

Rivista mensile - Anno XIV, Numero 4

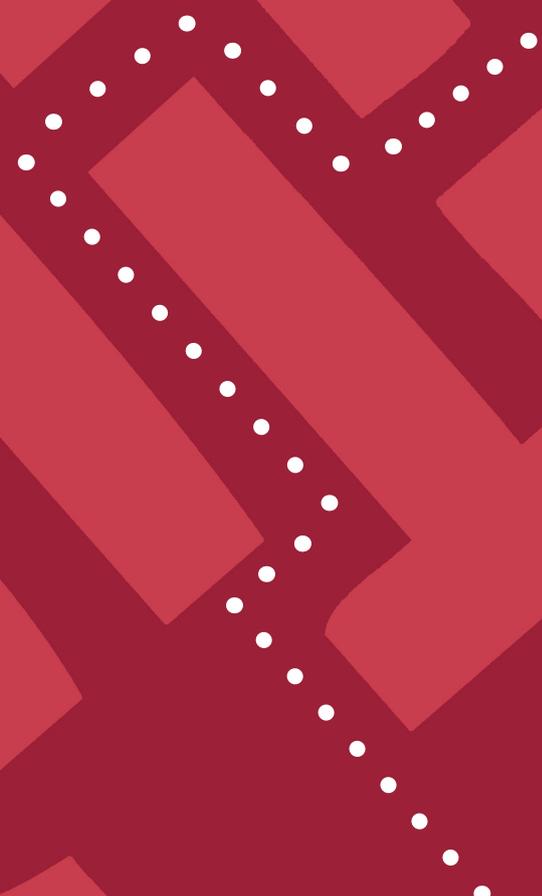
giugno
2024

MEDIA APPALTI

Le clausole sociali nei bandi di gara e negli avvisi. I criteri di sostenibilità ambientale. Applicazione nelle procedure di gara e di affidamento

La struttura di supporto nel nuovo codice dei contratti

L'avvalimento premiale nel D.Lgs. n. 36/2023



“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

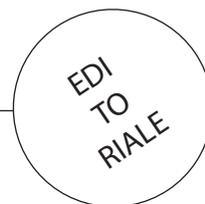


approfondimento aggiornamento giurisprudenza informazione consulenza normativa



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

**giugno
2024**



Il Valore

Esisteva un tariffario. Era già tutto stabilito. Tutti si attenevano a quei prezzi. Non era ammesso applicarne di differenti. Nessun rincaro e nessuno sconto. A ogni specifica prestazione corrispondeva un determinata remunerazione. Ed esisteva la certezza che qualsiasi professionista sarebbe stato scelto, la sua prestazione sarebbe stata qualitativamente identica a quella offerta da un altro specialista dello stesso settore.

Il sistema era di una perfezione talmente innaturale che non esisteva.

L'umanità non è un posto perfetto. Non lo sarà mai. Del resto, è proprio l'imperfezione che ci rende umani. Alla costante ricerca di un equilibrio che fattori indipendenti dalla nostra volontà non permettono di palesarsi.

Nello scenario descritto tutto è semplificato. Una stazione appaltante deve commissionare un lavoro o un servizio? Basta scorrere l'elenco dei professionisti disponibili e sceglierne uno. Fatto. Nessun margine di errore. Nessun dubbio sul prezzo. Nessun sospetto di corruzione.

Tale perfezione, oltre ad essere innaturale, contrasterebbe con i principi di un sistema che si basa sulla libera concorrenza. Che cosa accadrebbe se tutto fosse predeterminato? Se fosse abolito qualsiasi incentivo a fare meglio degli altri e assicurarsi un compenso più remunerativo, assisteremmo a un appiattimento delle prestazioni.

Nessuno avrebbe interesse a offrire un servizio che possa distinguere il proprio operato rispetto a quello di un potenziale concorrente.

Il compenso non può essere fissato univocamente. Predeterminato. Universale. Semmai deve essere equo, proporzionato alla natura del servizio offerto, in linea con le energie e i tempi necessari per eseguirlo. È quanto stabilisce la Legge 49 del 2023 che all'articolo 1 afferma che l'equo compenso deve essere "proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale".

Cosa tutela questa legge? Difende i professionisti da un deprezzamento delle proprie prestazioni, li mette al riparo da speculazioni e indebite richieste.

Si pone quale baluardo a garanzia del rispetto del lavoro. E, chiarisce l'articolo 2 al comma 3 in tema di ambito di applicazione che "le disposizioni della presente legge si applicano altresì alle prestazioni rese dai professionisti in favore della pubblica amministrazione".

Chiaro. Tutti d'accordo? No. Nella nota che il 19 aprile scorso, l'ANAC ha indirizzato al Ministero dell'Economia e al Ministero delle Infrastrutture, si assume una postura contraria all'applicazione dell'equo compenso definito dalla L. 49/23 nel ramo degli appalti pubblici. "La previsione di tariffe minime non soggette a ribasso rischia di porsi in contrasto con il Diritto Euro-Unitario, che impone di tutelare la concorrenza".

È probabilmente l'idea dominante di concorrenza che andrebbe riformulata. Non può essere ricondotta e ridotta al solo aspetto economico.

Generalisticamente si ritiene giusto fare concorrenza operando sui prezzi. Idealmente sarebbe meglio auspicare a una concorrenza che tenga conto della qualità. Che non si limiti ai prezzi ma che esalti il valore.

Dove ci ha portato la valutazione quasi esclusiva delle spese? Dove ci ha condotto il sistema del ribasso? Alla concorrenza tra operatori che hanno offerto prestazioni economicamente convenienti che poi si sono rilevate qualitativamente scadenti.

Un'esperienza di cui, probabilmente, non si riesce a fare del tutto tesoro. Che ancora non ci porta a considerare che ci possono essere altri parametri che possono orientare le scelte che quotidianamente compiamo.

L'ipotetico scenario descritto in apertura e quello realistico della libera concorrenza, hanno questo in comune: sono fossilizzati sul prezzo.

Questo esclusivo riferimento al prezzo non ci permette di soffermarci sul valore. Il valore dell'opera. Il valore del lavoro necessario per eseguirla.

"Oggi la gente conosce il prezzo di tutto e il valore di nulla" affermava Oscar Wilde.

Confrontare differenti proposte di prezzo è un esercizio che sappiamo fare tutti. È immediato.

Necessita di poche conoscenze tecniche. Indagare sul valore di quanto ci viene proposto è più complicato, ammettiamolo.

Ma vogliamo escludere questa strada solo perché meno comoda? Il valore di un progetto lo si comincia a comprendere, ad esempio, indagando sulla fattibilità di un progetto e sulla congruità degli investimenti preventivati. Lo si evince, come recita l'art. 1 della Legge 49/23, facendo riferimento "alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale".

Tra le argomentazioni assunte dall'ANAC per giustificare una posizione avversa all'equo compenso, il sostenere che "l'eventuale limitazione alle sole spese generali o all'elemento qualitativo rischierebbe di introdurre di fatto una barriera all'ingresso per gli operatori, più giovani, meno strutturati e di minore esperienza".

Un'asserzione che ammette l'esistenza di discriminazioni basate sull'anagrafica dei professionisti. Un rischio che, però, non dovrebbe sussistere se è vero che la stessa ANAC, con delibera N. 358 del 20 luglio 2023 ha dichiarato che "nell'ambito del concorso di progettazione, la regola dell'anonimato sancita dall'art. 155, comma 4 del d.lgs. 50/2016, deve essere garantita nel momento valutativo degli elaborati progettuali, i quali non devono essere in alcun modo riconducibili all'autore degli stessi".

Quindi, su questo piano, non esisterebbero pericoli di penalizzazione dei giovani. Se fosse veramente questa la causa del divergere, l'equo compenso come previsto dalla L. 49/23 sarebbe salvo.

Il valore potrebbe cominciare a emanciparsi dal prezzo. Ma la strada non è così liscia e si invoca da parte della stessa Anticorruzione un "urgente intervento interpretativo".

Quanto tempo si dovrà attendere prima di avere una risposta? Dipende dal valore che si intenderà dare alla questione.

di Enzo De Gennaro

sommario

Editoriale

Il Valore

4

In evidenza

La struttura di supporto nel nuovo codice dei contratti

7

Sotto la lente

La sovrapposizione (oppure superproduzione) di pareri sulla questione delle procedure ordinarie per gli affidamenti sottosoglia

13

Il Punto

Gli effetti delle impugnative dell'aggiudicazione sulla stipula dei contratti nel nuovo codice

17

L'avalimento premiale nel D.Lgs. n. 36/2023

24

Introduzione al principio DNSH Do No Significant Harm

31

Le clausole sociali nei bandi di gara e negli avvisi. I criteri di sostenibilità ambientale. Applicazione nelle procedure di gara e di affidamento

37

Pareri & Sentenze

45

A Domanda Rispondiamo

51

In pillole

55

Hanno collaborato a questo numero:

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

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

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

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

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

Editore:
Mediagraphic s.r.l.

Dott.ssa Elena Canciani
Esperto PNRR e PNC, Project Manager

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

Dott.ssa Enrica Violante
Consulente in diritto degli appalti pubblici

Dott.ssa Liliana Simeone
Consulente in diritto degli appalti pubblici

La struttura di supporto nel nuovo codice dei contratti

di Stefano Usai

IN
EVIDENZA

Premessa

L'articolo 15 comma 6 precisa che "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono istituire una struttura di supporto al RUP, e possono destinare risorse finanziarie non superiori all'1 per cento dell'importo posto a base di gara per l'affidamento diretto da parte del RUP di incarichi di assistenza al medesimo".

La disposizione, se chiara nel primo periodo risulta meno comprensibile – se collegata alla struttura di supporto -, nel suo momento finale/conclusivo.

Nella prima precisazione – rispetto alla pregressa disposizione contenuta nel comma 9 dell'articolo 31 viene meno il riferimento alla stabilità della struttura in argomento.

La pregressa previsione, oggettivamente, oltre a riferimenti ovvi pretendeva di condurre anche l'operato della stazione appaltante. Per l'ovvietà si deve registrare l'anacronistico riferimento al fatto che la struttura di supporto ha come scopo quello di migliorare la qualità della progettazione/programmazione.

“ **Tra le varie differenze – rispetto al pregresso codice - è bene annotare che il nuovo codice si riferisce anche agli enti concedenti (per ovvie ragioni la struttura di supporto può riguardare, quindi, anche le concessioni e le forme di partenariato).** ”

In realtà la struttura di supporto può essere utilizzata anche per sub-procedimenti specifici.

Il riferimento, nella pregressa disposizione, è stato superato non solo, forse, per la sua ovvietà ma anche per il riferimento alle fasi per cui oggi è previsto, più correttamente, la nomina di responsabili di fase.

L'altra questione, singolare, è che la disposizione pregressa prevedeva la sottoposizione della struttura (peraltro stabile) alle dirette dipendenze del vertice dell'amministrazione.

Come si è anticipato, la struttura non è necessario che sia stabile come invece previsto nel progresso regime.

Può essere, pertanto, inteso come una sorta di ufficio la cui composizione muta anche a seconda delle esigenze. L'idea di una struttura non più stabile sembra essere stata mutuata dalla disposizione contenuta nella legge regionale n. 8/2013 della regione Sardegna in cui si legge (art. 36, comma 1) "1. Il responsabile di progetto svolge i propri compiti con il supporto di un team, costituito prioritariamente dai dipendenti dell'amministrazione aggiudicatrice".

L'idea del "team" effettivamente rende efficace l'idea di uno specifico gruppo di lavoro che viene "mosso" /utilizzato dal RUP in base alle esigenze. Non avrebbe senso immaginare che il team possa essere coinvolto previa richiesta del RUP al proprio responsabile del servizio etc. Una simile situazione renderebbe l'attività eccessivamente farraginoso ed inutilmente complicata.

La restante parte della disposizione ha senso se la si intende come riferita al classico supporto esterno al RUP (e quindi un autentico appalto di servizi).

Nella sua corretta previsione la norma dovrebbe essere letta nel senso che le stazioni appaltanti e/o gli enti concedenti "possono destinare risorse finanziarie non superiori all'1 per cento dell'importo posto a base di gara per l'affidamento diretto da parte del RUP di incarichi di assistenza al medesimo".

