 17, della Legge n. 190/2012, a mente del quale: "Le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara".

Con tale norma, dunque, il legislatore ha inteso rafforzare le misure di prevenzione e contrasto all'illegalità nel settore degli appalti pubblici, inserendo nell'ordinamento giuridico una norma attributiva di potere.

Infine, nell'ambito della legislazione antimafia, l'art. 3, co. 7, del Decreto semplificazioni ha introdotto l'art. 83 *bis* del Codice antimafia, rubricato "Protocolli di legalità".

Il primo comma stabilisce che "Il Ministero dell'interno può sottoscrivere protocolli, o altre intese comunque denominate, per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata, anche allo scopo di estendere convenzionalmente il ricorso alla documentazione antimafia di cui all'articolo 84. I protocolli di cui al presente articolo possono essere sottoscritti anche con imprese di rilevanza strategica per l'economia nazionale nonché con associazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale di categorie produttive, economiche o imprenditoriali e con le organizzazioni sindacali".

2. Sulla distinzione tra Patto di legalità di prima e seconda generazione, si rinvia alle precisazioni del Consiglio di Stato, Sez. V, 10 maggio 2022, n. 3646.

A sua volta, il comma 3 del medesimo art. 83 bis, precisa che "Le stazioni appaltanti prevedono negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto dei protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto".

“ Il complesso delle disposizioni attualmente vigenti, non consente, tuttavia, di comprendere quali siano i rapporti tra l’articolo 1, co. 17, della Legge anticorruzione, ove viene contemplata la facoltà della stazione appaltante di prevedere che il mancato rispetto degli impegni assunti con la sottoscrizione del Protocollo di legalità sia causa di esclusione dalla procedura di gara, e l’articolo 83 bis del Codice antimafia, per cui le stazioni appaltanti “prevedono” negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto dei protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto.

3. L’orientamento del TAR Piemonte

Con la sentenza in epigrafe emarginata, il giudice amministrativo, rispetto alle precedenti letture pretorie, sembra offrire una chiave di lettura alternativa delle norme vigenti in materia di protocolli di legalità, specialmente sotto il profilo degli effetti escludenti delle clausole in essi contenute.

Secondo il TAR piemontese, infatti, i patti di integrità, rispondenti all’esigenza di rafforzare le misure di prevenzione e contrasto all’illegalità nel settore degli appalti pubblici, possono essere inseriti nei bandi di gara in base alla norma attributiva di potere di cui all’art. 1, co. 17, Legge n. 190/2012.

Ciò premesso, i giudici amministrativi chiariscono, poi, che il patto d’integrità soggiace alle stesse regole dettate dall’art. 1362 s.s., c.c. per l’interpretazione dei contratti, tra le quali assume carattere preminente quella collegata all’interpretazione letterale, dovendo in ogni caso il giudice ricostruire l’intento dell’amministrazione in base al contenuto complessivo dell’atto.

Per tale via, il TAR precisa che "Alla stregua, inoltre, del criterio di buona fede ex art. 1366 cod. civ., la perimetrazione degli effetti della clausola è circoscritta solo a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, anche in ragione del principio costituzionale di buon andamento, che impone alla P.A. di operare in modo chiaro e lineare, così da fornire ai cittadini regole di condotta certe e sicure, soprattutto quando possano derivarne conseguenze negative".

Sicché, è giocoforza ritenere che ove dal patto d’integrità (che codifica una clausola risolutiva espressa e richiama l’art. 1456 c.c.) si ricavi che la finalità ultima sia quella di consentire il rapido svincolo contrattuale della stazione appaltante, tramite il rimedio della risoluzione di diritto – quando l’integrazione dei fatti ivi indicati, incidendo sulle qualità dell’aggiudicatario, pregiudichi la fiducia dell’amministrazione – non vi siano ragionevoli avalli ad opzioni ermeneutiche volte a ricondurre entro i confini applicativi del patto fatti diversi, sul piano oggettivo e temporale, da quelli comunque rilevanti ai fini della risoluzione del contratto; sicché rimangono estranei al campo di efficacia della clausola provvedimenti adottati in epoca antecedente alla selezione dell’aggiudicatario, che sono, invece, assoggettati alla disciplina ordinaria delle cause di esclusione.

In alti termini, un rinvio a giudizio delle figure apicali dell’operatore economico, per taluni dei reati previsti dal patto di integrità, che sia precedente alla gara alla quale l’operatore partecipa, non può integrare il necessario presupposto di applicazione della clausola risolutiva prevista dal patto di integrità, né tantomeno, di quella escludente, qualora la si ritenga operante in un’ottica di efficienza ed economicità dell’azione selettiva del contraente.

Ne consegue che, anche ove sia positivamente stabilito un obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito l’inosservanza di quanto ivi pattuito

come causa di esclusione dalla gara, le stazioni appaltanti, nel rispetto del richiamato parametro di proporzionalità, devono comunque “*valutare l’idoneità della condotta a giustificare l’esclusione dalla gara*” e adottare la sanzione espulsiva “*in ottemperanza ai canoni del procedimento amministrativo che richiedono la garanzia del contraddittorio e l’obbligo di idonea motivazione delle scelte adottate*”³.

“*La pretesa di annettere, in forza della clausola risolutiva in esame, un’attitudine immediatamente espulsiva all’operato pregresso degli amministratori dell’operatore economico sottoposto alla valutazione contravviene ai richiamati principi ordinamentali, in quanto mira a dilatare, in modo non consentito, il perimetro delle cause tassative di esclusione.*”

Dal principio di tassatività delle cause di esclusione si è desunto, inoltre, che il patto d’integrità “*fa sorgere obblighi connessi alla specifica procedura cui l’operatore economico partecipa e per la quale sottoscrive il patto e non si riferisce a comportamenti tenuti dall’impresa in occasione di precedenti appalti, anche perché, ad opinare diversamente, si determinerebbe una sovrapposizione di tale disciplina con quella dei “motivi di esclusione”, ovvero della sussistenza dei requisiti di ordine generale*”.

In definitiva, la pretesa di annettere, in forza della clausola risolutiva in esame, un’attitudine immediatamente espulsiva all’operato pregresso degli amministratori dell’operatore economico sottoposto alla valutazione, contravviene ai richiamati principi ordinamentali, in quanto mira a dilatare, in modo non consentito, il perimetro delle cause tassative di esclusione.

4. Conclusioni

Dalla lettura della sentenza in commento, si rilevano alcuni profili di indagine che meritano di essere accennati, nell’attesa di ulteriori pronunce in materia o di futuri interventi normativi, anche di interpretazione autentica, che possano precisare il corretto ambito di applicazione dei Protocolli di legalità.

Anzitutto, emerge chiaramente come il legislatore non abbia mai precisato quali siano i rapporti tra l’articolo 1, co. 17, della Legge anticorruzione, ove viene contemplata la facoltà della stazione appaltante di prevedere che il mancato rispetto degli impegni assunti con la sottoscrizione del Protocollo di legalità sia causa di esclusione dalla procedura di gara, e l’articolo 83 *bis* del Codice antimafia, per cui le stazioni appaltanti “prevedono” negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto dei protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto.

Ciò, naturalmente, non può non riverberarsi sul piano della interpretazione applicativa, ove si ritenga che l’inserimento della clausola escludente sia facoltativa nell’ambito dei protocolli di legalità previsti dalla Legge anticorruzione e obbligatorie in quelli disciplinati dal Codice antimafia.

Una tale impostazione sarebbe del tutto illogica, oltretutto frustrante della ratio sottesa alle due previsioni normative che – evidentemente – deve desumersi essere la medesima.

Probabilmente, parrebbe più coerente col dato normativo ritenere che in entrambi i casi si tratti di una facoltà rimessa alla stazione appaltante e che questa, previa valutazione discrezionale della sussistenza dei presupposti previsti dalla legge e dalla *lex specialis*, si determini per l’eventuale operatività della clausola escludente nell’ambito del caso concreto.

Oltretutto, il comma 3 dell’art. 83 *bis* del Codice antimafia non andrebbe letto atomisticamente e in contrapposizione al dettato dell’articolo 1, co. 17, della Legge anticorruzione.

3. Al riguardo, si rimanda a TAR Lazio, Roma, sez. II ter, 12 aprile 2022 n. 4384 e C.G.A.R.S., sez. giur., 12 gennaio 2022 n. 32, che, a sua volta, richiama la delibera ANAC 22.12.2020 n. 1120.

Piuttosto, "l'obbligatorietà" del richiamato comma 3 potrebbe giustificarsi alla luce di un elemento letterale del tutto assente nella corrispondente disposizione anticorruzione.

Mentre, infatti, in quest'ultima, la facoltà si riferisce unicamente all'effetto escludente, nella disposizione antimafia si fa riferimento, alternativamente, all'istituto della risoluzione del contratto, ovvero della esclusione dalla gara.

Sicché, l'imperativo "prevedono" si riferisce alla necessità che la stazione appaltante, una volta adottato il protocollo di legalità di cui al comma 1 dell'articolo 83 *bis* del Codice antimafia, sia tenuta ad integrare la disciplina di gara con la previsione sanzionatorie previste per i casi di violazione degli obblighi assunti col patto di legalità.

Infine, deve pure ritenersi che l'effetto direttamente escludente sia legato concretamente alla mancanza di volontà dell'operatore di sottoscrivere il patto medesimo, ovvero al venir meno agli obblighi di comunicazione che, generalmente, costituiscono l'essenza delle clausole risolutive e/o escludenti.

Se così non fosse, se, cioè, alla comunicazione da parte dell'operatore economico dell'adozione di eventuali provvedimenti giudiziari – anche antecedenti alla partecipazione alla gara di cui si tratta, per taluno dei reati indicati nel patto di legalità (di norma, corrispondenti a quelli previsti dal vigente art. 94, co. 1, del Codice dei contratti) – corrispondesse una automatica esclusione in fase di gara del medesimo operatore, si preverrebbe alla surrettizia trasformazione di una causa di esclusione facoltativa, attualmente prevista dall'art. 98, co. 3, lett. g) del Codice dei contratti, in automatica, oltreché sfociare nella violazione del principio di parità di trattamento, rispetto agli operatori economici che partecipino a procedure di gara per le quali non siano stati adottati protocolli di integrità o legalità.

La rilevanza del D.Lgs. 231/2001 tra le cause di esclusione dalle gare nel nuovo codice dei contratti pubblici

di Paola Cartolano

IL
PUN
TO

Premesse

I **requisiti di partecipazione** alle pubbliche gare sono requisiti, prescritti dalla legge o richiesti dalla stazione appaltante nel bando di gara, con cui i concorrenti dimostrano di possedere sia l'integrità e l'affidabilità professionale che la capacità di eseguire correttamente l'opera o la fornitura o il servizio oggetto dell'appalto.

Essi si dividono in **requisiti di ordine generale** e **requisiti di ordine speciale**, oggi disciplinati nel nuovo codice dei contratti pubblici di cui al **D.Lgs. n. 36/2023** nella Parte V, Titolo IV, Capo II e Capo III (artt. 94, 95, 98, 100 e 103).

Con riferimento ai **requisiti di ordine generale**, 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: agli articoli 94-98, troviamo poi la distinzione 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 discrezionale 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.

Sin dall'introduzione nel nostro ordinamento della disciplina della responsabilità amministrativa degli enti di cui al Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231 ("**D.Lgs. 231/2001**") si è sviluppato un ampio dibattito sugli effetti di detta disciplina rispetto alla materia della contrattualistica pubblica e, in particolare, sulle cause di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica.

“ **Il D.Lgs. 36/2023 rafforza la rilevanza della responsabilità amministrativa degli enti ex D.Lgs. 231/2001 ai fini della partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica.** ”

Come andremo a vedere nel presente contributo, ai fini della partecipazione alle gare pubbliche per la scelta del contraente di una Pubblica Amministrazione è richiesto, infatti, ai concorrenti il possesso di specifici requisiti soggettivi di moralità professionali sui quali possono incidere eventuali condanne o misure cautelari disposte dal giudice penale per le fattispecie di reato previste dal D.Lgs. 231/2001, con riferimento ai quali il legislatore del D.Lgs. 36/2023 ha inteso apportare alcune novità rispetto alla precedente disciplina.