Alcune letture, anche autorevoli, sembrano ricondurre gli incarichi alla stessa struttura di supporto.

Ma ciò implicherebbe che la stessa sia stata composta anche da professionalità esterne. Ciò è confermato dal riferimento agli stanziamenti. È chiaro che un dipendente non può essere compensato se non con l'incentivo, mentre il soggetto esterno (individuato con appalto/ affidamento) sarà compensato secondo le disposizioni di legge.

Non può che, pertanto, essere letta la previsione in commento come possibilità di affidare il supporto all'esterno, ma anche intesa in questo modo non si può non evidenziarne la particolarità.

Le particolarità sono almeno due. La prima è il contingentamento dell'importo che le stazioni appaltanti/enti concedenti possono mettere a disposizione per gli incarichi di questo tipo importi "non superiori all'1 per cento dell'importo posto a base di gara".

Quindi un contingentamento che, di per sé potrebbe anche non essere valutato negativamente, il problema è capire se tali importi sono sufficienti in relazione a macro appalti. Da qui anche l'ulteriore considerazione se la stazione appaltante/ente concedente possa valutare, qualora non sia adeguato l'importo in parola, un aumento delle risorse predette attingendo da fondi di bilancio (e quindi, si potrebbe dire, fuori quadro economico).

Altra questione da puntualizzare è il riferimento alla "base di gara" che, proprio nell'ambito della correttezza di espressioni/riferimenti utilizzati nel codice appare non più corretta. E non a caso si cita nella prima parte l'ente concedente e quindi il caso della concessione e non dell'appalto.

Sarebbe stato corretto, ovviamente, fare un riferimento alla base di affidamento (salvo voler immaginare che gli estensori abbiano valutato di ribadire gara per evitare la nomina di un supporto al RUP nel caso di affidamento diretto ma, pare, questa è una ipotesi non credibile).

L'aspetto più rilevante è che il RUP può effettuare l'affidamento diretto. Più nel dettaglio la disposizione puntualizza che le risorse in parola sono destinate alla effettuazione (eventuale) ovvero "per l'affidamento diretto da parte del RUP di incarichi di assistenza al medesimo".

“ Si pone un problema relativo al fatto che il RUP possa effettuare l'affidamento diretto. ”

Ora se non vi è dubbio che il RUP possa disporre l'affidamento (ma finanche l'aggiudicazione) la questione è quella dell'atto che acclara l'aggiudicazione.

Non a caso, come oramai ampiamente noto, l'articolo 7, comma 1 lett. g.) chiarisce 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".

Leggendo le due previsioni, e interpretandole in senso pratico/operativo, si deve concludere che se il RUP coincide con il responsabile del servizio (avendo pertanto poteri a valenza esterna) dispone e adotta il provvedimento di affidamento/aggiudicazione; se non ha le prerogative in parola può disporre l'affidamento ma nel senso che lo comunica, lo pubblicizza ma non può adottare il provvedimento (ma predisporrà il quasi provvedimento ovvero la proposta di determinazione/decisione di affidamento per il proprio responsabile del servizio abilitato alla firma).

La struttura di supporto costituisce una alternativa al supporto (classico) al RUP. Nel senso, però, che la prima non necessariamente esclude il secondo ma sicuramente lo limita.

In presenza di una struttura di supporto il fabbisogno potrebbe risultare, oggettivamente, contingentato a specifiche e chirurgiche professionalità (ad esempio un soggetto esperto

in materia di contratti collettivi, piuttosto che un esperto in materia civilistica magari necessario per alcune questioni dell'esecuzione del contratto).

Il supporto al RUP, invece, dovrebbe avere tutte queste competenze come appena detto. In tema di struttura di supporto dispone anche l'articolo 3 dell'allegato I.2 in cui si rileva che "Ai sensi dell'articolo 15, comma 6, del codice, la stazione appaltante può istituire una struttura stabile a supporto del RUP e può conferire, su proposta di quest'ultimo, incarichi per la migliore realizzazione dell'intervento pubblico, nel caso di appalti di particolare complessità che richiedano valutazioni e competenze altamente specialistiche. La struttura di supporto al RUP può essere istituita anche in comune fra più stazioni appaltanti, previa sottoscrizione di accordi ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241".

La previsione, a sommosso avviso, muta visto che l'affidamento diretto non costituisce più una prerogativa del RUP ma la predetta viene assegnata alla (sola) stazione appaltante (in realtà si deve ritenere compreso anche il riferimento all'ente concedente) su proposta del responsabile unico.

Partendo dal presupposto che la presente disposizione dovrebbe costituire una sorta di attuazione del precetto codicistico, non v'è dubbio che questa risulta essere di più facile lettura visto che gli incarichi riguardano la struttura di supporto.

Rimane il problema se per "incarichi" – visto come detto che la struttura dovrebbe essere composta, sicuramente in partenza – da dipendenti della stazione appaltante/ente concedente si intende l'assegnazione interna (organizzazione di lavoro interno) e/o anche incarico classico di supporto (attraverso l'appalto di servizi).

Se nel secondo caso, l'inciso della previsione è corretto – il RUP non può fare affidamenti esterni se non coincide con il dirigente/responsabile del servizio – nel secondo caso, di incarichi interni (assegnazione di procedimenti, sub-

procedimenti occorre fare una precisazione che si ricollega alla possibilità del RUP di assegnare la responsabilità di procedimento.

Come emerge dalla legge 241/90 (artt. 4 e segg.) la prerogativa in parola è quella classica del dirigente/responsabile del servizio. Quindi, giocoforza se il RUP non ha le prerogative dirigenziali non può assegnare detti incarichi ma deve appunto richiederlo.

“ Pur vera la disposizione in parola è però necessario snellire le procedure e semplificarle nel senso che se la stazione appaltante/ente concedente, dispone delle risorse umane e finanziarie per costituisce un ufficio/ struttura di supporto occorre chiarire il ruolo/funzione di questo/a in modo che sia direttamente il RUP a “muovere” i soggetti interessati che fanno parte della struttura. ”

Senza alcuna intermediazione che avrebbe per effetto solo quello di far perdere tempo importante.

1. La configurazione corretta della struttura di supporto

Circa la configurazione giuridica della struttura di supporto, occorre rilevare che a differenza del pregresso regime che pretendeva la stabilità della struttura e quindi una sorta di innesto all'interno dell'organizzazione della stazione appaltante, ora sembra più facile immaginare la stessa come gruppo di lavoro (la cui composizione varia a seconda del tipo di professionalità necessarie).

Se nel primo caso, effettivamente, poteva porsi la necessità di individuare un responsabile nel vertice dell'amministrazione, con la disposizione più recente la questione potrebbe perdere di rilevanza visto che si può immaginare, per effetto di una organizzazione preventiva (assegnazione degli incarichi a tantum magari

ad inizio dell'esercizio finanziario) e quindi un apposito gruppo di lavoro messo direttamente alla disponibilità dei RUP (e non dei dirigenti/responsabili di servizio visto che ciò imporrebbe un costante lavoro di intermediazione tra i RUP e il dirigente/responsabile del servizio interessato).

In pratica, a seconda delle esigenze lavorative, sull'appalto e/o sulla concessione predisponendo, i RUP organizzano/programmano il lavoro.

A seconda poi delle esigenze professionali specifiche possono richiedere l'assegnazione di supporti esterni - di soggetti che poi si "innestano" nella struttura di supporto -, ai diretti responsabili di servizio nell'ambito dell'1% declinato dalla norma.

Ciò impone, quindi, una chiara definizione all'interno del quadro economico di ogni intervento (la voce per i supporti eventuali che non può superare la somma di cui si è detto).

L'innesto, pertanto, di una struttura di supporto deve essere immaginata come l'organizzazione flessibile di uno specifico gruppo di lavoro con funzioni, sia consentito, servente rispetto alle esigenze del RUP.

In pratica sono i RUP a guidare tale struttura visto che degli atti di questi assumono la responsabilità (anche di coordinamento). Immaginare anche altre situazioni - al netto dell'ammissibilità - ha delle implicazioni pratico/organizzative dispendiose e capaci di rallentare il fisiologico svolgimento dell'attività contrattuale.

In certe situazioni, ad esempio, la struttura in parola viene assegnata direttamente ad un dirigente/responsabile dei servizi (ad esempio servizi amministrativi) ma con rimessione dei correlati poteri di gestione/organizzazione della stessa piuttosto che ai vari RUP interessati.

Questa situazione determina/genera situazioni non perfettamente coerenti con il dato normativo visto che anche gli atti relativi agli interventi es. esclusioni, aggiudicazioni etc vengono adottati dal dirigente/responsabile in questione senza

– in certi casi – neppure l’intermediazione istruttoria/decisoria (si pensi all’esclusione) del RUP. La conseguenza, in questo caso, è che per ovviare alle implicazioni delle disposizioni gli atti vengono adottati magari a “doppia firma” (ad esempio le esclusioni visto che queste sono di prerogativa del RUP).

In realtà, come già detto, la struttura/gruppo di lavoro deve essere inteso come organico del RUP, messo a disposizione del responsabile unico che, nell’ambito di una attività contrattuale programmata ed organizzata, muove/dispone delle professionalità necessarie direttamente senza alcuna intermediazione.

2. I compiti della struttura di supporto

L’articolo 7, comma 1, lett. a) puntualizza che il RUP “effettua la verifica della documentazione amministrativa qualora non sia nominato un responsabile di fase ai sensi dell’articolo 15, comma 4, del codice o non sia costituito un apposito ufficio o servizio a ciò deputato, sulla base delle disposizioni organizzative proprie della stazione appaltante; esercita in ogni caso funzioni di coordinamento e verifica, finalizzate ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure e adotta le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate”.

La previsione non richiama la struttura di supporto ma non può non intendersi un richiamo a questa visto che altrimenti si rischia una proliferazione di soggetti e strutture che avrebbero solo l’effetto di rallentare l’attività. Gli strumenti, quindi, devono essere intesi in senso di consentire più possibilità operative al RUP (ed alla stazione appaltante/ente concedente).

Ad esempio, a questo punto la nomina di un responsabile di fase, se fosse stata istituita la struttura di supporto non dovrebbe che avvenire nell’ambito dei soggetti/delle professionalità che la compongono.

In difetto si avrebbe una situazione, con pericoli di complicazioni/sovrapposizioni tra compiti del responsabile della fase di affidamento e quelli della struttura di supporto.

In pratica, per rendere l’analisi operativa, i responsabili di fase o vengono individuati direttamente nell’ambito della struttura o il soggetto designato (quale responsabile di fase) viene ad innestarsi/integrarsi con i componenti della struttura medesima.

In difetto la proliferazione dei modelli organizzativi rischia di rallentare l’attività e di determinare realmente sovrapposizione di ruoli/compiti.

“Pertanto, se viene costituita la struttura i compiti/sub-procedimenti correlati all’attività realizzativa (amministrativa/civilistica) dell’intervento non possono che rientrare tra le competenze di questa.”

In relazione, poi, alla funzione “servente” della struttura rispetto ai compiti/prerogative del RUP, il secondo periodo della disposizione prevede che questo “esercita in ogni caso funzioni di coordinamento e verifica, finalizzate ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure e adotta le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate”.

E’ proprio da questo inciso, ma anche da altri e, in realtà, per un ovvio ragionamento organizzativo, che deve essere evidente il rapporto tra i RUP ed una struttura con funzioni istruttorie (appunto serventi) la cui responsabilità, in particolare sull’adozione delle decisioni (laddove il RUP può adottare provvedimenti) funzionali all’attività del responsabile unico.

Altro compito (in questo caso eventuale) viene individuato nella lettera b) dell’allegato I.2 in cui si legge che il RUP “svolge la verifica di congruità delle offerte in caso di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo; in caso di particolare complessità delle valutazioni o della specificità delle competenze richieste, può avvalersi della struttura di supporto istituita ai sensi dell’articolo 15, comma 6, del codice, o di una commissione appositamente nominata”.

Si tratta, quindi, di una partecipazione eventuale, appunto, decisa dal RUP che struttura il sub-procedimento della verifica di congruità come ritiene opportuno (tecnicamente) e necessario.

Da notare che stessa partecipazione (compito), pur eventuale, non è prevista per la verifica dell'anomalia nel caso di appalto (anche concessione) da aggiudicarsi con il multicriterio.

In questo senso la lettera successiva del medesimo allegato prevede in fatti – come da tradizione – che il RUP “svolge la verifica sulle offerte anormalmente basse con l'eventuale supporto della commissione”

In modo, sembra, singolare non viene richiamata l'eventuale contributo/partecipazione nel sub-procedimento della struttura di supporto. È chiaro che detto coinvolgimento non può essere assolutamente escluso, o meglio può essere escluso solo nel caso in cui all'interno della struttura di supporto non risultino presenti professionalità specifiche (ed in questo caso il RUP potrebbe chiedere che venga conferito un incarico ad hoc esterno).

Pertanto, è bene che nella legge di gara l'eventuale intervento della struttura di supporto – se è stata istituita – venga richiamata con le altre prerogative del RUP (che già in “partenza” non deve limitare le sue possibilità di azione).

Altro richiamo alla struttura di supporto è contenuto nell'allegato I.9 rubricato “Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni”.

Nel caso di specie, l'art. 1, comma 3 stabilisce che “Le stazioni appaltanti che adottano i metodi e gli strumenti di cui al comma 1 (“metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni da utilizzare, in relazione a ogni singolo procedimento tecnico-amministrativo all'interno della stazione appaltante, per l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e volti alla manutenzione e alla gestione dell'intero ciclo di vita del cespite immobiliare o infrastrutturale, fino alla sua dismissione”.) nominano un gestore dell'ambiente di condivisione dei

dati e almeno un gestore dei processi digitali supportati da modelli informativi. Tali stazioni appaltanti inoltre nominano per ogni intervento un coordinatore dei flussi informativi all'interno della struttura di supporto al responsabile unico di cui all'articolo 15 del codice.

Tali gestori e coordinatori devono conseguire adeguata competenza anche mediante la frequenza, con profitto, di appositi corsi di formazione”.

Ecco che in questo caso si conferma la funzione “servente” nei confronti del RUP della struttura in commento e si individua anche un incarico specifico che – se esterno perché la professionalità non è presente – può essere oggetto di affidamento diretto nei limiti dell'importo dell'1% della base di gara.

In caso si tratti di soggetti interni verranno compensati con l'incentivo per funzioni tecniche ex art. 45 del codice dei contratti.

Come sintesi finale, in relazione all'inciso ultimo sui pagamenti, è bene riportare quanto stabilito dalla Corte dei Conti, sezione regionale Abruzzo, con la deliberazione n. 41/2024.

Nel caso di specie, viene analizzata la questione dei compensi: il limite dell'un per cento sull'importo a base d'asta riguarda – secondo la sezione – solo il costo teorico massimo possibile per la realizzazione di una struttura di supporto all'attività contrattuale; mentre nel caso del “classico” supporto al RUP, autentico appalti di servizi, il compenso dovrà essere determinato “sulla base dei parametri normativi previsti per le specifiche figure professionali, tra cui l'allegato I.13 ed il d.m. 17 giugno 2016, qualora si tratti dell'affidamento degli incarichi professionali di natura tecnica”.

La sovrapposizione (oppure superproduzione) di pareri sulla questione delle procedure ordinarie per gli affidamenti sottosoglia

di Liliana Simeone

SOTTO
LA
LENTE

Il codice degli appalti - D. Lgs 36/2023 - entrato in vigore ad aprile 2023, e dotato di efficacia a partire dal luglio 2023, e per alcuni aspetti anche da gennaio 2024, ha disposto all'art.50 quali procedure utilizzare per gli affidamenti con importo al di sotto della soglia comunitaria, ritenendo idonee la procedura negoziata senza bando e l'affidamento diretto, e rivolgendosi anche alle procedure ordinarie solo per gli affidamenti di lavori con un importo uguale o superiore ad un milione di euro.

La disposizione sembra chiara, ma come sempre accade con le nuove norme, la differenza con la precedente disciplina, ha fatto innescare dei dubbi, oppure delle necessità di approfondimento sulla sua interpretazione.

Infatti già a novembre 2023 il Ministero Delle Infrastrutture e Dei Trasporti aveva emesso la Circolare 20 Novembre 2023, n. 298 in cui il Ministro pur ribadendo che il Codice dei Contratti "ha inteso, in continuità con le semplificazioni

introdotte dai decreti-legge n. 76 del 2020 e n. 77 del 2021, individuare soglie di affidamenti al di sotto delle quali possono essere utilizzate procedure ritenute idonee a soddisfare le esigenze di celerità e semplificazione nella selezione dell'operatore economico" nel rispetto del "principio del risultato di cui all'art. 1 del Codice che impone, tra l'altro, alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di perseguire il risultato dell'affidamento del contratto con la massima tempestività" ha ritenuto di dover evidenziare che l'art. 48 del D.Lgs 36/2023, richiama l'applicazione di tutti i principi e non soltanto il principio del risultato e conclude affermando "le disposizioni contenute nell'art. 50 del Codice vanno interpretate ed applicate nel solco dei principi e delle regole della normativa di settore dell'Unione europea, che in particolare richiama gli Stati membri a prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di applicare procedure aperte o ristrette, come disposto dalla direttiva 2014/24/UE".

In controtendenza, in un parere dello stesso Ministero divulgato a fine febbraio il n. 2320 26-02.2024, (sebbene si scosti dall'argomento principale di cui si tratta, infatti riguarda l'applicazione dell'esclusione automatica delle offerte, in un caso specifico) è evidente che il Ministero tornando a discutere dell'articolo 50 del D.Lgs 36/2023 ha pubblicato un parere rigidamente ossequiente della norma, senza lasciare spazio ad interpretazioni come avveniva a novembre;

L'Anac ritorna sull'argomento recentemente con il parere n.13 del 13.03.2024 nel quale esamina anche la Relazione Illustrativa del Codice e dice "è stato evidenziato che «l'art. 50 disciplina le procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea riprendendo nella sostanza, con alcune modifiche lessicali e alcune puntualizzazioni contenutistiche innovative, il testo dell'art. 1, comma 2, del decreto-legge n. 76 del 2020 (...)». La norma in esame, quindi, si pone in continuità con le previsioni del d.l. 76/2020 (d.l. semplificazioni), con finalità di celerità e di semplificazione della selezione del contraente privato per gli acquisti sotto-soglia, riproponendo tuttavia – con riguardo al profilo applicativo in esame – le stesse difficoltà interpretative riscontrate con il decreto semplificazioni."

E la stessa Autorità aveva già espresso il suo parere per la possibilità di utilizzare le "procedure ordinarie anche per gli affidamenti di valore inferiore alle soglie, affermando che «Resta aperta la questione relativa alla possibilità o meno delle stazioni appaltanti (dapprima espressamente riconosciuta dall'art. 36, comma 2, del Codice) di ricorrere, nell'esercizio della propria discrezionalità, alle procedure ordinarie, ivi compresa quella ristretta, anziché a quelle semplificate introdotte dal d.l. in commento, qualora le esigenze del mercato suggeriscano di assicurare il massimo confronto concorrenziale. Al riguardo, si osserva che, sebbene l'art. 2 del dl. non abbia fatto salva la richiamata facoltà, la perdurante applicabilità dei principi di cui al comma 1 dell'art. 30 induce a ritenere che il regime in deroga non abbia privato, pur nella situazione eccezionale creatasi a seguito delle

misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale, le stazioni appaltanti della possibilità di ricorrere a soluzioni aperte alla più ampia concorrenza qualora appaiano le più idonee a soddisfare il proprio fabbisogno".

Alla fine, il parere si conclude riallacciandosi a quanto già enunciato dalla circolare del MIT del 20.11.2023. I principi sui quali si fonda tutta la disciplina del codice dei Contratti devono essere contemplati simultaneamente nell'applicazione della norma.

Per fornire una visuale differente dal solito dualismo (evidenza pubblica o affidamento diretto) potrebbe essere utile ascoltare una recente intervista del Presidente di Sezione del Consiglio di Stato Luigi Carbone e coordinatore della Commissione speciale per la riforma del codice dei contratti (<https://www.lavoripubblici.it/news/codice-appalti-sottosoglia-invito-semplificata-33004>), che eviscera alcune delle motivazioni che hanno condotto alla creazione dell'art. 50 del D.Lgs 36/2023 nella versione che conosciamo oggi; come ad esempio l'idea di rendere più partecipe e più consapevole l'amministrazione dell'azione che compie attraverso la produzione di una norma (e si riferisce sempre all'art. 50) che non deve dare necessariamente delle indicazioni compiute, per le quali all'amministrazione non resta altro che metterle in pratica; piuttosto la norma le consente di scegliere di mettere in piedi un'azione "semplice" che le consente di produrre l'ultimo passaggio per dare completezza alla norma, attraverso la scelta diretta dell'affidatario; gli unici paletti esistenti sono i principi sui quali si fonda il Codice dei contratti, ed in particolare il principio del risultato.

Nell'intervista il Presidente ricorda che lo scopo della revisione del codice dei contratti pre-esistente, e la produzione del nuovo codice è la semplificazione ancorata al concetto del risultato. Il codice esiste e il suo scopo è portare l'amministrazione alla conclusione del contratto, efficacemente ed in breve tempo; per cui le procedure ordinarie non sono state contemplate, considerando che il tempo intercorrente dall'indizione alla stipula del contratto e successiva esecuzione sono molto

lunghi. Rimarca un cambiamento di mentalità (almeno nel legislatore), oppure l'auspicio che esso avvenga, ricordando alcuni atteggiamenti comuni nelle amministrazioni, le procedure ad evidenza pubblica generavano una maggiore tranquillità negli amministratori creando però rallentamenti nella ricerca del contraente; la nuova concezione in cui l'amministrazione si trova ad operare oggi segna il passaggio dalla cultura del sospetto alla cultura della fiducia.

In conclusione il Presidente invita coloro che devono mettere in campo la scelta, a farlo seguendo le indicazioni dell'art. 50, con fiducia e interpretando l'indicativo presente del primo comma "le stazioni appaltanti procedono" che esprime la forza dell'assertività della legge, un obbligo alla semplicità.

Le delucidazioni enunciate dal Presidente di Sezione del Consiglio di Stato Luigi Carbone potrebbero essere vagamente somiglianti alle indicazioni inserite in alcune sentenze del Consiglio di Stato come ad esempio "la natura del procedimento di evidenza pubblica come sede nella quale vengono create artificialmente le condizioni di concorrenza non deve far perdere di vista la funzione del procedimento medesimo, che è quella [...] di acquisire beni e servizi maggiormente idonei a soddisfare l'interesse specifico portato dall'amministrazione aggiudicatrice [...] in un contesto concorrenziale" (Cons. St., n. 4086/2020); oppure "il punto di equilibrio del sistema non è dato [...] dal numero dei concorrenti operanti sul mercato [...] ma dall'esistenza o meno di una ragionevole esigenza del committente", idonea a giustificare la domanda di quello specifico prodotto (Cons. St. III° 17/11/2020, n. 7138).

Le considerazioni scaturite dall'intervista non sono in linea ne' con il Parere del Mit ne' con il parere Anac, sopra citati. La scelta delle procedure di affidamento per gli appalti sottosoglia genera molteplici quesiti.

L'utilizzo delle procedure ordinarie anche per affidamenti di importi relativamente bassi, negli anni hanno garantito alle PMI la possibilità di accedere ad opportunità di crescita economica. L'affidamento diretto e la procedura negoziata

sui portali telematici senza l'utilizzo del sorteggio sicuramente riducono notevolmente l'accesso delle piccole imprese agli affidamenti.

Un altro aspetto, che recentemente ha evidenziato anche una sentenza del Tar Brescia, è quello dell'interesse transfrontaliero certo. Infatti, nel codice una deroga all'utilizzo delle procedure semplificate, in favore delle procedure ordinarie è rappresentato dall'art.48 c.2, che delega alle stazioni appaltanti l'onere di saper individuare un "Interesse transfrontaliero certo", obbligandole ad utilizzare le procedure ordinarie.

Ma come si identifica?