1. Il ruolo della *compliance*

Il D.Lgs. 231/2001 – che disciplina la responsabilità amministrativa degli enti forniti di personalità giuridica – ha introdotto nel nostro ordinamento una responsabilità di tipo penale in capo alle persone giuridiche qualora un fatto illecito, penalmente rilevante e previsto in un elenco dettagliato presente nello stesso D.Lgs. 231/2001 (cd. reati presupposto), sia commesso da un soggetto incardinato nella società (amministratori, dirigenti, dipendenti, collaboratori) e dalla cui consumazione sia derivato un interesse o un vantaggio per il medesimo ente (cfr. art. 5 del D.Lgs. 231/2001¹).

Alla responsabilità penale della persona fisica che materialmente consuma il reato si aggiunge, quindi, anche una responsabilità amministrativa, in capo all'organizzazione aziendale, conseguente ad una **"colpa di organizzazione"** o **"colpa organizzativa"**, ascrivibile all'ente proprio per il reato commesso da un soggetto apicale o da un soggetto sottoposto.

L'elenco dei reati per i quali si configura una responsabilità amministrativa degli enti e si applicano le previsioni del D.Lgs. 231/2001 negli anni è stato oggetto di modifiche in termini ampliativi. Tenuto conto delle diverse esigenze di prevenzione da reati venute a determinarsi nel tempo, successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs. 231/2001, il novero dei reati presupposto è stato infatti largamente esteso.

Riprendendo l'art. 5 del D.Lgs. 231/2001, è previsto che l'ente non risponde del reato se le persone ivi indicate al comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi. Pertanto, nel caso di commissione di uno di questi reati, l'ente dovrà dimostrare di non aver avuto alcun vantaggio dal fatto criminoso, comunque non direttamente.

Tale prova è evidentemente complicata da fornire, poiché se un soggetto agisce per un proprio tornaconto personale e l'ente ne trae comunque

vantaggio, la prova dell'estraneità dell'ente è di difficile dimostrazione.

Sul punto viene però in soccorso l'art. 6 del D.Lgs. 231/2001 ai sensi del quale se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'art. 5, comma 1, lettera a) l'ente non risponde se prova tra l'altro che

«a) *l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, **modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi***;

b) *il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo*;

c) *le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione*;

d) *non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)*».

Particolare importanza assume quindi per l'ente l'aver adottato ed efficacemente attuato un modello organizzativo ex D.Lgs. 231/2001 (cd. **Modello 231**) il quale costituisce lo strumento fondamentale da sottoporre alla valutazione del giudice per giungere all'esenzione di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, poiché la sua ideazione, applicazione ed efficace attuazione rappresenta la prova della sussistenza

“ **Il D.Lgs. 36/2023, come i suoi predecessori, non pone un obbligo a carico degli operatori economici di dotarsi di un Modello 231 pur incentivando la funzione della compliance aziendale** ”

1. Art. 5 D.Lgs. 231/2001 «1. L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio:
a) *da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso*;
b) *da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)*.
2. L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi».

di un'adeguata organizzazione aziendale in cui vengono previste procedure idonee a prevenire la commissione dei reati presupposto, così da garantire la *compliance* aziendale dell'ente.

Nell'ambito della contrattualistica pubblica, il D.Lgs. 36/2023, come già i suoi predecessori, non pone un obbligo a carico degli operatori economici di dotarsi di un Modello 231 pur prevedendo una serie di punti di contatto con il D.Lgs. 231/2001 per quanto riguarda il possesso dei requisiti di partecipazione alle gare pubbliche e le connesse cause di esclusione.

Il D.Lgs. 36/2023, come vedremo, tende in generale infatti a incentivare la funzione della *compliance* aziendale, soprattutto ai fini della valutazione dell'illecito professionale grave da parte della stazione appaltante.

2. I reati ex D.Lgs. 231/2001 quali cause di esclusione dalle gare

Il D.Lgs. 36/2023 fra le cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95 e ss. pone ampio rilievo alle condanne e alle misure cautelari previste ai sensi del D.Lgs. 231/2001, come anche al solo accertamento dei reati ivi previsti ai fini della responsabilità amministrativa degli enti.

Entrando nel dettaglio della disciplina del D.Lgs. 36/2023, il legislatore *in primis* ha espresso particolare attenzione alle condanne comminate all'operatore economico ai sensi del D.Lgs. 231/2001 ai fini delle cause di esclusione automatiche di cui all'art. 94.

Partendo con ordine, rispetto all'elencazione dei reati presupposto al comma 1 dell'art. 94 (che corrisponde al comma 1 dell'art. 80 del precedente D.Lgs. 50/2016), l'**art. 94 al comma 3** prevede espressamente che *«L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 è disposta se la sentenza o il decreto oppure la misura interdittiva ivi indicati sono stati emessi nei confronti: a) dell'operatore economico ai sensi e nei termini di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231; ...»*.

La condanna definitiva dell'ente, rileva, dunque quale causa di esclusione dell'operatore economico nel caso in cui faccia riferimento a uno dei reati presupposto del comma 1 dello stesso art. 94 che, si segnala, corrispondono in buona parte con i reati presupposto di cui al D.Lgs. 231/2001.

Prosegue ancora l'**art. 94 comma 5** disponendo che *«Sono altresì esclusi: a) l'operatore economico destinatario della sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, o di altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81; ...»*.

Anche in questo caso, dunque, l'esclusione colpisce l'operatore economico nel caso in cui lo stesso sia destinatario di una misura interdittiva del divieto di contrarre con la Pubblica Amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio ai sensi dell'art. 9 comma 2 lettera c) del D.Lgs. 231/2001.

Il legislatore, data la rilevanza della responsabilità amministrativa dell'ente nell'ambito della contrattualistica pubblica, ha inteso valorizzare la portata dell'accertamento dei reati ex D.Lgs. 231/2001 a carico dell'operatore economico oppure dei soggetti indicati all'art. 94 comma 3 anche con riferimento alle cause di esclusione non automatiche dell'art. 95.

“ **L'art. 94 individua specifiche ipotesi di esclusione automatica in caso di condanna definitiva dell'operatore economico ex D.Lgs. 231/2001 o applicazione della sanzione interdittiva del divieto di contrarre con la PA** ”

In particolare, il legislatore ha ricondotto la commissione o la mera contestazione di uno dei reati previsti dal D.Lgs. 231/2001 fra gli elementi da cui è desumibile l'illecito professionale grave.

Rispetto alla previgente impostazione del D.Lgs. 50/2016, il legislatore del D.Lgs. 36/2023 prevede che ai fini dell'esclusione debba sussistere una delle fattispecie espressamente previste come tassative per configurare un grave illecito professionale, nonché la necessaria prova di esse con uno dei mezzi tassativamente indicati,

rimanendo invece immutata l'impostazione in ordine alla natura del potere discrezionale della stazione appaltante di valutazione circa l'idoneità dell'illecito professionale ad incidere sull'affidabilità dell'operatore economico.

Sul punto il D.Lgs. 36/2023 all'**art. 95 comma 1 lettera e)** prevede infatti che «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».

Come anticipato, il D.Lgs. 36/2023 ha infatti introdotto una tipizzazione dei mezzi di prova necessari 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.

A tale riguardo, l'**art. 98 comma 1** dispone che «1. L'illecito professionale grave rileva solo se compiuto dall'operatore economico offerente, salvo quanto previsto dal comma 3, lettere g) ed h)», per poi indicare al **comma 2** che «2. L'esclusione di un operatore economico ai sensi dell'articolo 95, comma 1, lettera e) è disposta e comunicata dalla stazione appaltante quando ricorrono tutte le seguenti condizioni:

- 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 al comma 6».

Tutte condizioni che devono ricorrere, tutte congiuntamente, ai fini dell'esclusione di un operatore economico con riferimento all'illecito professionale grave di cui alla lettera e) dell'art. 95, comma 1 del D.Lgs. 36/2023.

Sempre ai fini dell'applicazione della causa di esclusione (non automatica) del grave illecito professionale nel D.Lgs. 36/2023 rileva poi l'**art. 98 comma 3**, il quale fornisce l'elenco tassativo degli elementi da cui la stazione appaltante può desumere la sussistenza del grave illecito professionale.

Nel caso dei reati ex D.Lgs. 231/2001, ai sensi dell'**art. 98 comma 3** «L'illecito professionale si può desumere al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi: ...

h) contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94, di taluno dei seguenti reati consumati:

- 1) abusivo esercizio di una professione, ai sensi dell'articolo 348 del codice penale;
- 2) bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito, di cui agli articoli 216, 217, 218 e 220 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;
- 3) i reati tributari ai sensi del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, i delitti societari di cui agli articoli 2621 e seguenti del codice civile o i delitti contro l'industria e il commercio di cui agli articoli da 513 a 517 del codice penale;
- 4) i reati urbanistici di cui all'articolo 44, comma 1, lettere b) e c), del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria;
- 5) **i reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231**».

Dal tenore letterale della norma in questione la grande novità risiede nel fatto che ai fini dell'esclusione del concorrente per grave illecito professionale derivante da fattispecie di reato ex D.Lgs. 231/2001, l'illecito professionale potrà essere desunto non solo da un provvedimento giurisdizionale irrevocabile ma potrà essere sufficiente anche il mero atto di esercizio dell'azione penale da parte del Pubblico Ministero.

La stazione appaltante per l'adozione del provvedimento di esclusione dalla gara di un concorrente per un illecito professionale deve poi 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. Per le ipotesi dei reati ex D.Lgs. 231/2001 di cui alla lettera h) del comma 3, l'art. 98 comma 6 dispone che «Costituiscono mezzi di prova adeguati, in relazione al comma 3: h) **quanto alla lettera h)**, la sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile, e la condanna non definitiva, i provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale».

Quale mezzo di prova, dunque, la stazione appaltante potrà far riferimento non solo alle pronunce di condanna (definitive e non) del giudice penale ma anche ai provvedimenti cautelari dallo stesso emessi.

Si segnala tuttavia l'obbligo di stretta motivazione in capo alla stazione appaltante ai fini dell'esclusione per illecito professionale grave previsto dall'**art. 98 comma 7** secondo cui «La stazione appaltante valuta i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al **comma 6 motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente**; l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente».

Di rilievo, infine, la previsione all'**art. 96, comma 10** di "durata" delle cause di esclusione non automatiche che, per i reati del D.Lgs. 231/2001 previsti dall'art. 95, comma 1, lettera e), dura per tre anni decorrenti rispettivamente:

- 1) *dalla data di emissione di uno degli atti di cui all'articolo 407-bis, comma 1, del codice di procedura penale oppure di eventuali provvedimenti cautelari personali o reali del giudice penale, se antecedenti all'esercizio dell'azione penale ove la situazione escludente consista in un illecito penale rientrante tra quelli valutabili ai sensi del comma 1 dell'articolo 94 oppure ai sensi del comma 3, lettera h), dell'articolo 98;*
- 2) *dalla data del provvedimento sanzionatorio irrogato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato o da altra autorità di settore nel caso in cui la situazione escludente discenda da tale atto;*
- 3) *dalla commissione del fatto in tutti gli altri casi».*

“ **Fra le cause di esclusione non automatica ex art. 95 rileva l'illecito professionale grave desumibile dalla commissione o contestazione di uno dei reati ex D.Lgs. 231/2001** ”

3. Cause di esclusione e misure di "self cleaning"

L'art. 96 del D.Lgs. 36/2023 dispone che «2. L'operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, non è escluso se si sono verificate le condizioni di cui al comma 6 del presente articolo e ha adempiuto agli oneri di cui ai commi 3 o 4 del presente articolo.

Il legislatore ha, dunque, previsto che l'operatore che sia incorso nelle clausole di esclusione di cui all'art. 94 (ad eccezione di quelle previste al comma 6 con riferimento alle violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali) e di quelle all'art. 95 (ad eccezione di quelle previste al comma 2 con riferimento alle gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali) non è escluso qualora abbia adottato le misure di ravvedimento previste dalla norma stessa.

La *ratio* della previsione è quella di consentire la partecipazione alle procedure di gara anche agli operatori economici che siano incorsi in una delle cause di esclusione ma abbiano posto in essere dei comportamenti o comunque abbiano adottato misure organizzative volte ad eliminare o rimuovere dette cause di esclusione dalla gara pubblica.