Molti riferimenti giurisprudenziali riportano sempre ad una importante sentenza della corte di giustizia europea del 2008 "Spetta in linea di principio all'amministrazione aggiudicatrice interessata valutare, prima di definire le condizioni del bando di appalto, l'eventuale interesse transfrontaliero di un appalto il cui valore stimato è inferiore alla soglia prevista dalle norme comunitarie, fermo restando che tale valutazione può essere oggetto di controllo giurisdizionale. Tuttavia, una normativa può certamente stabilire, a livello nazionale o locale, criteri oggettivi che indichino l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo.

Tali criteri potrebbero sostanziarsi, in particolare, nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori.

Si potrebbe altresì escludere l'esistenza di un tale interesse nel caso, ad esempio, di un valore economico molto limitato dell'appalto in questione (v., in tal senso, sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname, Racc. pag. I-7287, punto 20).

È tuttavia necessario tenere conto del fatto che, in alcuni casi, le frontiere attraversano centri urbani situati sul territorio di Stati membri diversi e che, in tali circostanze, anche appalti di valore esiguo possono presentare un interesse transfrontaliero certo. [Sentenza Della Corte Di Giustizia Europea (Quarta Sezione) 15 maggio 2008 procedimenti riuniti C-147/06 e C-148/06]

Sicuramente l'elemento maggiormente caratterizzante, per definire se può esistere un interesse in un'altra nazione di partecipare all'appalto è l'importo.

Più è vicino alle soglie dell'art.14 D.Lgs 36/2023 maggiore può essere l'interesse. E poi vanno valutati altri aspetti come la posizione geografica, ecc...

Dare un maggiore spazio alla concorrenza, è stato per decenni fondamentale e attuato principalmente con l'utilizzo di procedure ad evidenza pubblica, anche per affidamenti i cui importi erano esigui.

Persino la speranza di poter arginare il fenomeno della corruzione negli appalti pubblici, dovuto alla quantità dei fondi pubblici che si muovono verso interessi privati, ha portato il legislatore, anche spinto dalle raccomandazioni dell'Unione Europea, e delle organizzazioni internazionali, a intraprendere una importante riforma per la Pubblica Amministrazione, dapprima con il D.Lgs. 190/2012 (legge anticorruzione) e successivamente, nel settore degli appalti pubblici, con il D.Lgs. 50/2016 che recepì le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE.

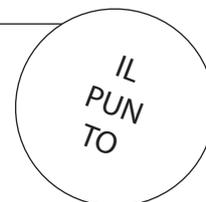
Gli interventi normativi citati davano massima rilevanza ai principi di concorrenza e di par condicio e hanno reso obbligatorio il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica ai fini della scelta del contraente, salvo i casi eccezionali, ritenendo la strada della maggiore evidenza pubblica nell'operato della P.A. fosse uno strumento adatto a fronteggiare il problema della corruzione.

Sulla stessa scia anche il Decreto trasparenza (D.Lgs. 33/2013) puntava ad un regime di massima ostensione degli atti, anche se principalmente si riferiva a momenti differenti rispetto a quello della gara, analizzato fino ad ora.

In conclusione, si potrebbe affermare che alla luce della periodica produzione di pareri sull'utilizzo delle procedure ordinarie da parte delle autorità competenti, le novità introdotte dal Codice D.Lgs 36/2023 non devono essere vissute necessariamente come un drastico cambiamento; le strade che vengono illuminate attraverso questi interventi possono servire alle stazioni appaltanti per potenziare sia le possibilità di operare, sia l'interpretazione delle norme.

Gli effetti delle impugnative dell'aggiudicazione sulla stipula dei contratti nel nuovo codice

di Stefano de Marinis



Premessa

Una questione che da tempo occupa molte delle discussioni afferenti tempi e modi con i quali la spesa per gli investimenti può tradursi in opere o cantieri riguarda senza dubbio gli effetti del contenzioso giurisdizionale attivato dal concorrente non aggiudicatario avverso agli esiti della gara rivelatasi a lui sfavorevole, ovvero dall'escluso contro il relativo provvedimento.

Volendo qui incentrare la riflessione sul primo dei casi evocati, va considerato come spesso accada che di fronte alla notifica di un ricorso

giurisdizionale sull'intervenuta aggiudicazione di una procedura le stazioni appaltanti vengano a trovarsi di fronte ad un non facile dilemma: fermare l'attività preordinata all'attuazione dell'intervento in attesa che si chiarisca la situazione, anche in funzione di stabilire con certezza a quale operatore economico spetti il compito di eseguire la prestazione, ovvero procedere comunque alla sottoscrizione del contratto ed avviare l'esecuzione, laddove si ritenga prevalere l'interesse alla realizzazione in luogo del ripristino della legittimità del contesto in ipotesi violato, attendendo un definitivo verdetto che permetta di riprendere la procedura.

Il tema - che registra specifico interesse anche da parte del legislatore comunitario in rapporto all'esigenza di garantire l'effettivo rispetto delle regole dettate per l'attribuzione dei contratti, da ultimo con le direttive 23, 24 e 25 del 2014, interesse sostanziatosi nell'intervenuta adozione, da tempo, di due specifiche direttive, le 89/665 e la 92/13, rispettivamente applicabili agli appalti ordinari ed a quelli dei cosiddetti settori speciali, così dette "ricorsi" - è oggetto di disciplina anche nella più recente versione del codice dei contratti pubblici, le cui previsioni, ancora una volta, vanno ad interessare anche il codice del contenzioso amministrativo, modificandone "dal di fuori", come già avvenuto in passato, alcune delle relative previsioni.

Il punto è che, nonostante tutti gli sforzi ciclicamente compiuti dal legislatore per dare una soluzione efficace quanto equilibrata al problema la relativa disciplina stenta ad essere recepita dalla prassi trovando effettiva applicazione solo a tratti da parte delle stazioni appaltanti, viceversa imbrigliate in scelte di natura difensiva volte a procrastinare la stipula dei contratti, sempre meno in linea con gli obiettivi del legislatore nazionale e comunitario, come è noto puntati alla più rapida ed efficace realizzazione delle misure finanziate, alias degli investimenti.

In effetti, gli interessi in gioco sono molteplici e diversi, non sempre in grado di essere conciliati specie se considerati in modo assoluto.

1. I diversi interessi in gioco

Anzitutto v'è da considerare l'interesse della stazione appaltante, e quello della generalità di cui essa è portatrice, per la realizzazione del progetto, sia esso un'opera o un servizio, nei tempi e nei modi previsti, ma con il rischio di dover, in aggiunta al pagamento della prestazione eseguita, anche risarcire il danno a chi dovesse solo successivamente risultarne titolato in presenza di una accertata violazione di legge per il fatto di non poter più, a quel punto, utilizzare il risarcimento in forma specifica.

V'è poi l'interesse dell'operatore economico all'esecuzione della prestazione prima ancora che a vedersi risarcire il danno anche in considerazione del rilievo che le referenze legate alla realizzazione dei contratti rivestono sotto il profilo della qualificazione per l'accesso al mercato.

Indipendentemente dall'acquisizione dei titoli che ne consentono l'accesso, v'è poi l'interesse della generalità e dell'economia a che il mercato stesso funzioni nel rispetto delle relative regole.

2. Procedere o attendere gli esiti del contenzioso attivato?

Con una previsione che vuole tenere insieme le diverse esigenze, il d.lgs. n.36/2023, al comma 4 dell'articolo 18, con alcune significative modifiche rispetto alla previgente disciplina torna a porre mano al tema già affrontato dal vecchio Codice relativamente agli effetti dei ricorsi giurisdizionali avverso le aggiudicazioni delle gare in rapporto alla successiva stipula dei relativi contratti, stipula che, laddove già intervenuta, frustrerebbe di fatto non poco l'obiettivo del ricorrente di eseguire lui stesso la prestazione in ipotesi illegittimamente sottrattagli.

È d'altro canto evidente come l'incertezza sull'esito finale della controversia ponga un importante problema in carico all'amministrazione, in contrasto con l'esigenza di procedere speditamente alla realizzazione del contratto nei tempi e nei modi previsti, ciò che, come detto, corrisponde ad un interesse pubblico, senza che la definitiva certezza circa la legittimità dell'azione svolta possa più di tanto vanificare tale obiettivo.

In astratto, infatti, la scelta sul se procedere, o meno, alla stipula del contratto dovrebbe avvenire solo all'esito di un giudizio di merito con carattere di definitività, quindi reso di regola in secondo grado laddove fin lì coltivato dall'interessato.

Nell'evidenza dell'enormità di un'opzione che imponga l'esistenza della cosa giudicata formale

per poter procedere, cosa che si tradurrebbe nel blocco completo di molte attività per mesi, se non per anni, per il legislatore si tratta da tempo, come detto, di trovare un equilibrio tra diverse esigenze: la certezza del diritto e la tutela del privato sacrificato dalla relativa violazione con la necessità di intervenire nei tempi richiesti dall'interesse pubblico.

Ispirato dalla necessità, formalizzata a livello comunitario, di superare l'esistente legislazione in materia di contratti pubblici tramite l'adozione di una nuova disciplina (considerata vera e propria "riforma" nell'ottica PNRR) che garantisca una celere ed efficace messa a terra degli investimenti, il nuovo codice ha considerato il perdurare dell'evidenziata questione modificando la disciplina di cui all'ex articolo 32 del d.lgs. 50 del 2016 nell'ottica del principio di risultato che, posto al vertice della scala valoriale tracciata dagli articoli 1-11, informa la formulazione e l'interpretazione delle singole previsioni del nuovo codice.

3. La centralità dell'istanza cautelare

Il comma 11 della vecchia disciplina, similmente a quanto oggi previsto dal nuovo articolo 18, disponeva che, in presenza di un ricorso avverso l'aggiudicazione l'amministrazione non poteva procedere alla stipula del contratto **dal momento della notifica dell'istanza cautelare** e per i successivi 20 giorni, a condizione che entro tale termine fosse intervenuto almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare, ovvero - e qui è il punto che pone la differenza - fino alla pronuncia di detti provvedimenti **se successiva**.

Precisava altresì la precedente disciplina, a chiusura, che l'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessava quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiarava incompetente, oppure fissava con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o - terza ipotesi - anch'essa di rilievo ai fini dell'evidenziazione

del cambiamento, rinviava al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

4. Le opzioni del nuovo codice

Nel riprendere il tema, il nuovo codice dedica alla questione il comma 4 dell'articolo 18 che, nel confermare il precedente impianto, ovvero quello di derivazione comunitaria che prevede per legge l'effetto sospensivo (c.d. *stand still*) sul decorso dei termini per la stipula del contratto (60 giorni dall'aggiudicazione) a seguito di un ricorso notificato alla stazione appaltante sino al momento del radicarsi di un grado di relativa certezza circa gli esiti finali del giudizio, colloca, a tutti gli effetti, detto momento nell'ambito della sola fase cautelare del contenzioso attivato.

In questo senso rileva la **cancellazione**, nel primo periodo, **dell'opzione** che in passato prevedeva che l'amministrazione potesse **attendere anche la "pronuncia successiva" a quella prevista per la definizione della fase cautelare**, comunemente definita merito a breve o decisione del merito in forma semplificata; nello stesso senso chiarificatore è da leggersi anche la parziale riformulazione del secondo periodo dell'ex comma 4.

5. Rafforzata la scelta del rilievo della sola fase cautelare

La scelta di circoscrivere con chiarezza alla sola fase cautelare del processo, che quindi va necessariamente e specificamente attivata dal ricorrente, la possibilità di ritardare la formalizzazione del contratto e, quindi, di regola, l'avvio della fase esecutiva delle prestazioni, appare dunque pienamente confermata e rafforzata, in tutta coerenza con le modifiche apportate al codice del processo amministrativo (*vedi infra*) ed all'ulteriore previsione recata dall'articolato in nota, al comma 9, secondo la quale *le stazioni appaltanti e gli enti concedenti hanno facoltà di stipulare*

contratti di assicurazione per la responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione.

Trattasi, infatti, di una previsione che mira a fugare le incertezze delle amministrazioni che da tempo accompagnano l'applicazione, da parte delle stesse, di una norma passata nel corso del tempo attraverso formulazioni diverse ma sempre più ispirate al principio che l'incertezza giuridica sulla legittimità dell'intervenuta aggiudicazione non deve poter condizionare la tempestiva realizzazione degli investimenti.

Chiude il cerchio l'altrettanto innovativa previsione di cui all'articolo 17, comma 7, secondo la quale **la mancata o tardiva stipula del contratto costituisce violazione del dovere di buona fede** - espressamente sancito a livelli di principio generale all'articolo 5 - **anche in pendenza di contenzioso**, ove per tardiva deve leggersi il superamento del termine di 60 giorni dalla aggiudicazione di cui all'articolo 18, comma 2.

Completa il quadro degli interventi operati dal nuovo codice con le finalità predette anche quello sulla disciplina del processo amministrativo; in specie l'art.209 modifica gli articoli 120, 121,123 e 124 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, coerentemente con la forte limitazione degli ambiti entro i quali è possibile ottenere un risarcimento in forma specifica e cioè l'esecuzione del contratto assegnato in modo illegittimo, con giudizio ex post, ad altri, oltre che del principio *di buona fede e di tutela dell'affidamento fissato all'articolo 5 del nuovo codice*

6. Il nuovo codice modifica coerentemente anche le regole sul contenzioso amministrativo

In tal senso rilevano, in primo luogo, le modifiche recate ai contenuti dell'art. 124 c.p.a., che al comma 1 prevede ora l'estensione della cognizione del giudice amministrativo alle azioni risarcitorie e all'azione di rivalsa

proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che, violando i doveri di buona fede e correttezza, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo.

Al riguardo, occorre infatti sottolineare come il comma 3 dell'articolo 5 secondo il quale *in caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico.*

7. Il rilievo del principio generale della buona fede

La nuova formulazione dell'art.124 punta, infatti, a rafforzare la tutela risarcitoria sia del terzo pretermesso, leso dall'aggiudicazione illegittima, il quale può agire direttamente, oltre che nei confronti della stazione appaltante, anche nei confronti dell'operatore economico che, contravvenendo ai doveri di buona fede, ha conseguito una aggiudicazione illegittima; sia della stessa stazione appaltante, che può agire in rivalsa nei confronti di quest'ultimo o dell'eventuale terzo concorrente che abbia concorso con la sua condotta scorretta a determinare un esito della gara illegittimo.

In tal senso si era pronunciata già pronunciata l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 12 maggio 2017, n. 2, raccordandosi con l'art. 41 comma 2 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, nella parte in cui prevedeva che *qualora sia proposta azione di condanna, anche in via autonoma, il ricorso è notificato altresì agli eventuali beneficiari dell'atto illegittimo.*

Il nuovo terzo comma risponde all'esigenza di adattare alle specificità del giudizio in materia di appalti il meccanismo di liquidazione del danno previsto dall'art. 34, comma 4, dello stesso codice del processo amministrativo.

8. Il risarcimento in forma specifica e per equivalente

Posta la limitazione dei casi in cui è possibile disporre il risarcimento in forma specifica, limitazione derivante dall'esigenza di dover procedere all'esecuzione con l'aggiudicatario salva la sola ipotesi di concessione del provvedimento cautelare, l'obiettivo delle riferite modifiche è quello di incrementare il grado di speditezza e di effettività della tutela risarcitoria per equivalente.

Le nuove previsioni creano, infatti, disincentivi economici nei confronti della parte danneggiante la quale manchi di formulare una proposta transattiva o la determini in misura incongrua rispetto alla reale entità del danno suscettibile di ristoro.

L'intento è altresì quello di favorire la rapida definizione del tema risarcitorio nell'ambito dell'unico giudizio di cognizione, evitando l'attivazione del secondo giudizio di ottemperanza previsto dal citato articolo 34, comma 4, per il caso di mancato accordo tra le parti. Al contempo, viene lasciata intatta la devoluzione della questione al giudice dell'ottemperanza, nel caso in cui le parti non riescano a raggiungere un accordo, in modo tale da preservare la pluralità degli sbocchi (giudiziali e stragiudiziali) attraverso i quali può trovare soluzione il contrasto sulla quantificazione del ristoro.

L'innovazione, al pari della precedente introdotta al comma 1, risponde alla crescente rilevanza che, anche per quanto evidenziato nel paragrafo 3, la tutela per equivalente sempre più assumerà nei prossimi anni nell'ambito del contenzioso nella materia dei pubblici appalti.

Deriva da quanto precede l'evidenza dell'approccio seguito dal nuovo codice sul tema.

9. Diritto ad eseguire un contratto sempre più recessivo rispetto alla realizzazione dell'investimento

Appare infatti evidente che l'esigenza degli operatori economici di vedersi riconoscere il diritto ad eseguire un contratto, quale bene della vita da conseguire in luogo di un eventuale risarcimento per altro adeguato, abbia assunto carattere recessivo rispetto alla finalità della messa a terra degli investimenti.

Secondo autorevole interprete lo scopo primario del d.lgs. 36/2023 è *realizzare contratti pubblici con la massima celerità e il miglior rapporto qualità/prezzo e non è perseguire altre policies, pure importanti, che rispetto ad esso sono funzionali e non finali*.¹

In tal senso, si può dire che il risultato è oggi parte della legittimità stessa dell'atto amministrativo.

È da vedere se quest'ennesimo tentativo di porre fine a pratiche dilatorie concentrando la verifica giurisdizionale allo scopo rilevante sulla sola fase cautelare rispetto alla stipula dei contratti ed al conseguente avvio della fase esecutiva, avrà finalmente effettivo riscontro.



1. Luigi Carbone LA SCOMMESSA DEL "CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI" E IL SUO FUTURO
Relazione introduttiva al Convegno dell'Istituto Jemolo "Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?"
Avvocatura dello Stato – 27 gennaio 2023

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

Percorsi Base

L'ABC degli appalti pubblici

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

La fase di esecuzione

L'esecuzione del contratto.

Modifiche, proroghe, accordi bonari, transazioni, riserve

WEBINAR - 2 incontri: 1 e 5 Luglio

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

WEBINAR - 1 Luglio,

CAGLIARI - 12 Luglio

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

WEBINAR - 5 Luglio

APPALTI PUBBLICI

Le Concessioni

Le Concessioni in Italia

WEBINAR - 24 Giugno

Le concessioni demaniali marittime.

Proroghe o gare? L'attuale situazione.

WEBINAR - 2 Luglio

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

Le problematiche applicative del codice ad un anno dalla sua entrata in vigore

PALERMO - 27 Giugno

Il ciclo dell'appalto nelle gare del PNRR

WEBINAR - 9 Luglio

Le importanti novità per tutti gli appalti pubblici contenute nel decreto modifica PNRR

WEBINAR - 15 Luglio

APPALTI PUBBLICI

Il MePA nell'era della Digitalizzazione

La gestione delle procedure sopra soglia tramite gli strumenti Consip

WEBINAR - 24 Giugno

La Digitalizzazione e le novità sugli adempimenti

Trasparenza e comunicazione nelle procedure di appalto

WEBINAR - 17 Giugno

Redazione atti di gara

Laboratorio per la redazione dell'Accordo Quadro per gli appalti pubblici

WEBINAR - 21 Giugno

RUP e i soggetti della procedura di gara

Le responsabilità per danno erariale nel nuovo Codice dei Contratti

WEBINAR - 3 Luglio

Lavori Pubblici

Corso introduttivo alla metodologia BIM per la Pubblica Amministrazione

WEBINAR - 2 Luglio

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

WEBINAR - 5 Luglio

La programmazione e la progettazione nei lavori pubblici Focus su alcuni aspetti critici

WEBINAR - 8 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 NELLA SANITA'

Le gare in sanità: nuove problematiche

WEBINAR - 10 Luglio

PROJECT MANAGEMENT

Corso Base di Project Management

WEBINAR - 6 incontri - Data inizio: 8 Ottobre;

WEBINAR - 6 incontri - Data inizio: 18 Novembre

Corso Avanzato di Project Management

WEBINAR - 8 incontri - Data inizio: 22 Novembre

ORGANIZZAZIONE, PERSONALE, PENSIONI

Il valore pubblico nella P.A.

WEBINAR - 14 Giugno

La previdenza dei dipendenti pubblici

WEBINAR - 26 e 27 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**



Via Palmitessa, 40
76121 Barletta
Tel. 0883.310504

Email info@mediaconsult.it
Pec mediaconsult@pec.it
mediaconsult.it   



Certificazioni:
ISO 9001:2015
ISO/IEC 27001:2017

L'avvalimento premiale nel D.Lgs. n. 36/2023

di Paola Cartolano

IL
PUN
TO

Premesse

Nell'ordinamento giuridico italiano con il termine "**avvalimento**" il legislatore ha sin dall'origine voluto individuare quell'istituto con il quale i concorrenti alle gare pubbliche possono fare legittimamente ricorso alle capacità di altri soggetti al fine di dimostrare il possesso dei requisiti economico-finanziari e/o tecnico-professionali richiesti dalla stazione appaltante per l'affidamento di un determinato contratto pubblico.

L'avvalimento è un istituto di derivazione comunitaria, nato dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia e comunemente ricondotto nella sentenza del 14 aprile 1994 relativa alla causa C-389/92, che ne fa menzione per la prima volta.

Sulla spinta delle diverse pronunce della Corte di Giustizia susseguitesesi nel tempo, l'istituto dell'avvalimento ha trovato un primo riconoscimento normativo nell'ambito

delle direttive del 2004 in materia di appalti pubblici: in particolare, gli artt. 47 comma 2 e 48 comma 3 della **Direttiva 2004/18/CE** hanno stabilito che, per dimostrare la capacità economico finanziaria e la capacità tecnica, «*un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi*», dimostrando alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi o delle risorse necessari, ad esempio mediante presentazione del relativo impegno di detti soggetti.

“ **L'avvalimento è un istituto di derivazione comunitaria volto a consentire la massima partecipazione alle gare ad evidenza pubblica con l'apertura della massima concorrenza** ”

Detta disciplina è stata, quindi, recepita nel nostro ordinamento con l'**art. 49 del D.Lgs. 163/2006**, poi sostituita dalla disciplina dell'**art. 89 del D.Lgs. 50/2016**, adottato per recepire a sua volta il nuovo pacchetto di direttive appalti del 2014 (cfr. art. 63 della **Direttiva 24/2014/UE** sugli appalti pubblici, in continuità rispetto alla precedente normativa).

Come vedremo, fino a prima dell'entrata in vigore del D.Lgs 36/2023 (di seguito anche "**Nuovo Codice**"), nel nostro ordinamento con la disciplina dell'avvalimento è stata legittimata solo una sorta di "**prestito**" dei **requisiti di partecipazione** nell'ambito di una procedura di affidamento di un contratto pubblico, al quale può ricorrere un operatore che non dispone in proprio di adeguate risorse tecniche, economiche o finanziarie.

1. La precedente disciplina codicistica

In termini generali, la finalità dell'avvalimento sin dall'origine è stata quella di consentire la massima partecipazione alle gare ad evidenza pubblica con l'apertura della massima concorrenza, consentendo agli operatori non in possesso alla data di invio dell'offerta di precisi requisiti tecnici, di integrare le proprie capacità a quelle di altri operatori.

Si tratta, quindi, di un rapporto giuridico che intercorre fra due soggetti mediante il quale un operatore economico (definito **ausiliato**) può partecipare a una determinata procedura di gara avvalendosi dei requisiti di carattere speciale messi a disposizione da un altro operatore economico (definito **ausiliario**).

Una sinergia mediante la quale il concorrente può soddisfare i criteri di partecipazione indicati dalla stazione appaltante nel bando di gara, facendo riferimento ai requisiti "prestati" da un altro soggetto che si è impegnato a tal fine a fornirli per tutta la durata del contratto in caso di aggiudicazione.

Sul punto l'art. 89 comma 1 del D.Lgs. 50/2016 prescriveva, infatti, che «L'operatore

*economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, **avvalendosi** delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi...».*

Il D.Lgs. 50/2016 faceva, quindi, espressamente riferimento all'**avvalimento solo quale prestito dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale** da parte di un operatore economico a favore di un altro ai fini della partecipazione di quest'ultimo a una gara.