Il legislatore del D.Lgs. 36/2023, sulla scia della pronuncia della Corte di Giustizia 4 gennaio 2021 (causa C-387/19) e della successiva giurisprudenza nazionale, è intervenuto sull'istituto del *self cleaning*, già introdotto nel D.Lgs. 50/2016, estendendo in particolare l'ambito di applicazione, in particolare con riferimento al momento in cui siano intervenute le fattispecie idonee a determinare una potenziale causa di esclusione dalla gara. La Relazione al D.Lgs. 36/2023 parla a riguardo di una «nuova versione allargata del *self cleaning* aderente alla direttiva 24/2014».

Il legislatore dell'art. 96 prosegue infatti distinguendo le ipotesi in cui:

- le fattispecie escludenti siano intervenute prima della presentazione dell'offerta: in questo caso l'operatore economico, contestualmente all'offerta, deve

comunicare ciò alla stazione appaltante, dovendo altresì dare prova di aver adottato le misure previste dall'art. 96 comma 6 dello stesso D.Lgs. 36/2023 oppure dell'impossibilità di adottare tali misure prima della presentazione dell'offerta pur dovendo successivamente ottemperare ai sensi del comma 4 (cfr. comma 3);

- le fattispecie escludenti siano intervenute dopo la presentazione dell'offerta: in questo caso l'operatore economico, per non essere escluso, deve adottare e comunicare alla stazione appaltante le misure previste dal comma 6 (cfr. comma 4).

Alla luce della modifica introdotta, pertanto, le misure di *self-cleaning* possono, quindi, riguardare anche eventi verificatisi nel corso della procedura e dopo la presentazione dell'offerta, a differenza della precedente disciplina dell'art. 80 del D.Lgs. 50/2016 (sul punto le Linee Guida ANAC n. 6 adottate ai sensi del D.Lgs. 50/2016 prevedevano che «L'adozione delle misure di *self-cleaning* deve essere intervenuta entro il termine fissato per la presentazione delle offerte o, nel caso di attestazione, entro la data di sottoscrizione del contratto con la SOA. Nel DGUE o nel contratto di attestazione l'operatore economico deve indicare le specifiche misure adottate»).

Ai sensi del **comma 6 dell'art. 96** è previsto che «Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui all'articolo 94, a eccezione del comma 6, e all'articolo 95, a eccezione del comma 2, può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, esso non è escluso dalla procedura d'appalto.

A tal fine, l'operatore economico dimostra di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito, di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Le misure adottate dagli operatori economici sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico ...».

Con riferimento alle fattispecie di reato ex D.Lgs. 231/2001, tenuto conto della formulazione del comma 6 dell'art. 96, il riferimento espresso a **“provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti”** non potrebbe che esplicitarsi nell'adozione da parte degli operatori economici del cd. Modello 231 (v. paragrafo 2).

In presenza di un operatore che abbia già adottato un Modello 231 la stazione appaltante, nell'ambito della discrezionalità riconosciuta, potrebbe infatti considerare detta misura come idonea ad evitare l'esclusione.

Si segnala una recentissima pronuncia del Giudice Amministrativo relativa all'adozione di misure *self cleaning*, in particolare l'adozione di un Modello 231 da parte del concorrente, con riferimento a fattispecie non automaticamente escludenti ai sensi dell'art. 95 in cui si legge che «ai sensi dell'art. 96, comma 2, l'esclusione di un operatore economico in ragione di una fattispecie “non automatica” di cui all'art. 95 (con l'eccezione del comma 2 che attiene alla diversa ipotesi di violazioni tributarie e previdenziali) non può essere disposta se si verificano le seguenti condizioni cumulative:

I) il concorrente abbia adottato **misure di self – cleaning** sufficienti a dimostrare la propria affidabilità secondo le indicazioni contenute nel comma 6 dell'art. 96; tali misure devono essere adeguatamente valutate dall'amministrazione appaltante considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione, potendo prospettarsi uno degli epiloghi di seguito indicati: a) se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, l'operatore non è escluso dalla procedura d'appalto; b) se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, ne comunica le ragioni all'operatore economico;

II) l'operatore abbia assolto agli oneri di cui ai commi 3 o 4 del medesimo articolo, cioè: 1) nel caso in cui la causa di esclusione si sia verificata prima della presentazione dell'offerta, abbia indicato eventuali misure di self – cleaning, ovvero la impossibilità di tale tempestiva adozione ma vi provveda in seguito; 2) qualora la causa di esclusione si verifichi successivamente alla presentazione dell'offerta, l'operatore adotti tali misure di self - cleaning;

- dal descritto quadro normativo si desume che

*l'eventuale esclusione, in presenza di cause "non automatiche" ex art. 95, nei confronti di un operatore che – come nel caso in esame – abbia puntualmente indicato le vicende ostative ed indicato le misure di self – cleaning ex art. 96, avrebbe dovuto essere preceduta da **motivata valutazione**: in prima battuta, l'amministrazione avrebbe dovuto vagliare "in astratto" l'attitudine dei fatti storici e delle imputazioni come potenziali elementi di rottura del rapporto fiduciario, verificando in concreto che i procedimenti pendenti incidano in senso negativo, alla stregua di un giudizio prognostico, anche in merito alla procedura di gara in questione, a tal fine valutando ogni circostanza del caso (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4669/2023; T.A.R. Piemonte n. 932/2023), inoltre avrebbe dovuto **valutare le predette misure self-cleaning, con specifico riferimento alla tempestività della loro assunzione e la loro sufficienza a ristabilire la fiducia** (art. 96, comma 6) ...» (TAR Campania-Napoli, sez. 5[^], sentenza 14 marzo 2024 n. 1733).*

“**In caso di contestazioni per reati ex D.Lgs. 231/2001, fra le misure di self-cleaning attuabili al fine di non incorrere in provvedimenti espulsivi rilievo assume l'adozione del cd. Modello 231**”

4. Conclusioni

Le novità introdotte dal legislatore nel D.Lgs. 36/2023 con riferimento alle cause di esclusione per fattispecie di reato ex D.Lgs. 231/2001 hanno suscitato sin da subito molte preoccupazioni in capo agli operatori economici essendo previsto che:

- l'operatore economico che subisce un provvedimento oppure risulta destinatario di una sanzione interdittiva ex D.Lgs.n. 231/2001 debba essere automaticamente escluso dalle gare;
- anche la sola "contestata" commissione di un reato previsto dal D.Lgs. 231/2001, contestazione che è sufficiente venga provata da una "condanna non definitiva" o da un "provvedimento cautelare personale emesso dal giudice penale" possa configurare un illecito professionale grave ovvero una causa d'esclusione non automatica dalle gare.

È evidente che, data la rilevanza che il legislatore del D.Lgs. 36/2023 ha voluto espressamente assegnare alla responsabilità amministrativa degli enti ex D.Lgs. 231/2001, un valido presidio da attuare in via preventiva possa essere l'adozione di un Modello 231, da sottoporre a continuo e costante aggiornamento così da renderlo sempre attuale, ai fini della sua valorizzazione da parte delle stazioni appaltanti nell'ambito delle misure self-cleaning.

Ecco il calendario formativo dei prossimi mesi

MEDIACONSULT E' PROVIDER C.N.I. - I NOSTRI CORSI SONO ACCREDITATI PER IL RILASCIO DEI CREDITI FORMATIVI

ALTA FORMAZIONE

Incontra gli Autori del Codice

Analisi dei contratti sotto soglia

CAGLIARI - 14 Maggio

Le modifiche contrattuali

CAGLIARI - 21 Maggio

Focus di approfondimento

Focus su Servizi e Forniture

WEBINAR - 3 incontri: 6, 13, 17 Maggio

Focus su Lavori Pubblici

WEBINAR - 3 incontri: 20, 27 Maggio, 3 Giugno

Percorsi Base

L'ABC degli appalti pubblici

WEBINAR - 3 incontri: 25, 28 Giugno, 2 Luglio

APPALTI PUBBLICI

Il nuovo Codice e la Giurisprudenza

Il Codice dei contratti: le novità alla luce della prima casistica giurisprudenziale e della digitalizzazione

OLBIA - 18 Giugno, ROMA - 25 Giugno

Il MePA nell'era della Digitalizzazione

La digitalizzazione e il MePA: le nuove funzionalità e una guida pratica per gestire affidamenti diretti, procedure negoziate e gare sopra soglia

WEBINAR - 4 incontri: 27 Maggio - 5, 10, 24 Giugno

Il MePA e le novità 2024.

Cosa è cambiato con la digitalizzazione

WEBINAR - 27 Maggio

La gestione degli affidamenti diretti tramite il MePA Consip

WEBINAR - 5 Giugno

La gestione delle Procedure Negoziato attraverso il MePA Consip

WEBINAR - 10 Giugno

La gestione delle procedure sopra soglia tramite gli strumenti Consip

WEBINAR - 24 Giugno

La Digitalizzazione e le novità sugli adempimenti

Gli adempimenti pre e post-aggiudicazione

WEBINAR - 2 incontri: 17, 21 Maggio

L'attività di verifica dei requisiti: le modalità operative, il FVOE e gli aspetti più controversi

WEBINAR - 17 Maggio

Corso pratico sul monitoraggio delle opere pubbliche (BDAP)

WEBINAR - 21 Maggio

Trasparenza e comunicazione nelle procedure di appalto

WEBINAR - 17 Giugno

Corso introduttivo alla metodologia BIM per la Pubblica Amministrazione

WEBINAR - 02 Luglio

Ecco il calendario formativo dei prossimi mesi

MEDIACONSULT E' PROVIDER C.N.I. - I NOSTRI CORSI SONO ACCREDITATI PER IL RILASCIO DEI CREDITI FORMATIVI

APPALTI PUBBLICI

I contratti sottosoglia

Tutti i cambiamenti del nuovo codice nelle procedure sottosoglia

WEBINAR - 27 Maggio

Atti di gara, GOEPV, e novità

La gara con l'offerta economicamente più vantaggiosa

WEBINAR - 23 Maggio

Laboratorio per la redazione di alcuni tra i più importanti documenti di gara

WEBINAR - 10 Giugno

Le Concessioni in Italia

WEBINAR - 24 Giugno

La fase di esecuzione

Speciale sulle modifiche dei contratti durante il periodo di efficacia. Lavori forniture e servizi.

WEBINAR - 1 Luglio

La fase esecutiva del contratto con particolare riguardo alla gestione delle riserve

WEBINAR - 5 Luglio

Società Pubbliche e Settori Speciali

La gestione delle procedure di gara nelle Società Pubbliche

WEBINAR - 3 incontri: 10, 14, 28 Giugno

RUP e i soggetti della procedura di gara

RUP, DEC e commissione di gara negli appalti di servizi e forniture alla luce del nuovo codice dei contratti

WEBINAR - 2 incontri: 3, 4 Giugno

Le responsabilità per danno erariale nel nuovo Codice dei Contratti

WEBINAR - 03 Luglio

PROJECT MANAGEMENT

Corso base di Project Management

WEBINAR - 6 incontri - Data inizio: 27 Maggio

Corso avanzato di Project Management

WEBINAR - 8 incontri - Data inizio: 10 Maggio

I principi del Project Management

WEBINAR - 10 Giugno

ORGANIZZAZIONE E PERSONALE

Il valore pubblico nella P.A.

WEBINAR - 27 Maggio

L'implementazione di modelli organizzativi agili e resilienti. L'organizzazione delle forme di lavoro a distanza nelle P.A.

WEBINAR - 10 Giugno

Le azioni positive per promuovere comportamenti corretti, valorizzare la diversità e garantire l'inclusione

WEBINAR - 24 Giugno

Elenco in fase di aggiornamento

Dove indicato i corsi si terranno in presenza

Per maggiori informazioni e date aggiornate visita il nostro sito www.mediaconsult.it

Decreto-legge n.19/2024: non solo PNRR. Rafforzate le tutele per i lavoratori anche nei contratti pubblici.

di Stefano de Marinis

IL
PUN
TO

Premessa

Sull'onda degli eventi che hanno recentemente funestato il mondo del lavoro, specie il settore delle costruzioni, con incidenti mortali nei cantieri, il legislatore è intervenuto con importanti disposizioni inserite nell'articolo 29 del decreto 2 marzo 2024, n.19, peraltro principalmente dedicato al PNRR, **convertito in questi giorni con legge numero 56, del 29 aprile.**

Va detto in premessa che trattasi di norme volte in principio a regolare il campo dei lavori privati, ambito prioritariamente interessato dagli eventi evocati rimasto senz'altro indietro sul piano delle tutele dei lavoratori rispetto a quanto previsto per i contratti pubblici.