“ **Il D.Lgs. 50/2016 prevedeva l'avvalimento solo quale prestito dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale** ”

2. Le novità del D.Lgs. 36/2023 in tema di avvalimento

Rispetto alla disciplina del D.Lgs. 50/2016 – in continuità rispetto a quella del D.Lgs. 163/2006 – il codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 36/2023 prevede delle novità in tema di avvalimento.

Come anticipato, la principale novità riguarda la possibilità di ricorrere legittimamente all'avvalimento non solo per dimostrare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e/o tecnico professionali, in continuità con la precedente disciplina, ma **anche per ottenere un punteggio più alto in ragione dei requisiti forniti dall'ausiliaria**, il cd. **AVVALIMENTO PREMIALE**, di cui si dirà più approfonditamente nel prosieguo.

Fermo restando quanto sopra, andiamo ad esaminare il testo dell'**art. 104** del D.Lgs. 36/2023 per cogliere le altre novità in tema di avvalimento.

Testualmente al **comma 1** dell'art. 104 l'avvalimento viene oggi definito come «*il **contratto** con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto ...*».

Sul punto la **Relazione al Nuovo Codice** indica espressamente che «*Nella disciplina dell'avvalimento si è cercato di procedere ad un vero e proprio cambio di impostazione, incentrando la disciplina sul contratto di avvalimento piuttosto che sul mero sistema del prestito dei requisiti*

Nel comma 1 è indicato il tipo contrattuale dell'avvalimento: contratto rientrante nella categoria dei contratti di prestito con il quale un concorrente ad una procedura di aggiudicazione può acquisire la disponibilità di risorse tecniche e umane altrui per eseguire il contratto».

È importante evidenziare che lo stesso comma 1 dell'art. 104 prevede oggi che il contratto di avvalimento, oltre ad avere a pena di nullità forma scritta e a dover contenere l'indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico ausiliato, deve avere natura prevalentemente onerosa.

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

Il legislatore si è, dunque, conformato agli arresti giurisprudenziali registrati sul tema prevedendo che il contratto sia "normalmente oneroso", con tale locuzione facendo riferimento alla possibilità che il contratto possa essere gratuito qualora ciò corrisponda

a un interesse dell'ausiliario medesimo.

Sul punto la giurisprudenza ha in più riprese evidenziato già sotto la vigenza del D.Lgs. 50/2016 che il contratto di avvalimento deve essere di per sé oneroso, mediante la previsione nel testo contrattuale di un puntuale corrispettivo economico e/o di altre utilità che manifestino la sussistenza di un interesse di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale che la stazione appaltante possa valutare in sede di gara.

È stato infatti affermato che «*la ravvisabilità nel contratto di avvalimento di un interesse economico riferibile all'ausiliaria è garanzia dell'effettività dell'impegno da questa assunto e, conseguentemente, della concreta titolarità dei requisiti di partecipazione alla gara in capo all'ausiliata. Il contratto di avvalimento è un contratto tipicamente oneroso e, qualora in sede contrattuale non sia stabilito un corrispettivo in favore dell'ausiliaria, deve comunque emergere dal testo contrattuale un interesse – di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale – che abbia indotto l'ausiliaria ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità*» (Consiglio di Stato, sez. V, 27 maggio 2018, n. 2953).

“ **L'art. 104 del D.Lgs. 36/2023 definisce l'avvalimento come un contratto, il quale deve avere forma scritta e natura prevalentemente onerosa** ”

3. La grande novità del D.Lgs. 36/2016: la codificazione dell'avvalimento premiale

Come anticipato, in tema di avvalimento la novità più rilevante del Nuovo Codice è la codificazione dell'avvalimento premiale: l'**art. 104 al comma 4** stabilisce, infatti, che «*L'operatore economico allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica, specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta*».

Fermo restando lo "storico" avvalimento a cui l'operatore può ricorrere per dimostrare il possesso dei requisiti, oggi il legislatore ha previsto anche la possibilità di ricorrere all'avvalimento unicamente per migliorare la propria offerta.

La Relazione al Nuovo Codice rileva che «*La diversa impostazione incentrata sul contratto di avvalimento, anziché sul prestito dei requisiti, consente di ricomprendere nell'ambito dell'avvalimento anche quella particolare figura indicata come avvalimento c.d. premiale, in cui il prestito delle risorse è diretto ad ottenere un punteggio più elevato e non invece il prestito dei requisiti di capacità mancanti*».

Il comma 4 dell'art. 104 prevede, quindi, espressamente la possibilità di ricorrere all'avvalimento per migliorare la propria offerta, cercando di conseguire un punteggio più alto con riferimento all'offerta tecnica presentata in gara.

Sotto la vigenza del D.Lgs. 50/2016 – in cui tale possibilità come visto non era normata nell'art. 89 – la giurisprudenza maggioritaria ha affermato che tale forma di avvalimento era ammissibile nel caso in cui i requisiti prestati venissero utilizzati ai fini del conseguimento di un maggiore punteggio tecnico e non solo ai fini della qualificazione.

È stato, infatti, precisato che il limite dell'istituto doveva rinvenirsi nelle ipotesi in cui l'avvalimento fosse meramente premiale, in cui,

cioè, l'unico scopo perseguito «*(che trasmoda in alterazione, piuttosto che in implementazione, della logica concorrenziale) sia esclusivamente quello di conseguire (non sussistendo alcuna necessità dell'incremento delle risorse) una migliore valutazione dell'offerta*».

Veniva, quindi, esclusa l'ammissibilità dell'avvalimento premiale nel caso in cui il solo ed unico scopo era quello di conseguire un maggior punteggio tecnico, pur avendo già in proprio l'operatore economico ausiliato tutti i mezzi e i requisiti necessari per concorrere.

In tal caso, infatti, ad avviso della giurisprudenza si avrebbe assistito «*all'abuso dell'avvalimento, trasformandolo, di fatto, in un mero escamotage per incrementare il punteggio ad una offerta cui nulla ha concretamente da aggiungere la partecipazione ausiliaria*» (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 25 marzo 2021 n. 2526).

In sintesi, la giurisprudenza prevalente affermatasi sull'art. 89 del D.Lgs. 50/2016 se da una parte avesse ammesso l'avvalimento "anche" premiale, dall'altra parte avrebbe vietato l'avvalimento "puramente" premiale.

Si è, quindi, parlato di "**avvalimento misto**": ovvero la circostanza in cui il concorrente che abbia fatto ricorso all'avvalimento per integrare i requisiti di partecipazione di cui era carente, grazie alle risorse messe a disposizione dalla medesima ausiliaria ai fini dell'avvalimento dei requisiti, possa contestualmente conseguire una valutazione più alta della sua offerta tecnica così da acquisire un punteggio più alto. Sul punto, è stato ancora a suo tempo osservato che, poiché «*le risorse, i beni e le capacità dell'impresa ausiliaria contemplati nel contratto di avvalimento entrano a far parte organica della complessiva offerta presentata dalla concorrente*», non può escludersi a priori che l'avvalimento possa avere anche un rilievo aggiuntivo, in quanto «*non può essere esclusa la possibilità che l'avvalimento valga in concreto non solo a supplire alla mancanza di requisiti di partecipazione a una gara, ma anche a far ottenere punteggi addizionali*. Ciò posto, l'effettiva esistenza di una simile possibilità dipende, naturalmente, dalla

circostanza che nella singola vicenda sia realmente garantita la piena disponibilità, da parte della concorrente, degli elementi conferitile in avvalimento che dovrebbero formare oggetto di valutazione di merito» (Consiglio di Giustizia per la Regione Siciliana, 15 aprile 2016 n. 569).

La ratio di detta tesi giurisprudenziale «si fonda sul rilievo che il mero prestito dei requisiti, mezzi e risorse non funzionali alla partecipazione alla procedura di gara, rischia di alterare la par condicio fra i concorrenti, consentendo l'attribuzione di un punteggio incrementale all'offerta di un operatore economico, al quale potrebbe non corrispondere, in fase esecutiva, un effettivo livello di qualificazione imprenditoriale.

In tale prospettiva, i limiti al ricorso all'avvalimento derivano dalla ratio dell'istituto, che consiste esclusivamente nel favor participationis per gli operatori economici sprovvisti dei requisiti di carattere economico-finanziario, delle risorse professionali e dei mezzi tecnici necessari per partecipare a un appalto pubblico. Pertanto, qualora il contratto di avvalimento venga utilizzato per ragioni che esulano dalla necessità di ovviare al mancato possesso dei requisiti richiesti dalla lex specialis, ciò si tramuta in uno sviamento della fisiologica funzione pro concorrenziale, verso una situazione patologica finalizzata al solo tentativo di ottenere una migliore valutazione dell'offerta tecnica, senza che a ciò corrisponda una reale ed effettiva qualificazione della proposta» (TAR Campania – Napoli, sez. III, sentenza 4 agosto 2023 n. 4756).

Con il Nuovo Codice è stata quindi superata tale impostazione della giurisprudenza prevedendo espressamente che l'avvalimento possa avere anche il solo scopo dichiarato di migliorare l'offerta del concorrente (avvalimento premiale puro): l'operatore che intende partecipare a una procedura di gara può, quindi, legittimamente ricorrere a beni o risorse di un altro soggetto anche solo per migliorare la qualità della sua offerta tecnica, a tal fine producendo un contratto di avvalimento con le caratteristiche del comma 1 dell'art. 104.

Si segnala che con riferimento alla nuova formulazione, la più recente giurisprudenza relativa a procedure di gara bandite sotto la vigenza del D.Lgs. 50/2016 ha rilevato che «L'art. 104 del nuovo Codice dei contratti pubblici prevede espressamente l'avvalimento premiale ma, com'è evidente, non è norma di interpretazione autentica. ... La differente impostazione dell'art. 104 del Codice dei contratti pubblici rispetto a quella dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, vigente ratione temporis, **non consente in alcun modo una sua applicazione retroattiva**» (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 28 maggio 2024 n. 4732).

Vista la portata innovativa dell'avvalimento premiale, il legislatore al **comma 12** del medesimo art. 104 ha tuttavia previsto un limite espresso al ricorso dello stesso, prescrivendo che «**Nei soli casi in cui l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione**».

Il legislatore con la previsione in parola, oltre ad aver confermato la possibilità di ricorrere all'avvalimento premiale puro per migliorare l'offerta, ha pertanto posto una limitazione nell'interesse della stazione appaltante, quale temperamento a tutela della concorrenza.

“ **L'art. 104 del D.Lgs. 36/2023 prevede anche la possibilità di ricorrere all'avvalimento per migliorare la propria offerta tecnica** ”

4. L'avvalimento premiale in sede di applicazione

In adempimento dell'art. 222 comma 2 del Nuovo Codice l'ANAC con delibera n. 309 del 27 giugno 2023 ha approvato il "Bando tipo avente ad oggetto Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari di importo superiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo"¹ (cd. Bando Tipo 1/2023), nell'ambito del quale è stata tra l'altro introdotta la disciplina dell'avvalimento premiale.

L'aspetto maggiormente attenzionato dall'ANAC riguarda la necessità di disciplinare l'inserimento della documentazione relativa all'avvalimento premiale all'interno dell'offerta vista la sua funzione "migliorativa" del punteggio in gara.

In particolare, nello Schema di disciplinare di gara di cui al Bando Tipo 1/2023 è previsto:

- al §15.3 relativo alla documentazione in caso di avvalimento che «L'impresa ausiliaria rende le dichiarazioni sul possesso dei requisiti di ordine generale mediante compilazione dell'apposita sezione del DGUE.

Il concorrente, per ciascuna ausiliaria, allega:

- 1) [fino al 31 dicembre 2023] il PASSOE dell'ausiliaria,
- 2) la dichiarazione di avvalimento;
- 3) il contratto di avvalimento;

Nel caso di avvalimento finalizzato al miglioramento dell'offerta, il contratto di avvalimento è presentato nell'offerta tecnica»;

- al §16 relativo all'offerta tecnica che «L'operatore economico inserisce ...la documentazione relativa all'offerta tecnica nella Piattaforma secondo le seguenti modalità ..., a pena di inammissibilità dell'offerta.