La scelta, quindi, tende ad equiparare i due contesti andando, di riflesso, a rinforzare lo stesso versante pubblicistico da tempo presidiato, tanto sul piano della salute e sicurezza quanto su quello del trattamento economico e normativo di chi vi opera, con un quadro di tutele che il decreto legislativo 30 marzo 2023, n. 36 ha pienamente confermato e che richiedono solo di essere correttamente applicate.

Ciò, nonostante le osservazioni che, a più riprese, vengono formulate rispetto ai contenuti del nuovo Codice dei contratti pubblici, specie sotto il profilo della cosiddetta liberalizzazione dei subappalti, ancor più rilevante per il fatto di aver legittimato, su input europeo, la formula cosiddetta "a cascata", oggi prevista dal comma 17 dell'articolo 119.

“ **Sicurezza sul lavoro: settore privato finora meno tutelato di quello pubblico?** ”

Dalla prospettiva pubblicistica intendiamo, quindi, in questa sede, esaminare come le più recenti innovazioni apportate principalmente rispetto ai contenuti del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, la cosiddetta legge Biagi, ed al decreto legislativo 9 aprile 2008, n.81, si riverberino in detto contesto, con i relativi effetti.

1. La patente a crediti

Il primo profilo di rilievo riguarda senz'altro la riscrittura dell'articolo 27 del decreto legislativo 81, che, **con operatività 1° ottobre 2024**, prevede l'introduzione di un *Sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi tramite crediti*, definito anche con l'appellativo di *Patente a crediti* o come qui preferiamo dire, rammentando un'iniziativa del tutto analoga risalente nel tempo e riguardante in modo diretto il settore pubblico, *Patente a punti*.

Trattasi di un documento rilasciato dall'Ispettorato nazionale del lavoro (INL) subordinatamente al possesso, da parte del richiedente, di una serie di pre requisiti, indispensabile per poter operare all'interno dei cantieri temporanei o mobili di cui all'articolo 89, comma 1, lettera a), del d.lgs. 81/08, la cui mancanza comporta, oltre ad una sanzione amministrativa pari al 10 per cento del valore dei lavori e, comunque, non inferiore a euro 6.000, l'esclusione dalla partecipazione ai lavori pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, per un periodo di sei mesi.

“ **Il possesso della patente come condizione indispensabile per poter operare** ”

Inoltre, contrariamente all'originaria versione del decreto, che esentava dalla patente a punti gli operatori in possesso dell'attestazione SOA, la versione finale del provvedimento prevede che detta esenzione riguardi le sole imprese qualificate dalla terza classifica (compresa) in poi, rendendola quindi necessaria per tutte le imprese abilitate ad operare solo entro i 516.000 euro (semmai incrementato del 20% ai sensi dell'articolo 2 dell'all.II.12 al Codice dei contratti pubblici), ambito che si aggiunge a quello delle cosiddette partite IVA già incluso nell'obbligo.

Attraverso questa, ancorché limitata, finestra, la legge di conversione del decreto 19/2024 sposta dunque in modo importante l'asse delle innovazioni verso i contratti pubblici al solo considerare che l'obbligo della patente a punti riguarderà tutti coloro che opereranno nei cantieri, subappaltatori e lavoratori autonomi inclusi, a qualsiasi livello si

collochino nella filiera realizzativa, evocando la responsabilità di chi li utilizza.

“ **La patente si applica anche nei contratti pubblici** ”

Oltre alle imprese attestate SOA nei limiti predetti, esclusi dall'obbligo sono solo coloro che effettuano mere forniture o prestazioni di natura intellettuale, con la precisazione che *per le imprese e i lavoratori autonomi stabiliti in uno Stato membro dell'Unione europea diverso dall'Italia o in uno Stato non appartenente all'Unione europea è sufficiente il possesso di un documento equivalente rilasciato dalla competente autorità del Paese d'origine e, nel caso di Stato non appartenente all'Unione europea, riconosciuto secondo la legge italiana.*

La patente viene rilasciata in formato digitale, come già detto dall'Ispettorato nazionale del lavoro (INL) subordinatamente al possesso da parte del richiedente di specifici requisiti quali l'iscrizione alla camera di commercio, l'avvenuto adempimento degli obblighi formativi di cui al d.lgs. 81/2008 per datori di lavoro, dirigenti e preposti, nonché prestatori di lavoro e lavoratori autonomi, il possesso del documento unico di regolarità contributiva in corso di validità; si aggiungono, laddove previsti dalla legge, il documento di valutazione dei rischi, la certificazione di regolarità fiscale di cui all'articolo 17-bis, commi 5 e 6, del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241 (il cosiddetto DURF) e l'avvenuta designazione di un responsabile del servizio di prevenzione e protezione.

“ **Dotazione iniziale di 30 crediti a scalare in caso di violazioni della normativa su salute & sicurezza sul lavoro** ”

La patente prevede un punteggio iniziale di trenta crediti e consente di operare laddove se ne posseggano almeno quindici; il punteggio, infatti, subisce decurtazioni correlate alle risultanze dei provvedimenti definitivi, quali sentenze passate in giudicato o ordinanze-ingiunzione divenute

definitive, emanati nei confronti dei datori di lavoro, dirigenti e preposti delle imprese, ovvero dei lavoratori autonomi, relativamente ad eventi indicati in un apposito allegato al decreto che fissa anche la misura della penalizzazione in funzione della gravità dell'evento.

Peraltro, ed al di là del punteggio detenuto, è sempre possibile portare a termine le attività in corso di esecuzione, quando i lavori eseguiti superano il 30% del valore del contratto, salva l'adozione dei provvedimenti sospensivi di cui all'articolo 14 del d.lgs.81/08, riguardanti la presenza in cantiere di almeno il 10 % di lavoratori che al momento degli accessi ispettivi risultino occupati senza preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro, ovvero inquadrati come lavoratori autonomi occasionali in assenza delle condizioni previste, nonché in caso di gravi violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza del lavoro.

“ **Sospensione cautelare fino a 12 mesi in aggiunta alla decurtazione per violazioni gravi** ”

Nell'ambito delle gravi violazioni delle norme sulla prevenzione, per il caso di infortuni ai quali consegue la morte del lavoratore è comunque prevista la decurtazione di venti crediti; quindici per l'inabilità permanente assoluta; dieci per le malattie professionali; otto per l'inabilità parziale.

In tutti gli altri (25) casi, che vanno dall'omessa elaborazione del Documento di Valutazione dei Rischi, del piano di emergenza ed evacuazione, di quello operativo di sicurezza, all'omessa formazione e addestramento ecc. le penalizzazioni sono comprese tra uno a cinque crediti. Nei casi più gravi l'Ispettorato nazionale del lavoro può comunque anche in questo caso sospendere, in via cautelare, la patente fino a dodici mesi.

Le modalità di presentazione della domanda e i contenuti informativi della patente sono dalla legge rinviati ad un decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, da adottarsi sentito l'Ispettorato nazionale del lavoro, fermo restando che il possesso dei suindicati requisiti è autocertificato ai sensi del DPR 28 dicembre 2000, n. 445 e che, nelle more del rilascio della patente, è comunque consentito lo svolgimento delle attività, salva diversa comunicazione notificata dall'INL.

2. La verifica di congruità della manodopera

Ciò detto della patente a punti, questione che comunque evoca la necessità di controlli da parte delle stazioni appaltanti tanto in fase di esecuzione che in sede di accesso degli operatori economici alle procedure di affidamento, specie se di modesto importo, ulteriore elemento recato dall'articolo 29 del decreto-legge 19, rilevante anche per il comparto dei contratti pubblici, riguarda la mancata verifica della congruità circa l'incidenza della manodopera sull'opera complessiva realizzata.

Al riguardo dispone il comma 10 per il quale, negli appalti pubblici e privati che prevedono la realizzazione di lavori edili, prima di procedere al saldo finale dei lavori il responsabile del progetto negli appalti pubblici, cioè il RUP, o il Responsabile del procedimento per a fase di esecuzione, e il committente nel caso degli appalti privati, verificano la congruità dell'incidenza della manodopera sull'opera complessiva, nelle ipotesi e secondo le modalità di cui al decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali di cui all'articolo 8, comma 10-bis, del decreto-legge 16 luglio 2020, n.76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n.120.

Trattandosi di adempimento non nuovo, ciò che rileva è la previsione di cui al successivo comma 11 secondo la quale *negli appalti pubblici di valore complessivo pari o superiore a 150.000 euro, fermi restando i profili di responsabilità amministrativo-contabile, l'avvenuto versamento del saldo finale da parte del responsabile del progetto in assenza di esito positivo della verifica o di previa regolarizzazione della posizione da parte dell'impresa affidataria dei lavori, è considerato dalla stazione appaltante ai fini della valutazione della performance dello stesso.*

“ **Nuove conseguenze nel caso di mancata verifica negli appalti pubblici pari o superiori a 150.000 euro** ”

È, inoltre, disposto che l'esito dell'accertamento di detta violazione venga comunicato all'ANAC, anche ai fini dell'esercizio dei poteri di vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti pubblici ad essa attribuiti, ai sensi dell'articolo 222, comma 3,

lettera b), del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n.36.

In sostanza, la mancata verifica della congruità della manodopera e della conseguente eventuale regolarizzazione della posizione dell'operatore economico prima del pagamento del saldo, implica per il personale dell'amministrazione preposto al controllo, penalizzazioni di natura anche economica oltre alla segnalazione del fatto all'ANAC.

Rilievo nella valutazione di performance e segnalazione all'ANAC

Ulteriore previsione che, nell'ottica considerata, apporta chiarimenti e modifiche alla disciplina vigente riguarda l'identificazione del contratto di lavoro rilevante ai fini del corretto trattamento economico dei lavoratori impiegati nei contratti pubblici lungo l'intera filiera.

Contratti collettivi nazionali per il trattamento economico e normativo dei lavoratori.

Dispone il comma 2 dell'articolo 29 del decreto legge 19, integrando con un nuovo comma 1 bis l'articolo 29 della legge Biagi, che *al personale impiegato nell'appalto di opere (recius: lavori) o servizi e nel subappalto, spetta un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo nazionale e territoriale stipulato dalle associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicato nel settore e per la zona strettamente connessi con l'attività oggetto dell'appalto e del subappalto.*

Al riguardo è importante soprattutto la modifica apportata al testo in sede di conversione, nel senso che la norma considera, ora, i contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, in luogo di quelli maggiormente applicati nel settore e per la zona.

Rilevano i CCNL stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale

Trattasi di una precisazione non di poco conto che riporta in evidenza il tema del maggior rilievo, in termini di tutele da riconoscere agli esiti della contrattazione collettiva operata dalle organizzazioni sindacali e datoriali maggiormente rappresentative, a livello nazionale, rispetto a quelli scaturenti da una contrattazione di rilievo puramente locale o comunque meno rappresentativa, confermando e/o di fatto integrando numerose previsioni del codice dei contratti riferite al tema.

In questo senso è l'articolo 11 del decreto legislativo n.36/23 che, in aderenza a quanto in tal senso previsto anche dalla relativa legge delega, espressamente dispone, al comma 2, che il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione, che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono tenuti ad indicare nei bandi e negli inviti, è quello, riferito all'attività da svolgere, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più **rappresentative sul piano nazionale (i c.d. contratti leader)**.

Modifica legislativa che rileva, in via interpretativa, anche nell'applicazione del Codice dei contratti pubblici.

A tale obbligo ne corrisponde uno a carico degli operatori economici, che possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente; alla luce delle evocate previsioni del decreto-legge n.19/2024, si ritiene che il differente contratto prescelto non possa che rientrare tra quelli definiti leader.

La questione del contratto applicabile si estende all'intera filiera realizzativa anche nell'ipotesi di subappalti a cascata, posto che, in base al

comma 6 dell'articolo 119 del Codice dei contratti, l'appaltatore principale è responsabile in solido con il subappaltatore per gli obblighi retributivi e contributivi, con espresso richiamo all'articolo 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, deve allo scopo osservare, secondo il successivo comma 7, il trattamento economico e normativo di cui ai contratti collettivi nazionali e territoriali in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni secondo le previsioni dell'articolo 11 e nel rispetto delle disposizioni del comma 12 che richiama anche il direttore dell'esecuzione al fine di verificare l'effettiva applicazione di detta normativa.

Il comma 12 prevede infatti che il subappaltatore, da leggersi come di qualsiasi livello, per le prestazioni affidate in subappalto, debba garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto, e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, dovendo altresì applicare i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale qualora le attività **oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto, oppure riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale.**

Nell'ottica di cui il decreto-legge 19 è portatore, l'evocato richiamo ai contratti collettivi nazionali non può che leggersi come riferito ai contratti leader, come peraltro conferma il successivo comma 14 dell'articolo 119, dove è detto che per contrastare il fenomeno del lavoro sommerso irregolare, il documento unico di regolarità **contributiva è comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato.**

Tale congruità, per i lavori edili, è verificata dalla Cassa edile in base all'accordo assunto a livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del contratto collettivo nazionale comparativamente più rappresentative per l'ambito del settore edile ed il Ministero del lavoro e delle politiche sociali; per i lavori non edili è verificata in comparazione con lo specifico contratto collettivo applicato.

Le nuove norme dovrebbero, dunque, contribuire a circoscrivere il problema del riferimento, da parte degli operatori economici, a contratti collettivi con minori garanzie rispetto al trattamento riveniente dalle condizioni indicate dalle stazioni appaltanti, vincolate dall'inizio all'indicazione dei contratti leader.

Al di là dell'innegabile portata innovativa che il decreto legge 19 riveste in termini di tutela della sicurezza e delle altre garanzie a favore dei lavoratori impegnati nei cantieri privati, le integrazioni della disciplina recate anche sul versante pubblicistico testimoniano della necessità di procedere, ad un anno dalla sua adozione, su questo e su altri fronti, ad alcuni aggiustamenti delle previsioni del nuovo codice dei contratti che, senza snaturarne impostazione, logiche e principi, chiarisca quei punti che, dall'applicazione pratica, emergano come abbinabili di chiarimento operativo.

Iniziative in questo senso sembrano peraltro previste solo nella seconda metà dell'anno.

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. IV, 24/04/2024, n. 3738

Sulla fissazione dei requisiti speciali

“I requisiti speciali sono, infatti, previsti dalla singola stazione appaltante nella *lex specialis* per garantire che, in considerazione dell’oggetto e del valore del contratto, siano ammessi al procedimento comparativo esclusivamente soggetti ‘affidabili’ poiché professionalmente, finanziariamente e tecnicamente qualificati per lo svolgimento della specifica prestazione (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 27.3.2019, n. 6).

In linea generale, sul tema della scelta dei requisiti di partecipazione un consolidato orientamento giurisprudenziale ha chiarito che: “I requisiti di partecipazione ad una gara sono fissati dall’autorità amministrativa con ampia discrezionalità, sindacabile solo per manifesta arbitrarietà ed irragionevolezza.

Detto potere discrezionale, lungi dall’essere espressione di mero arbitrio dell’amministrazione aggiudicatrice, costituisce in realtà precipua attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell’azione amministrativa, predicati dall’articolo 97 Cost. e si sostanzia quindi nel poterdovere di apprestare (proprio attraverso la specifica individuazione degli specifici requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara) gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell’interesse pubblico concreto, oggetto dell’appalto da affidare.

La scelta di fissare specifici requisiti di ammissione e/o di partecipazione ad una gara pubblica (rispetto, ad esempio, a quelli minimi stabiliti dalla legge e/o a quelli presuntivamente risultanti dalla certificazione di iscrizione in un elenco ufficiale di prestatore di servizi) ai fini della dimostrazione del possesso dell’adeguata capacità economico-finanziaria è ampiamente discrezionale, impinge nel merito dell’azione amministrativa e si sottrae, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che essa non sia *ictu oculi* manifestamente irragionevole, irrazionale, arbitraria, sproporzionata, illogica e contraddittoria (in termini, Cons. Stato, V, 1° giugno 2001, n. 2973; V, 31 dicembre 2003, n. 9305; VI, 10 ottobre 2002, n. 5442)” [in questi esatti termini: Cons. Stato, sez. V, 12 gennaio 2023, n. 431; Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 116].”

Consiglio di Stato, Sez. V, 22/4/2024 n. 3663

Il principio sancito dall'art. 10, comma 3 del d.lgs. 36/2023, *"introduce certamente un favor per l'accesso al mercato ma compatibilmente con l'oggetto del contratto e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica"*

"Si evidenzia il "principio di proporzionalità contenuto nel nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36 del 2023 e segnatamente nell'art. 10 comma 3 "Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione" secondo cui "Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese". Ed invero detto disposto, come evidenziato nella relazione al Codice, introduce certamente un favor per l'accesso al mercato ma compatibilmente con l'oggetto del contratto e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica.""

Consiglio di Stato, Sez. V, 18/04/2024, n. 3522

"Non può ammettersi il soccorso istruttorio per la comprova dei requisiti"

""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" (Cons. Stato, V, 21 agosto 2023, n. 7870).

"In sede di gara pubblica non può ammettersi il soccorso istruttorio per la comprova dei requisiti, attesa non solo l'inesistenza della carenza di un elemento formale della domanda, ma anche la natura perentoria del relativo termine, con conseguenze immediatamente escludenti, laddove, al contrario, il soccorso istruttorio equivarrebbe ad una sostanziale rimessione in termini" (Cons. Stato, V, 6 dicembre 2021, n. 8148).

La "dichiarazione è stata resa dal concorrente del tutto consapevolmente, e della stessa lo stesso deve rispondere, in omaggio al principio generale di autoresponsabilità. Né, in seguito all'accertamento da parte della stazione appaltante del mancato possesso del requisito speciale di capacità tecnico professionale per come dichiarato dal concorrente nell'offerta, era esigibile l'esperimento del soccorso istruttorio, atteso che: "non è ... consentito il soccorso istruttorio attivato non tanto per integrare e chiarire la documentazione prodotta a comprova della dichiarazione, ma per rettificare il contenuto della dichiarazione medesima nella sua integralità" (Cons. Stato, V, 22 febbraio 2021, n. 1540).

Ed invero, nell'ambito del settore dell'evidenza pubblica, i principi del favor participationis e del risultato non possono mai confliggere con il principio della par condicio fra i concorrenti" (Cons. Stato, V, 12 febbraio 2024, n. 1372)."

Consiglio di Stato, Sez. IV, 15/4/2024, n. 3404*Distinzione tra opzione di proroga, proroga tecnica e rinnovo contrattuale*

“Dal punto di vista sistematico, la distinzione tra opzione di proroga e proroga tecnica, già prevista dall’art. 106, comma 11, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, è stata ulteriormente precisata dal nuovo codice dei contratti pubblici, che ha distinto le due fattispecie collocandole, rispettivamente, nel comma 10 (opzione di proroga) e nel comma 11 (proroga tecnica) dell’art. 120, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, stabilendo che il contraente originario, in entrambi i casi, è tenuto ad eseguire le prestazioni contrattuali “ai prezzi, patti e condizioni stabiliti nel contratto”, mentre solo nel caso di opzione di proroga troveranno applicazione le “condizioni di mercato ove più favorevoli per la stazione appaltante”, sempre che ciò sia previsto nei documenti di gara. Pertanto, dall’analisi del citato art. 8 del contratto di appalto, emerge la chiara sussistenza di un obbligo contrattuale di garantire il servizio oggetto di affidamento fino al subentro della nuova ditta aggiudicatrice (c.d. proroga tecnica).

Tale previsione contrattuale, peraltro, è sufficiente a rendere irrilevanti le contestazioni avanzate dalla parte resistente secondo cui, ai fini della proroga, sarebbe stato necessario un atto negoziale bilaterale, rivestito di forma scritta ed adottato dallo stesso organo che aveva la competenza a stipulare l’originario contratto.

Pertanto, deve ritenersi che l’ordinanza sindacale in esame, nella parte in cui ordina alla società appellante di eseguire temporaneamente il servizio in questione per sei mesi (fino all’11 novembre 2018) “agli stessi patti e condizioni di cui al Contratto Rep. n. 3 del 29.01.2009” con applicazione di una “clausola di risoluzione immediata in caso di avvio del servizio a seguito della gara ponte e/o del servizio unitario dell’ARO 5/LE”, sia da qualificare come un atto avente natura ricognitiva di un obbligo già discendente dal contratto, essendosi limitata a dare applicazione ad una proroga tecnica già prevista contrattualmente.

– Un’altra distinzione che assume rilievo nel caso di specie ai fini dell’applicabilità della clausola di revisione dei prezzi è quella tra proroga e rinnovo contrattuale.

In particolare, è stato precisato che “Il rinnovo contrattuale si contraddistingue, sul piano sostanziale, per la rinegoziazione del complesso delle condizioni del contratto originario, per cui deve risultare che le parti, attraverso specifiche manifestazioni di volontà, abbiano dato corso a distinti, nuovi ed autonomi rapporti giuridici, ancorché di contenuto analogo a quello originario; in assenza di tale negoziazione novativa, è qualificabile come proroga contrattuale l’accordo con cui le parti si limitano a pattuire il differimento del termine finale del rapporto, che per il resto continua ad essere regolato dall’atto originario; ed anche la circostanza che in tale accordo sia riportato il prezzo del contratto originario, che quindi rimane immutato, non costituisce affatto espressione di rinnovata volontà negoziale, ma circostanza idonea ad avvalorare ulteriormente l’intervenuta mera proroga del previgente contratto” (Cons. Stato, sez. III, 24 marzo 2022, n. 2157; Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2023, n. 1635).”

Consiglio di Stato, Sez. IV, 15/04/2024, n. 3403

Si ritiene applicabile la revisione dei prezzi alle proroghe negoziali, ma non anche ai rinnovi contrattuali

“... la distinzione tra opzione di proroga e proroga tecnica, già prevista dall’art. 106, comma 11, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, è stata ulteriormente precisata dal nuovo codice dei contratti pubblici, che ha distinto le due fattispecie collocandole, rispettivamente, nel comma 10 (opzione di proroga) e nel comma 11 (proroga tecnica) dell’art. 120, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, stabilendo che il contraente originario, in entrambi i casi, è tenuto ad eseguire le prestazioni contrattuali “ai prezzi, patti e condizioni stabiliti nel contratto”, mentre solo nel caso di opzione di proroga troveranno applicazione le “condizioni di mercato ove più favorevoli per la stazione appaltante”, sempre che ciò sia previsto nei documenti di gara.

Un’altra distinzione che assume rilievo nel caso di specie ai fini dell’applicabilità della clausola di revisione dei prezzi è quella tra proroga e rinnovo contrattuale. In particolare, è stato precisato che “Il rinnovo contrattuale si contraddistingue, sul piano sostanziale, per la rinegoziazione del complesso delle condizioni del contratto originario, per cui deve risultare che le parti, attraverso specifiche manifestazioni di volontà, abbiano dato corso a distinti, nuovi ed autonomi rapporti giuridici, ancorché di contenuto analogo a quello originario; in assenza di tale negoziazione novativa, è qualificabile come proroga contrattuale l’accordo con cui le parti si limitano a pattuire il differimento del termine finale del rapporto, che per il resto continua ad essere regolato dall’atto originario; ed anche la circostanza che in tale accordo sia riportato il prezzo del contratto originario, che quindi rimane immutato, non costituisce affatto espressione di rinnovata volontà negoziale, ma circostanza idonea ad avvalorare ulteriormente l’intervenuta mera proroga del previgente contratto” (Cons. Stato, sez. III, 24 marzo 2022, n. 2157; Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2023, n. 1635).

Inoltre, deve ritenersi consolidato l’orientamento della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato che ritiene applicabile la revisione dei prezzi alle proroghe negoziali, ma non anche ai rinnovi contrattuali: “In materia di appalti pubblici, presupposto per l’applicazione della norma di cui all’art. 115, d.lgs. n. 163 del 2006 – secondo cui tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo – è che vi sia stata mera proroga e non un rinnovo del rapporto contrattuale» (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. V, 17 luglio 2019, n. 5021; Cons. Stato, sez. III, 27 agosto 2018, n. 5059; Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2016, n. 1091).”