L'offerta è firmata secondo le modalità previste al precedente punto 15.1 e deve contenere, a pena di esclusione, i seguenti documenti:

- a) relazione tecnica dei servizi/forniture offerti;
- b) **in caso di avvalimento premiale, contratto di avvalimento ...».**

Come espressamente rilevato nella Nota illustrativa al Bando Tipo 1/2023 «Nel disciplinare è stato specificato che, nel caso di avvalimento migliorativo, il contratto di avvalimento e la dichiarazione dell'impresa ausiliaria devono essere allegati nell'offerta tecnica, **al fine di evitare l'anticipazione di elementi dell'offerta nella domanda».**

L'ANAC chiarisce, quindi, che tale scelta di prevedere l'allegazione nell'ambito dell'offerta tecnica del contratto di avvalimento premiale è motivata dalla necessità di evitare di svelare in anticipo, all'apertura della busta amministrativa con i documenti relativi all'avvalimento, alcuni contenuti dell'offerta che non attengono alla mera partecipazione bensì al punteggio dell'offerta tecnica.

Non può, tuttavia, non rilevarsi sul punto una divergenza rispetto al dato normativo: il comma 4 dell'art. 104 del D.Lgs. 36/2023 come visto prevede, infatti, che «L'operatore economico **allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento** in originale o copia autentica, **specificando se intende avvalersi delle risorse altrui** per acquisire un requisito di partecipazione o **per migliorare la propria offerta, ...».**

Il legislatore, prevenendo unicamente che il concorrente specifichi la finalità premiale dell'avvalimento ma che lo stesso contratto di avvalimento premiale debba essere – al pari del contratto di avvalimento per il prestito dei requisiti - debba essere allegato alla "domanda di partecipazione", non sembra aver prestato attenzione all'eventualità che la commissione giudicatrice al momento dell'apertura della busta con la domanda di partecipazione

1. <https://www.anticorruzione.it/-/delibera-n.-309-del-27-giugno-2023-bando-tipo-n.1-2023>

possa conoscere in anticipo alcuni elementi dell'offerta tecnica.

Le indicazioni dell'ANAC nel Bando Tipo 1/2023 non possono che essere condivise, pur essendo prevedibili i diversi contenziosi che potrebbero ingenerarsi tenuto conto del tenore dell'art. 104 comma 4 e la prevalenza della norma sugli strumenti di **soft-regulation** quali le linee guida e i bandi tipo dell'ANAC.

“ **L'ANAC nel Bando Tipo 1/23 indica che nel caso di avvalimento finalizzato al miglioramento dell'offerta il contratto di avvalimento è inserito nell'offerta tecnica** ”

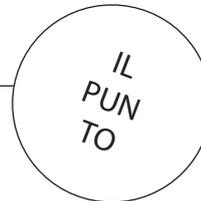
5. Conclusioni

È evidente la portata innovativa delle nuove disposizioni codicistiche con riferimento all'avvalimento premiale le quali, come visto, hanno superato la precedente disciplina e legittimato il ricorso all'avvalimento al solo fine di conseguire un maggior punteggio in gara.

Un'innovazione che consentirà agli operatori economici che divenissero aggiudicatari di un affidamento conseguito anche grazie al ricorso all'avvalimento premiale, di eseguire un contratto sulla base di un'offerta qualitativamente superiore poiché migliorata da risorse e beni di un altro soggetto.

Introduzione al principio DNSH Do No Significant Harm

di Elena Canciani



1. La Finanza pubblica deve essere sostenibile

Oggi produciamo più anidride carbonica di quanta sia possibile assorbirne e questo determina il riscaldamento globale e causa impatti negativi sulla Natura e le Persone, va pertanto trovato un nuovo equilibrio che parte dall'assunto che le "risorse pubbliche vengano utilizzate per investimenti in attività sostenibili".

L'Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), l'organo delle Nazioni Unite competente

per la valutazione del cambiamento climatico, nel report di marzo 2023¹, così come ripreso dal Piano Nazionale di Adattamento ai Cambiamenti Climatici adottato dal MASE il 21.12.2023², spiega infatti che solo riducendo drasticamente le emissioni entro il 2030, si può ancora contenere l'aumento della temperatura entro 1,5°, soglia entro la quale saremo in grado di adattarci al clima.

Nel momento in cui dovessimo superare la soglia di 1,5° gli eventi estremi potrebbero essere molto frequenti e non prevedibili³.



1. Rif.: Report Marzo 2023 IPCC_AR6_SYR_SPM.pdf

2. Rif.: Piano nazionale di adattamento ai cambiamenti climatici | Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica (mase.gov.it) che intende dare attuazione alla Strategia Nazionale di Adattamento ai Cambiamenti Climatici del 2015, documento_SNAC.pdf (mase.gov.it)

3. Rif.: Nel Report ASVIS "Scenari per l'Italia al 2030 e al 2050" Rapporto_Primavera_2024 (asvis.it) vengono analizzati i costi ed i benefici della Transizione Verde per il nostro Paese e si conclude che per il nostro Paese, caratterizzato da un elevato debito pubblico, una transizione energetica accelerata e impiegata come occasione di innovazione, può determinare effetti positivi anche sulla sostenibilità finanziaria a medio-lungo termine.

2. L'intervento dell'Unione Europea in materiale ambientale

La base giuridica per l'intervento dell'Unione Europea in materia ambientale e climatica è costituita dal TITOLO XX "AMBIENTE" del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea⁴ che, per la realizzazione degli obiettivi previsti in tale materia dall'art. 191 vale a dire: salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, protezione della salute umana, utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, lotta ai cambiamenti climatici, prevede che il Parlamento europeo e il Consiglio deliberino secondo procedura legislativa ordinaria o speciale.

L'art. 193 TFUE, poi, ammette livelli di protezione maggiore, rispetto a quelli dell'UE, eventualmente previsti negli Stati membri, purché le misure adottate a livello nazionale siano compatibili con i Trattati.

L'intervento più incisivo che ha caratterizzato l'agire dell'Unione Europea in questi ultimi anni è determinato dalla constatazione che le perdite economiche dovute alla maggiore frequenza di eventi estremi legati al clima sono in aumento e nell'UE ammontano già, in media, a oltre 12 miliardi di EUR all'anno.

Le analisi evidenziano che un aumento della temperatura globale di 3 °C rispetto ai livelli preindustriali potrebbe determinare una perdita annua di almeno 170 miliardi di EUR (1,36 % del PIL dell'UE 5).

Un aspetto allarmante è l'innalzamento del livello del mare che minaccia le zone costiere, che producono circa il 40 % del PIL dell'UE e nelle quali vive circa il 40 % della popolazione e potenzialmente possono colpire anche territori già affetti da scarsa crescita o un alto tasso di disoccupazione giovanile⁵.

L'urgenza dei problemi legati al Cambiamento climatico ha determinato l'adesione dell'Europa nel 2015 all'Accordo di Parigi nel quale i leader mondiali hanno concordato nuovi obiettivi ambiziosi nella lotta contro i cambiamenti climatici, l'accordo prevede un Piano d'azione per limitare il riscaldamento globale; esso è entrato in vigore il 4 novembre 2016 ma l'applicazione ha preso avvio dal 2020, con l'adempimento della condizione della ratifica da parte di almeno 55 paesi che rappresentano almeno il 55% delle emissioni globali di gas a effetto serra.⁶

Nel 2019, all'interno della Strategia Europea 2019 - 2024, è stata definita la Priorità strategica del Green Deal Europeo⁷ in virtù della quale gli Stati membri si impegnano a ridurre le emissioni nette di gas a effetto serra



4. Rif.: per approfondire si rinvia a LexUriServ.do (europa.eu)
 5. Rif.: Denaro e Vite umane il duplice costo dei Cambiamenti climatici, per un approfondimento si rinvia al link seguente: <https://www.consilium.europa.eu/it/infographics/climate-costs/>
 6. Rif.: Di seguito si riporta il link al documento: The Paris Agreement | UNFCCC; <https://www.consilium.europa.eu/it/infographics/paris-agreement-eu/>. L'Accordo in sintesi intendeva raggiungere i seguenti obiettivi: raggiungere l'obiettivo a lungo termine di mantenere l'aumento della temperatura media globale ben al di sotto di 2 gradi, rispetto ai livelli pre-industriali; proseguire gli sforzi per limitare l'aumento a 1,5 gradi; predisporre e applicare piani d'azione nazionali (contributi previsti determinati a livello nazionale) per soddisfare tali obiettivi; comunicare reciprocamente e al pubblico i progressi che stanno compiendo rispetto ai loro impegni; dal 2023, fare il punto della situazione a livello globale ogni cinque anni insieme ai partner internazionali, per porsi ulteriori obiettivi sulla base delle evidenze scientifiche e dei risultati conseguiti; adottare misure per gestire l'impatto dei cambiamenti climatici che sono già inevitabili; fornire un supporto pratico e finanziario ai paesi in via di sviluppo, per aiutarli ad adattarsi ai cambiamenti climatici.
 7. Rif.: Per approfondire si rinvia a Il Green Deal europeo - Commissione europea (europa.eu).

di almeno il 55% entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990.

Nell'anno 2020, nel contesto del Piano di azione per finanziare la crescita sostenibile⁸ pubblicato l'8 marzo 2018, l'Unione Europea ha deciso di adottare un Regolamento relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili (cd. Tassonomia Ambientale)⁹ sviluppata con l'obiettivo di definire un linguaggio scientificamente applicabile in tutta l'UE per la sostenibilità delle attività e degli investimenti, evitare il greenwashing, rimuovere gli ostacoli del mercato interno Europeo rispetto ai processi di valutazione dei rischi e della fattibilità ambientale degli investimenti e favorire la raccolta dei fondi per i progetti sostenibili.

Il Regolamento (UE) 2020/852¹⁰ fissa i requisiti necessari per classificare un'attività economica come eco-sostenibile e definisce i 6 Obiettivi Ambientali, vale a dire:

1. Mitigazione dei cambiamenti climatici
2. Adattamento ai cambiamenti climatici
3. Uso sostenibile e la protezione delle acque e delle risorse marine
4. Transizione verso un'economia circolare
5. Prevenzione e la riduzione dell'inquinamento
6. Protezione e il ripristino della biodiversità e degli ecosistemi

Tale Regolamento è importante, inoltre, perché spiega quali elementi devono essere considerati per affermare che un'attività economica

fornisce un contributo sostanziale a uno dei sei Obiettivi climatici ed introduce, all'art.17, il concetto di Danno Significativo agli Obiettivi Ambientali, il cd. Principio del Do No Significant Harm sintetizzato nell'acronimo D.N.S.H.

Va sottolineato che nel valutare se un'attività economica arreca o meno un danno significativo ai sei obiettivi ambientali, si deve tener conto dell'impatto ambientale dell'attività stessa e dell'impatto ambientale dei prodotti e dei servizi da essa forniti durante il loro intero ciclo di vita, in particolare prendendo in considerazione produzione, uso e fine vita di tali prodotti e servizi.

Nell'anno 2021 viene adottata la Normativa europea sul Clima di cui al Regolamento (UE) 2021/1119¹¹ entrato in vigore il 29 luglio 2021. Questo regolamento stabilisce un obbligo giuridico per gli Stati membri di adottare le misure necessarie (es.: promozione delle energie rinnovabili, miglioramento dell'efficienza energetica, aumento degli assorbimenti di carbonio, riforma ed espansione dello scambio di emissioni, promozione dei trasporti sostenibili, sostegno alle persone) per ridurre le emissioni di gas ad effetto serra al fine di raggiungere la **neutralità climatica** all'interno dell'Unione europea (UE) entro il **2050**.

Il sostegno agli obiettivi del Sostenibilità Ambientale è rintracciabile anche nelle voci di spesa che compongono il Bilancio dell'UE che nel periodo di programmazione 2021 - 2027 destina a tale priorità il valore oltre 500MLD di

8. Rif.: Per approfondire il Piano di azione europeo per finanziare la crescita sostenibile si rinvia a: SF AP FINAL FINAL (europa.eu).