TAR Napoli, Sez. V, 04/04/2024, n. 2200

Presupposti per l’indizione della gara-ponte con le modalità previste dall’art. 76 D.lgs. n. 36/2023

“l’art. 76 disciplina i casi e le circostanze in cui – a prescindere che si tratti di procedure sopra-soglia ovvero sotto-soglia – è ammesso l’affidamento mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara. Tale specifica procedura, nell’ambito del Codice previgente, era trattata all’art. 63 in modo tendenzialmente analogo, individuando gli specifici e tassativi presupposti nonché i limiti entro i quali consentire il suo utilizzo. In particolare, la procedura in esame può essere utilizzata, fra l’altro, nella misura strettamente necessaria, in casi di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili per l’Amministrazione (ex multis: C.d.S., III, 26.4.2019, n. 2687), essendo a tal fine valorizzato dal dato normativo l’onere motivazionale a carico dell’amministrazione indicente, in linea con l’orientamento pacifico della giurisprudenza euro-unitaria (per tutte la sentenza della CGCE 8.4.2008, causa C-337/05) secondo cui l’adozione di scelte limitative del confronto concorrenziale si giustifica solo se sostenuta da specifica motivazione sulla sostanziale impossibilità della stazione appaltante, rigorosamente accertata, di soddisfare le proprie esigenze rivolgendosi indistintamente al mercato.”

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 147 del 20 marzo 2024
UPREC-PRE-0046-2024-S-PREC**

"In caso di modifiche significative ai documenti di gara, tali da incidere sulla platea degli operatori economici potenzialmente interessati a partecipare alla procedura o da modificare l'esito della gara, la stazione appaltante è tenuta alla ripubblicazione degli atti di gara e alla riapertura di tutti i termini previsti dalla lex specialis per la partecipazione"

"... l'Autorità, con delibera n. 5 dell'11 gennaio 2023, sebbene relativa alla normativa previgente ma ancora attuale rispetto al nuovo quadro normativo di cui al d.lgs. n. 36/2023, ha precisato che: «in presenza di modifiche significative ai documenti di gara l'art. 79, comma 3, lett. b) del d.lgs. 50/2016 prevede l'obbligo per le Stazioni appaltanti di prorogare i termini per la ricezione delle offerte, in modo che gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie alla preparazione delle offerte.

Le modifiche «sostanziali» sono quelle in grado di incidere sui requisiti rilevanti ai fini della partecipazione alla procedura di gara in modo tale da determinare (anche solo potenzialmente) un ampliamento della platea dei soggetti interessati all'affidamento dell'appalto. [...] In presenza di modifiche sostanziali, opera il cd. principio del "contrarius actus", in forza del quale dette modifiche devono avvenire con le stesse forme di pubblicità osservate in precedenza dalla Stazione appaltante per la pubblicazione del bando di gara.

Peraltro, la giurisprudenza richiede, ai fini della legittimità della procedura, una riapertura dei termini per la presentazione delle offerte, non essendo sufficiente una mera proroga del termine originario, al fine di evitare discriminazioni partecipative e distorsioni della concorrenza, in violazione del principio fondamentale di tutte le procedure concorsuali consistente nella tutela della par condicio.

La riapertura dei termini va intesa non solo come slittamento del termine per la presentazione delle offerte ma anche come automatica riapertura degli altri termini eventualmente previsti dalla lex specialis (es. il termine per effettuare il sopralluogo)» (cfr. Tar Veneto n. 940/2018 e la giurisprudenza ivi richiamata; ANAC. Delibera n. 5 dell'11 gennaio 2023); ... per giurisprudenza pacifica, confermata anche dall'Autorità (cfr. in tal senso ANAC, delibera n. n. 5 dell'11 gennaio 2023 e n. 53 dell'8 febbraio 2023), i chiarimenti resi dalla stazione appaltante nel corso di una gara d'appalto non hanno alcun contenuto provvedimentale, non potendo costituire integrazione o rettifica della lex specialis di gara (cfr., da ultimo, Cons. giust. amm. Sicilia, 8 ottobre 2021, n. 841; 20 settembre 2021, n. 806, che richiama un'ampia giurisprudenza).

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

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 151 del 26 marzo 2024
UPREC/PRE/0072/2024/S/PREC**

"Qualora la Stazione appaltante, nell'esercizio della sua discrezionalità, abbia fissato un termine entro il quale effettuare il sopralluogo e tale termine non appaia lesivo della concorrenza in quanto non manifestamente incongruo, la richiesta della visita dei luoghi tardivamente presentata dall'impresa deve ritenersi inammissibile"

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

Tali considerazioni devono ritenersi valide anche per le procedure di gara soggette al d.lgs. 36/2023, attesa l'identica formulazione, in merito al Sopralluogo, dei bandi tipo n. 1/2023 e n. 1/2021; con particolare riferimento alla tempistica del sopralluogo, l'Autorità ha ritenuto che le informazioni acquisite in sede di sopralluogo obbligatorio, in quanto necessarie ai fini della formulazione di una offerta informata e consapevole, sono da considerarsi alla stregua di informazioni complementari della lex specialis, sulle quali ciascun candidato dovrebbe essere posto nella condizione di formulare quesiti e richiedere informazioni supplementari entro il termine ultimo indicato dal bando (delibera n. 22/2021).

Sulla scorta di tale principio, in una successiva pronuncia, l'Autorità ha ritenuto che "la fissazione, con una settimana di preavviso, del sopralluogo in una data antecedente di 12 (dodici) giorni rispetto alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte non sia censurabile come contraria ai principi di correttezza, proporzionalità e parità di trattamento, perché avrebbe consentito all'operatore economico di formulare quesiti nel rispetto del termine del bando (pari a 10 giorni prima della scadenza dei termini per la presentazione delle offerte) e di ottenere risposte e informazioni supplementari entro 6 (sei) giorni prima del termine stabilito per la ricezione delle offerte, come richiesto dall'art. 79, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 come condizione per evitare la necessità della proroga di detto termine" (Delibera n. 280/2023);"

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 174 del 10 aprile 2024
UPREC-PRE-0077-2024-L**

"Appalto pubblico – Lavori – Bando di gara - Importo soggetto a ribasso – Costi della manodopera – Inclusione – Legittimità."

"Appalto pubblico – Lavori – Scelta del contraente – Procedura – Gara – Fasi – Offerta economica - Corrispettivo a misura – Ribasso – Listino prezzi unitari – Costi della manodopera – Inclusione – Legittimità – Ragioni."

"I costi della manodopera, seppur quantificati e indicati separatamente negli atti di gara, rientrano nell'importo complessivo a base di gara, su cui applicare il ribasso offerto dal concorrente per definire l'importo contrattuale.

In un appalto di lavori a misura, da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo, è legittimo applicare la percentuale di ribasso offerta dal concorrente ai costi della manodopera stimati dalla Stazione appaltante, anche considerando che, nel caso di specie, la lex specialis di gara richiedeva espressamente di indicare il ribasso sul listino dei prezzi unitari posto a base di gara, comprensivi dei suddetti costi della manodopera."

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 175 del 10 aprile 2024
UPREC-PRE-0064-2024-F-PREC - FASC. 914/2024**

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

"... è principio pacifico, valido anche con riferimento al nuovo Codice, che i chiarimenti resi dalla Stazione appaltante possono spingersi fino al limite dell'interpretazione autentica di una clausola del bando, allo scopo di rendere noto inequivocabilmente il modo di intendere la sussistenza di un requisito partecipativo previsto a pena di esclusione.

Quando, invece, il chiarimento incide sull'essenza stessa di un requisito di partecipazione alla gara esso dà vita ad una modifica non consentita delle regole alla base della selezione pubblica, trattandosi di attività che si pone in contrasto con la par condicio. Tale risultato, oltre a ledere la par condicio, contrasta anche con il principio di buona fede e legittimo affidamento riposto dai concorrenti sulla lex specialis di gara, annoverato tra i principi fondamentali del nuovo Codice e positivizzato nell'art. 5 del D.lgs. n. 36/2023; ... i chiarimenti non sono lo strumento idoneo a modificare i requisiti di partecipazione, dovendo questi essere individuati nella lex specialis fin dall'avvio della procedura. Tanto più che, nel caso di specie, tale modifica si è tradotta in una restrizione del requisito partecipativo prescritto nel disciplinare (producendo un effetto di restrizione della concorrenza) ..."

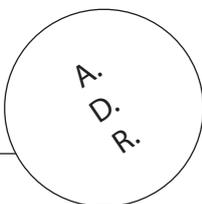
Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 195 del 23 aprile 2024****Rif.: Fasc. UESA n. ID 130/2023***Qualificazione stazioni appaltanti: Anac sospende Asmel*

Nell'espletamento della propria attività di controllo sul sistema di qualificazione e sulla veridicità delle informazioni autodichiarate dai soggetti richiedenti la qualificazione, l'ANAC ha avviato un procedimento sanzionatorio nei confronti dell'Asmel Società Consortile a responsabilità limitata conclusosi con la sospensione della qualificazione e conseguente cancellazione dall'elenco delle stazioni appaltanti dell'Asmel.

Nella **delibera ANAC del 23 aprile 2024, n.195** è stato chiarito che:

- ... "... né la ASMEL Consortile s.c. a r.l., né ASMEL Associazione, possono essere qualificate come centrali di committenza o soggetti aggregatori...";
- ... "... ASMEL scarl, a differenza di quanto sostenuto dalla società, non è stata documentalmente costituita esclusivamente da soci pubblici. Nel caso di specie non si tratta di una unione o associazione di enti locali disciplinata dal T.U.E.L. ma di una struttura "ibrida", che, seppure in mano pubblica, rimane formalmente e sostanzialmente privata in quanto risulta controllata per Statuto da una associazione di diritto privato...";
- ... "...in assenza quantomeno dei presupposti per essere definita società in house, Asmel scarl non può essere inserita all'interno delle amministrazioni aggiudicatrici/enti aggiudicatori abilitati a svolgere la funzione centralizzata di committenza in favore di altri soggetti...".

A Domanda Rispondiamo



1

E' consentito in fase di soccorso istruttorio integrare i requisiti minimi di partecipazione alla gara?

"In sede di gara pubblica non può ammettersi il soccorso istruttorio per la comprova dei requisiti, attesa non solo l'inesistenza della carenza di un elemento formale della domanda, ma anche la natura perentoria del relativo termine, con conseguenze immediatamente escludenti, laddove, al contrario, il soccorso istruttorio equivarrebbe ad una sostanziale rimessione in termini" (Cons. Stato, V, 6 dicembre 2021, n. 8148).

La "dichiarazione è stata resa dal concorrente del tutto consapevolmente, e della stessa lo stesso deve rispondere, in omaggio al principio generale di autoreponsabilità. Nell'ambito del settore dell'evidenza pubblica, i principi del favor participationis e del risultato non possono mai confliggere con il principio della par condicio fra i concorrenti" (**Cons. Stato, V, 12 febbraio 2024, n. 1372**).

2

La nomina del coordinatore per la sicurezza è da ritenersi obbligatoria per i lavori di importo superiore al milione?

Con il parere n. 2459 /2024 il Mit ha chiarito che nelle gare di lavori sopra il milione di euro è obbligatoria la nomina di un coordinatore della sicurezza differente dal direttore dei lavori. Diversamente invece nel caso di gare sotto la soglia indicata, tale ruolo potrà essere ricoperto anche dal direttore dei lavori purchè in possesso dei requisiti previsti in materia di sicurezza.

Tale interpretazione trova riscontro anche nella Relazione Illustrativa al Codice, nella quale si legge, che "si è invece mantenuta la previsione delle funzioni di coordinamento per la sicurezza in fase esecutiva. Considerata l'importanza di tali funzioni se ne è limitata l'attribuzione al direttore dei lavori soltanto nei lavori inferiori alla soglia di un milione di euro, dovendosi, per i lavori di maggiore entità (così come per il caso di lavori complessi e per il caso di rischi di interferenze, specificati nello stesso comma), nominare un'apposita figura ai sensi dell'art. 92, comma 1, del decreto legislativo n. 81 del 2008.

3

La stazione appaltante può determinare l'aggiudicazione efficace e quindi procedere alla stipula del contratto nel caso in cui non riesca ad acquisire, entro 30 giorni, i certificati attestanti il possesso dei requisiti di carattere generale?

L'ANAC nei pareri n. 57/2023 e il 57-bis/2023 ha precisato che è solo all'esito del positivo riscontro del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario, che diverrà possibile procedere alla stipula del contratto.

Ai sensi dell'art. 17 comma 5 del codice "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."

Pertanto, in caso di inutile decorso del suddetto termine generale di 30 giorni, la procedura rimane ferma e l'eventuale aggiudicazione non acquista efficacia fintanto che non perviene la documentazione richiesta, la quale può essere comunque sollecitata.

Tuttavia, come rilevato dal qualcuno in dottrina, ai sensi dell'art. 17 bis Legge 241/90, l'istituto del silenzio assenso tra PPAA, ivi disciplinato, non opera "nei casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi."

La Direttiva UE 24/2014, all'art. 73 lett. B), prevede quanto segue: "Gli Stati membri assicurano che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la possibilità, almeno nelle seguenti circostanze e alle condizioni stabilite dal diritto nazionale applicabile, di risolvere un contratto pubblico durante il periodo di validità dello stesso, qualora ... l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di cui all'articolo 57, paragrafo 1, e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura d'appalto".

E' la stessa normativa comunitaria a prevedere l'eventualità che la stazione appaltante aggiudichi

l'appalto quando ancora non ha certezza in merito all'effettivo possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario, e quindi l'eventualità che il non possesso di questi ultimi venga scoperto solo successivamente all'aggiudicazione.

Pertanto, è la stessa normativa comunitaria a prevedere la legittimità di un'aggiudicazione che sia stata disposta dalla stazione appaltante senza previa verifica dei requisiti, e ciò è proprio quel che avviene nel caso in cui l'Ente preposto (Agenzia Entrate, Procura, Ispettorato del Lavoro, etc.) non abbia rilasciato alla stessa stazione, entro 30 gg., il certificato attestante il possesso dei medesimi.

Di conseguenza, è la stessa normativa comunitaria a non richiedere, nei rapporti tra PPAA, l'adozione di un provvedimento espresso da parte della PA certificante. Per tale ragione, parrebbe pienamente legittimo l'utilizzo, da parte della stazione appaltante, dell'istituto del silenzio assenso ex art. 17 bis Legge 241/90 nel caso in cui l'Ente certificante non abbia fornito riscontro, entro 30 gg., alla richiesta di verifica dei requisiti previsti dal Codice.

4

La prossimità territoriale può essere considerata come criterio qualificativo della partecipazione ad una procedura d'appalto?

L'ANAC con delibera del 10/01/2024, ha negato la legittimità della clausola territoriale come requisito di qualificazione in quanto limitativo della partecipazione degli operatori economici.

La prossimità territoriale può essere considerata però come requisito premiale per l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo in sede di valutazione delle offerte, infatti, il nuovo Codice dei Contratti Pubblici nell'ambito dei criteri di aggiudicazione degli appalti introduce all'articolo 108 comma 7 il principio di prossimità al fine di garantire una maggiore efficienza dell'esecuzione dell'appalto.

5

Il termine stabilito per l'adempimento del soccorso istruttorio può scadere in un giorno festivo?

Il Tar Lazio ricorda che i criteri di computo dei termini del procedimento amministrativo siano quelli che si rinvengono nella disciplina generale dettata dagli artt. 155 ss. c.p.c. e 2963 c.c.

Pertanto, il termine va calcolato escludendo il dies a quo e comprendendo il dies a quem e con la proroga di diritto della scadenza nel giorno festivo al giorno lavorativo seguente, tenendo conto che l'art. 155 c.p.c. equipara il sabato ad un giorno festivo".

Nella sentenza si legge infatti quanto segue: "*Tale termine di dieci giorni, entro il quale l'impresa concorrente è tenuta ad ottemperare alla richiesta della stazione appaltante ha carattere perentorio, per cui la sua inosservanza determina l'esclusione del concorrente interessato. Tuttavia, i criteri di computo dei termini del procedimento amministrativo sono quelli che si rinvengono nella disciplina generale dettata dagli artt. 155 ss. c.p.c. e 2963 c.c. Pertanto, il termine va calcolato escludendo il dies a quo e comprendendo il dies a quem e con la proroga di diritto della scadenza nel giorno festivo al giorno lavorativo seguente, tenendo conto che l'art. 155 c.p.c. equipara il sabato ad un giorno festivo" (T.A.R. Napoli n. 661/2012)".*

6

Che differenza tra il costo medio orario e i minimi salariali ai fini della valutazione della congruità?

Il Tar Umbria è intervenuta per precisare che i costi medi della manodopera, indicati nelle tabelle (ministeriali), hanno una funzione meramente indicativa, esprimendo un costo del lavoro medio, ricostruito su basi statistiche, per cui esse non rappresentano un limite inderogabile per gli operatori economici partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici, ma solo un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che lo scostamento da esse, specie se di lieve entità, non legittima di per sé un giudizio di anomalia (Consiglio di Stato, V, 6 febbraio 2017, n. 501; altresì, sez. III, 13 marzo 2018, n. 1609; III, 21 luglio 2017 n. 3623; 25 novembre 2016, n. 4989). Ciò che invece non può essere derogato sono i minimi salariali della contrattazione collettiva nazionale, sui quali non sono ammesse giustificazioni» (T.A.R. Piemonte, sez. I, 23 novembre 2023, n. 754).

7

La presentazione di una domanda di concordato in bianco o con riserva impedisce all'operatore economico di partecipare ad una procedura di gara?

Con sentenza n. 8715 del 06/10/2023 il Consiglio di Stato ribadisce i principi espressi dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 9/2021, secondo cui la presentazione di una domanda di concordato in bianco o con riserva non può considerarsi causa di automatica di esclusione.

I principi dell'Adunanza Plenaria trovano oggi esplicito riconoscimento normativo nell'ambito dell'art. 94, comma 5, lett. d) del nuovo Codice dei contratti pubblici, secondo cui le Stazioni appaltanti possono escludere: "d) *l'operatore economico che sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o nei cui confronti sia in corso un procedimento per l'accesso a una di tali procedure, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, dall'articolo 186-bis, comma 5, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e dall'articolo 124 del presente codice. L'esclusione non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, sono stati adottati i provvedimenti di cui all'articolo 186-bis, comma 4, del regio decreto n. 267 del 1942 e all'articolo 95, commi 3 e 4, del codice di cui al decreto legislativo n. 14 del 2019, a meno che non intervengano ulteriori circostanze escludenti relative alle procedure concorsuali*".

Ne deriva che l'autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara pubblica deve intervenire entro il momento dell'aggiudicazione della stessa, non occorrendo che in tale momento l'impresa, inclusa quella che ha presentato domanda di concordato in bianco o con riserva, sia anche già stata ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale.

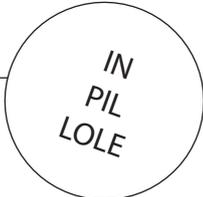
8

Negli affidamenti diretti la Stazione Appaltante è tenuta ad indicare i costi della manodopera ai sensi dell'art. 41 comma 14 del codice o è sufficiente la sola indicazione dei costi da parte dell'offerente ma senza una preventiva stima da parte della Stazione Appaltante?

L'art. 48 comma 4 del codice dei contratti pubblici prevede "ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate dalla presente Parte, le disposizioni del codice".

Pertanto l'art. 41 comma 14 trova applicazione anche negli affidamenti diretti in quanto la norma esprime un principio generale – quale la tutela dei lavoratori – che deve essere comunque rispettato **(Cfr. Parere MIT. MIT n. 2398/2024)**.

Il responsabile di fase nella fase dell'affidamento



IN
PIL
LOLE

Il codice dei Contratti pubblici (d.lgs. 36/2023) all'art 15 comma 4 rubricato "Responsabile unico del progetto" svela una figura inedita rispetto al vecchio codice (d.lgs 50/2016) quale quella del responsabile di fase ed è interessante cercare di capire sotto il profilo pratico, quali siano le sue competenze soprattutto nella fase dell'affidamento. Partendo dalla disamina dell'articolo suddetto, che sostituisce il pregresso riferimento normativo relativo al RUP (art 31 del codice del 2016), si evince la possibilità di individuare/nominare quasi un "alter ego" del RUP al fine di rendere lo svolgimento delle sue funzioni tali da rispettare gli obiettivi connessi al suo incarico.

Che cosa viene descritto dall'art 15? Che la stazione appaltante può nominare su richiesta espressa del RUP, un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione, esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase dell'affidamento. Possiamo notare come in

realtà, non viene tolto o aggiunto nessun potere o compito "nuovo" al RUP in quanto si ribadisce la sua autenticità, unicità chiarendo che in capo allo stesso, permangono le funzioni principali di supervisione, indirizzo e coordinamento.

Sempre lo stesso articolo ai commi 2 e 3 conferma quanto già richiamato dal vecchio codice ovvero, che il RUP venga nominato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente tra i propri dipendenti, preferibilmente in servizio presso l'unità organizzativa titolare del potere di spesa e che siano in possesso di adeguate competenze professionali e dei requisiti di cui all'allegato II.2; il comma 1, invece, conferma questo cambio di denominazione da "Responsabile Unico del Procedimento" a "Responsabile unico di Progetto" che ha il compito di curare l'intervento pubblico in tutte le sue fasi (programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione) di cui lo stesso RUP è tenuto ad assicurare l'integrale completamento.

Alla luce delle disposizioni normative rinvenute nell'articolo 15 possiamo notare come non vengano indicati in maniera precisa chi siano i responsabili della fase dell'affidamento quali sono le loro competenze specialistiche, quali sono i loro compiti specifici.

Certo è che il codice non entra nel dettaglio nel delineare tali aspetti, però attraverso la disamina di diverse disposizioni normative, si potrebbe costruire un quadro generale.

Innanzitutto, l'art 34 comma 16 della legge regionale della Sardegna n.8/2018 già prevedeva che i responsabili della fase dell'affidamento devono essere dipendenti con formazione in materia giuridico-amministrative economiche o equipollenti ad elevata competenza nel settore della contrattualistica pubblica.

E' chiaro che, nel caso del responsabile dell'affidamento il soggetto oltre ad avere un'esperienza in tema appalti pubblici dovrà avere una preparazione soprattutto di tipo amministrativo; nel caso del responsabile delle fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione è indubbio che la competenza debba essere anche di tipo tecnico.

Dalla lettura dell'allegato I.2 gli articoli 6,7 e 8 già ci dicono che i responsabili di fase, lì dove nominati, possono provvedere:

- alla sottoscrizione della validazione del progetto posto a base di gara unitamente al RUP, facendo riferimento al rapporto conclusivo redatto dal soggetto preposto alla verifica, e alle eventuali controdeduzioni del progettista;
- all'acquisizione del CIG in luogo del RUP (art. 6 comma 2 lett. I);
- alla verifica della documentazione amministrativa in luogo del RUP e qualora non sia costituito un apposito ufficio o servizio a ciò deputato, sulla base delle disposizioni organizzative proprie della stazione appaltante (art. 7, comma 1, lett. a);

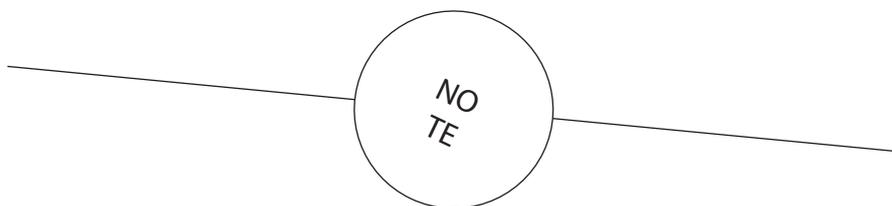
Anche il TAR Calabria n.782/2023 contribuisce a fornirci degli strumenti utili per poter delineare compiti ed attribuzioni del responsabile della fase dell'affidamento, sicuramente attraverso la lettura del caso di specie il ruolo del responsabile appare di tipo istruttorio/propositivo e si risolve nella

presentazione di proposte/soluzioni adottabili - per esempio sulla procedura da dover utilizzare, nel caso del responsabile di fase per l'affidamento, rimessa ad apprezzamento del RUP -che devono essere presentate al responsabile unico di progetto.

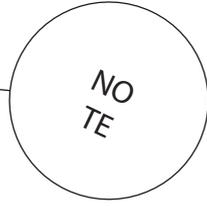
Il responsabile della fase dell'affidamento, ad esempio potrebbe predisporre la proposta di esclusione dalla gara per il RUP e quest'ultimo poterla adottare direttamente.

Difatti, in riferimento a tale osservazione, il recente intervento del TAR Abruzzo, con l'ordinanza n.74/2024 ha ritenuto valido il provvedimento di esclusione adottato dal responsabile di fase di affidamento ma solo perché ratificato dal RUP.

Emerge quindi una sorta di autonomia/non autonomia nell'espletare le proprie funzioni da parte del responsabile della fase dell'affidamento di certo ciò che è chiaro che alla base ci debba essere un continuo "dialogo", scambio di informazioni affinché il responsabile di fase acquisisca la sua piena autonomia tale da attribuire valore aggiunto all'iter dell'attività contrattuale.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



A series of 20 horizontal dotted lines spanning the width of the page, intended for taking notes.



MEDIAAPPALTI

Guida pratica in materia di appalti pubblici

Mediappalti ora è disponibile on line

Abbonati su www.mediappalti.it

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

MEDIAAPPALTI

Publicità: pubblicita@mediappalti.it

Servizio Abbonamenti: abbonamenti@mediappalti.it

**Medi
Graphic**

Redazione: Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)

Tel. 0883.527171 - Mail: redazione@mediappalti.it

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

maggio
2024

allegato alla Rivista mensile
MediAppalti

sommario

Legittimità dell'intervento su bene altrui (con fondi propri) Corte dei Conti, sezione Lombardia n. 73/2024

1. Il quesito
2. Il riscontro

3

Calcolo degli incentivi tra il codice del 2016 ed il nuovo impianto normativo Corte dei Conti, sezione regionale Lombardia n. 88/2024

1. I quesiti
2. Il riscontro della stazione appaltante (o meglio il non riscontro)
3. Tra vecchio e nuovo codice
4. Incentivi per servizi e forniture

4

Gli incentivi per funzioni tecniche nelle concessioni Corte dei Conti, sez. reg. Molise, deliberazione n. 5/2024

1. I quesiti
2. Incentivi e concessioni
3. Come si calcola l'incentivo nella concessione

7

Legittimità dell'intervento su bene altrui (con fondi propri)

Il quesito

Un comune lombardo pone alla sezione un quesito sull'ammissibilità dell'erogazione di un contributo di € 200.000,00 in favore della scuola per l'infanzia (...) per un intervento di adeguamento e ristrutturazione della struttura". A corredo del parere si evidenzia che è intendimento del servizio di ampliare l'offerta formativa realizzando un unico polo per servizi di bambini da 0 a 6 anni e per detto scopo la scuola ha avanzato la richiesta di un contributo di 200 mila euro.

L'ente istante, inoltre, evidenzia ulteriori particolarità che sono alla base del "non" riscontro da parte della sezione.

In primo luogo, l'ente si trova in disavanzo e, in particolare, il bene non è di proprietà del comune istante. A quanto si aggiunge che il servizio riveste una certa rilevanza per la comunità.

Il riscontro

Come detto la sezione non si pronuncia ritenendo il quesito, sotto il profilo oggettivo, non generale ed astratto. Sotto il profilo pratico però è possibile cimentarsi in un riscontro (su una questione che normalmente investe sia gli uffici tecnici sia i servizi finanziari) sul caso degli interventi con proprie risorse su un bene che non appartiene alla stazione appaltante.

È bene annotare, in generale, che un intervento con risorse della "comunità" su un bene che non appartiene a "questa" oggettivamente ha delle delicatissime implicazioni. L'intervento in parola, infatti, non genera neppure un incremento patrimoniale (sull'inventario della stazione appaltante) e d'altra parte comporta un esborso di denaro pubblico.

Cosa diversa, ovviamente, e quindi con risposta positiva nell'ipotesi in cui sia stato concesso uno specifico finanziamento.

Calcolo degli incentivi tra il codice del 2016 ed il nuovo impianto normativo

I quesiti

Il Sindaco del Comune di (...) ha rivolto alla Sezione una richiesta di parere, contenente i seguenti due quesiti:

Il primo è se "l'art. 113 D.Lgs. 50/2016 e l'art. 45 D.Lgs. 36/2023 possano essere interpretati nel senso di comprendere nella base di calcolo degli incentivi per le funzioni tecniche, oltre all'importo dei lavori pubblici, altresì l'importo necessario all'acquisizione immobili propedeutica alla realizzazione dell'opera, al fine di incentivare l'attività tecnica di gestione della procedura espropriativa, ovvero se tale attività tecnica sia da incentivare tra le attività del RUP con il fondo calcolato sul solo importo dei lavori pubblici per la realizzazione dell'opera";

Il secondo "se l'art. 113 D.Lgs. 50/2016 e l'art. 45 D.Lgs. 36/2023 possano essere interpretati nel senso di comprendere tra i servizi di particolare complessità che richiedono la nomina del direttore dell'esecuzione e siano quindi incentivabili, in assenza di indici di complessità diversi dall'importo, anche i servizi ad esecuzione continuativa o periodica di importo annuo inferiore a 500.000 euro che tuttavia superino complessivamente l'importo di 500.000 euro in quanto appaltati per più annualità".

Si tratta pertanto di questioni relative al pregresso codice ma che possono essere analizzate anche alla luce delle nuove previsioni normative (art. 45 del nuovo codice dei contratti).

Il riscontro della stazione appaltante (o meglio il non riscontro)

La sezione ritiene di non poter riscontrare le questioni poste per il fatto "che tanto la definizione delle (o di) modalità di incentivazione del personale addetto agli espropri propedeutici alla realizzazione di lavori (primo quesito), quanto l'individuazione degli interventi di particolare complessità necessitanti la nomina di un direttore dell'esecuzione (secondo quesito) risultano strettamente rimessi all'autonomia regolamentare dell'ente, da esercitarsi in conformità a un quadro normativo che, soprattutto nella nuova codificazione della materia, come già rilevato, appare di per sé chiaro e dettagliato (cfr. art. 8, comma 4, Allegato I.2 al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36; art. 114, comma 8, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36; articolo 32, Allegato II.14 al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36)".

Secondo la Corte, pertanto, è la stazione appaltante che deve affrontare e risolvere dette tematiche (poste) alla luce delle prerogative regolamentari.

A margine non si può non rammentare che l'articolo 45 del codice non prevede più il regolamento interno ma un non ben identificato atto a valenza generale.

Chi scrive ritiene che le stazioni appaltanti/enti concedenti non debbano discostarsi dalle dinamiche tradizionali adottando comunque un regolamento sul riparto – ed i criteri sono oggetto di contrattazione in delegazione trattante – ed erogazione degli incentivi per funzioni tecniche.

Nonostante il mancato riscontro si ritiene che agli stessi quesiti, visto la dinamica generale, si possa dare comunque una risposta.

Tra vecchio e nuovo codice

Circa il primo quesito ovvero se per la base di calcolo degli incentivi si possa considerare, per compensare le funzioni tecniche, "oltre all'importo dei lavori pubblici, altresì l'importo necessario all'acquisizione immobili propedeutica alla realizzazione dell'opera" la risposta sia sotto il pregresso codice sia sotto l'egida del nuovo impianto normativo, deve essere per forza negativa.

Ciò emerge chiaramente dall'articolo 113 in cui si parla di base di gara, si richiede pertanto un autentico appalto ed è quello il valore di riferimento su cui calcolare la percentuale dell'intervento (non superiore al 2%).

Analogo riscontro però si deve dare anche alla luce del nuovo codice. L'articolo 45 si esprime in termini di base di affidamento (non più di gara) ma sotto il profilo sostanziale nulla cambia le funzioni incentivate (ora nell'allegato I.10) sono funzioni tecniche legate alla programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione del contratto d'appalto o di concessione.

Incentivi per servizi e forniture

Diversa la questione sugli incentivi per servizi e forniture tra vecchio e nuovo codice. Per il pregresso codice (linee guida ANAC n.3) oltre alla nomina del direttore dell'esecuzione si esige una dimensione importante dell'appalto (almeno 500 mila euro) oppure particolari complessità.

Questi ultimi dovevano però essere oggettivi e preventivamente definiti nel regolamento interno e con accordo tra soggetti interessati e soggetti deputati al controllo (ad esempio il responsabile del personale).

Oggi, l'art. 32 dell'allegato II.14 per una serie di servizi espressamente elencati consente l'incentivo anche nel sottosoglia con l'obbligo della nomina del direttore dell'esecuzione.

Mentre per le forniture lascia la soglia dei 500mila euro. Anche le nuove norme fanno riferimento a complessità tali da imporre la nomina del DEC (a prescindere dall'importo) ma è chiaro che tali indici devono essere condivisi all'interno della stazione appaltante evitando "fughe in avanti".

Gli incentivi per funzioni tecniche nelle concessioni

I quesiti

Un comune della regione chiede alla sezione della Corte di «fornire le indicazioni in merito alle incentivazioni delle funzioni tecniche nel caso delle concessioni [...]». Nella deliberazione si legge che «i contenuti dell'istanza trovano maggiore dettaglio se collegati all'affermazione, premessa alle conclusioni, secondo cui «la materia degli incentivi alle funzioni tecniche per le concessioni e per il partenariato pubblico-privato» sarebbe stata oggetto di diverse interpretazioni delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti «sia per quanto riguarda l'ammissibilità di tale incentivo per le concessioni, sia per quanto riguarda le relative modalità di calcolo ed in particolare se il valore dell'incentivo (2%) deve essere parametrato in relazione al valore della concessione, ovvero al solo valore del canone corrisposto dal concessionario».

Pertanto, l'oggetto della richiesta può essere riportato ai seguenti quesiti:

- a) applicabilità dell'istituto degli incentivi alle funzioni tecniche alle concessioni;
- b) se la base di calcolo dell'incentivo deve individuarsi nel valore stimato delle concessioni ovvero nell'eventuale importo del corrispettivo posto a carico del concessionario.

La sezione risponde solo al primo dei quesiti e non anche al secondo (inammissibilità oggettiva) a cui si fornisce comunque un riscontro pratico/operativo da parte di chi scrive.

Incentivi e concessioni

Nella deliberazione si ricorda uno dei tratti distintivi tra pregresso articolo 113 (del codice del 2016) ed attuale articolo 45 del nuovo codice dei contratti.

Mentre nel pregresso non si potevano erogare incentivi per le concessioni considerato che la norma si esprimeva con riferimento alla gara, questo è possibile (l'erogazione degli incentivi) con il nuovo codice.

In delibera si legge che "gli elementi differenziali tra le disposizioni attengono innanzitutto al profilo soggettivo. In particolare, l'articolo 45, nei suoi primi tre commi, per ben quattro volte discorre, riguardo ai soggetti legittimati ad attivare le procedure di affidamento, di "stazioni appaltanti" e di "enti concedenti".

In tal senso la nuova formulazione normativa si distingue nettamente dalla precedente: il previgente art. 113 del D.Lgs. 50/2016, al primo comma, si limitava a evocare le sole "stazioni appaltanti".

Le nozioni richiamate sono chiarite nell'allegato I.1 ("Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti") al nuovo codice, che definisce i due soggetti indicati nell'art. 45 nei termini seguenti: a) «stazione appaltante», qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice; b) «ente concedente», qualsiasi amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero altro soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di concessione di lavori o di servizi e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice».

La definizione di "ente concedente" è ripresa nell'art. 174, comma 2, del codice, ove si afferma che: «Per ente concedente, ai sensi della lettera a) del comma 1, si intendono le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori di cui all'articolo 1 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014" ("Direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione")».

Pertanto, tali elementi testuali attestano in modo inequivoco l'intento del legislatore di applicare le previsioni dell'articolo 45 anche ai contratti di concessione.

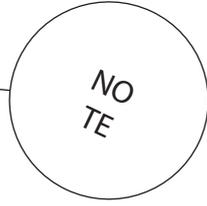
Come si calcola l'incentivo nella concessione?

Sul secondo quesito, come anticipato, la sezione non risponde. È bene però cimentarsi nel riscontro. Il quesito mira ad avere informazioni sulle modalità di individuazione dell'incentivo in caso di concessione e più nel dettaglio "se la base di calcolo dell'incentivo deve individuarsi nel valore stimato delle concessioni ovvero nell'eventuale importo del corrispettivo posto a carico del concessionario".

Il riscontro non si può che desumere dal dato normativo contenuto nell'articolo 45 in cui si precisa che il 2% deve essere calcolato sulla **base di affidamento**.

Nella concessione, evidentemente, la base di affidamento non è il valore stimato della concessione ma, caso mai, il canone eventualmente richiesto (normalmente si richiede un rialzo sul predetto).

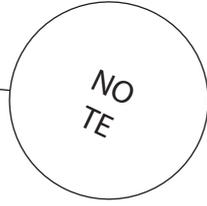
Il valore stimato della concessione è il valore del fatturato del concessionario come chiarito dall'art. 179 del nuovo codice dei contratti e non costituisce quindi il parametro per individuare l'incentivo che caso mai è un costo per la stazione appaltante ma non per il concessionario (per il quale si misura il fatturato potenziale) .



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.