9. Rif.: Nella Tassonomia ambientale sono state rinvenute delle carenze afferenti la valutazione degli Impatti sociali nel perseguire gli obiettivi di sostenibilità ambientale pertanto la Commissione Europea ha creato la Piattaforma della Finanza Sostenibile con l'obiettivo di approcciare il tema della Tassonomia Sociale e i suoi impatti, per approfondire: Platform on Sustainable Finance's report on social taxonomy (europa.eu).

10. Rif.: Per approfondire si rinvia a Regolamento - 2020/852 - EN - EUR-Lex (europa.eu). Si evidenzia che è stato anche creato il sito EU Taxonomy Navigator (europa.eu)

11. Rif.: Per approfondire si rinvia al seguente link: Normativa europea sul clima | EUR-Lex (europa.eu)

euro, vale a dire il 30% del totale delle risorse disponibili¹².

Tali risorse sono allocate in quattro settori: l'adattamento al clima, la mitigazione del

clima, la biodiversità e l'aria pulita; sia gli obiettivi climatici che quelli ambientali devono rispettare il principio DNSH.

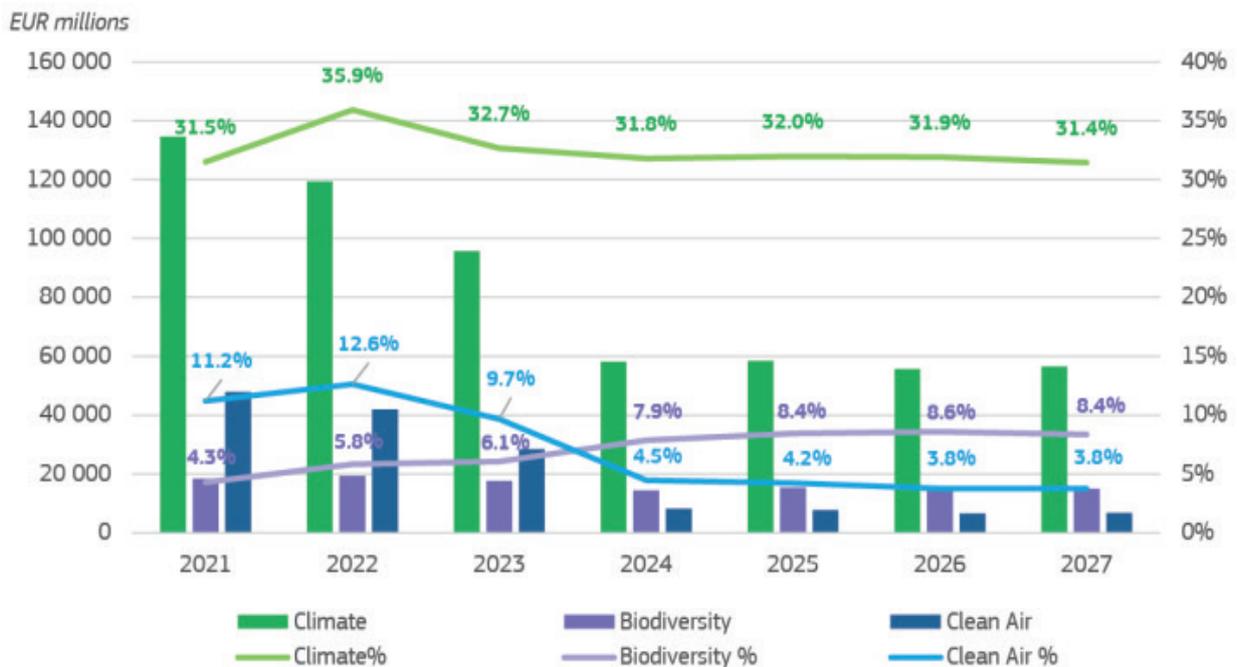


Figura 1: Green contribution in 2021 to 2027 (million EUR).

Il tema Sostenibilità Ambientale è anche rinvenibile nei 17 Obiettivi di Sviluppo Sostenibile¹³ in particolare è declinato nel Goal 13 "LOTTA CONTRO IL CAMBIAMENTO CLIMATICO Adottare misure urgenti per combattere il cambiamento climatico e le sue conseguenze" con riferimento al quale riscontriamo che in Italia, dopo il crollo delle emissioni per la pandemia (-8,9%) nel 2020, le emissioni sono aumentate nel 2021 del 4,8% .¹⁴

A rafforzare le misure di sostegno alla Sostenibilità Ambientale nel corso del 2024 sono stati adottati alcuni importanti atti a livello europeo:

- il 27 febbraio 2024 viene adottata la Legge europea sul Ripristino della Natura, "Nature Restoration Law" che prevede l'introduzione del reato di ecicidio misura volta a punire chi danneggia

12. Rif.: La Spesa dell'Unione Europea nel periodo 2021 – 2027 composta da Quadro finanziario pluriennale e pacchetto Next Generation EU ammonta a 1.824,3 MLD di euro.

13. Rif.: per approfondire si rinvia a : Take Action for the Sustainable Development Goals - United Nations Sustainable Development.

14. Rif.: Per approfondire il Goal 13 e la sua applicazione in Italia si rinvia a: Alleanza Italiana per lo Sviluppo Sostenibile (asvis.it).

l'ambiente con l'inquinamento e prevede per gli Stati membri specifici obblighi e tempi per il ripristino degli ecosistemi¹⁵;

- il 6 marzo 2024, viene pubblicata la Direttiva UE 2024/825¹⁶, che riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde e mira a migliorare la tutela dalle pratiche sleali e l'informazione. Questa direttiva è stata introdotta per contrastare il fenomeno del greenwashing, che si riferisce alle strategie di comunicazione o marketing utilizzate da imprese o enti per presentare ingannevolmente le loro attività economiche come eco-sostenibili, nascondendo l'effettivo impatto ambientale negativo;
- il 24 maggio il Consiglio dell'Unione europea ha formalmente approvato la direttiva sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità¹⁷. La direttiva introduce obblighi per le grandi imprese riguardo agli impatti negativi delle loro attività sui diritti umani e sulla protezione dell'ambiente rispetto alla quale si prevede che le imprese interessate debbano adottare ed attuare un Piano di transizione climatica in linea con l'Accordo di Parigi. Gli Stati membri avranno **due anni** per attuare le norme e le procedure amministrative al fine di conformarsi a questa direttiva;

- il 27 maggio 2024 è stato approvato il Net-Zero Industry Act¹⁸, un'iniziativa nata dal Piano Industriale del Green Deal che mira a potenziare la produzione di tecnologie pulite nell'UE, vale a dire aumentare la capacità produttiva dell'UE di tecnologie che supportano la transizione energetica pulita e rilasciano emissioni di gas a effetto serra estremamente basse, nulle o negative quando operano;
- il 27 maggio è stato approvato il Regolamento europeo sull'Ecodesign¹⁹, il regolamento riguarda tutti i tipi di prodotti, con poche eccezioni (ad es. automobili o prodotti per la difesa e la sicurezza). Il nuovo regolamento introduce nuovi requisiti quali la durabilità del prodotto, la riutilizzabilità, l'aggiornabilità e la riparabilità, le norme sulla presenza di sostanze che inibiscono la circolarità, l'efficienza energetica e delle risorse, il contenuto riciclato, la rigenerazione e il riciclaggio; impronta di carbonio e ambientale; e requisiti di informazione, tra cui un passaporto di prodotto digitale. La Commissione avrà il potere di fissare i requisiti per la progettazione ecocompatibile mediante atti delegati e l'industria avrà 18 mesi di tempo per rispettarli. Dopo l'approvazione l'atto legislativo è stato adottato, sarà pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea ed entrerà in vigore il ventesimo giorno successivo alla sua pubblicazione. Esso si applicherà a decorrere da 24 mesi dopo l'entrata in vigore.

15. Rif.: Per approfondire si rinvia a Testi approvati - Ripristino della natura - Martedì 27 febbraio 2024 (europa.eu).

16. Rif.: Per approfondire si rinvia a Direttiva - UE - 2024/825 - EN - EUR-Lex (europa.eu)

17. Rif.: Per approfondire si rinvia a Dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità: il Consiglio dà la sua approvazione definitiva - Consilium (europa.eu)

18. Rif.: Per approfondire si rinvia a: Industrial policy: Council gives final approval to the net-zero industry act (europa.eu)

19. Rif.: Per approfondimento si rinvia a Green transition: Council gives its final approval to the ecodesign regulation - Consilium (europa.eu).

Il concetto di sostenibilità ambientale di cui si è trattato è connesso al concetto di Finanza sostenibile che si riferisce al processo di prendere in considerazione nel momento in cui si fa un investimento i possibili impatti dello stesso in termini ambientali, sociali e di governance.

In termini ambientali si dovrà considerare il tema della mitigazione del cambiamento climatico, il tema dell'adattamento al cambiamento climatico, la tutela della biodiversità, la lotta all'inquinamento e l'economia circolare; in termini sostenibilità sociale si farà riferimento al tema dell'equità, dell'inclusione, delle relazioni nel mercato del lavoro favorendo gli investimenti nelle competenze delle persone e negli impatti sulle comunità; infine in termini di governance dei soggetti pubblici e privati e delle loro relazioni sarà poi fondamentale perché le istanze ambientali e sociali siano considerate nel processo decisionale.²⁰

A dicembre 2023 viene approvato il **Regolamento delegato (UE) 2023/2772** della Commissione, del 31 luglio 2023, che integra la direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i principi di rendicontazione di sostenibilità.²¹

Con riferimento al Principio D.N.S.H. si prevede che "L'impresa può precisare se un dato obiettivo affronta carenze relative ai criteri «Non arrecare un danno significativo» (DNSH) per la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento definiti negli atti delegati adottati in applicazione dell'articolo 14, paragrafo 2, del regolamento (UE) 2020/852.

Se non sono soddisfatti i criteri DNSH per la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento definiti negli atti delegati adottati... l'impresa può precisare se l'obiettivo affronta carenze relative a tali criteri DNSH."

20. Rif.: Per approfondimento si rinvia a Factsheet: Sustainable finance - Investing in a sustainable future, June 2023 (europa.eu) Regolamento delegato - UE - 2023/2772 - EN - EUR-Lex (europa.eu).

21. Rif.: Per approfondimento si rinvia a Regolamento delegato - UE - 2023/2772 - EN - EUR-Lex (europa.eu)

Le clausole sociali nei bandi di gara e negli avvisi. I criteri di sostenibilità ambientale. Applicazione nelle procedure di gara e di affidamento

di Corradi Beatrice

IL
PUN
TO

1. L'art. 57 del Dlgs. 36/2023 in tema di clausole sociali come requisiti necessari dell'offerta nei bandi di gara e negli avvisi e le disposizioni pregresse.

L'art. 57, comma 1, del d.lgs. 36/2023 stabilisce che i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti devono contenere specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate, tra l'altro, a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato, nonché l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore.

L'articolo definisce chiaramente quali siano i contenuti e le finalità delle clausole sociali da adottarsi, a cura dell'Amministrazione appaltante, in maniera 'specificata' in funzione della tipologia di contratto.

Le clausole inserite sono considerate come requisiti 'necessari' dell'offerta. Questo aspetto pone in essere riflessioni in merito agli istituti attivabili in caso di assenza di tali requisiti all'atto della presentazione dell'offerta, ciò in considerazione del fatto che la norma prevede che <<*bandi di gara, gli avvisi e gli inviti devono contenere specifiche clausole sociali*>>.

Le clausole sociali si applicano, quali presupposti, in ciascuna procedura di appalto, indipendentemente dal valore e delle modalità di scelta dell'operatore, adeguando le stesse al relativo contesto ed oggetto.

Gli articoli che regolano gli obiettivi sociali negli appalti sono l'art. 11, 57, 61, 106.

L'art. 57, comma 1, rappresenta, come indicato con parere del MIT - Servizio Supporto Giuridico Codice n. 2083 del 27/06/2023 << l'approdo di plurimi interventi normativi e dubbi interpretativi sorti in sede applicativa del vigente art. 50 del decreto legislativo n. 50/2016, esplicitati, prima nel parere del Consiglio di Stato n. 2703 del 21 novembre 2018, reso all'Adunanza della Commissione speciale del 26 ottobre 2018, richiesto dall'ANAC, e poi, nelle stesse Linee Guida dell'ANAC n. 13, recanti «La disciplina delle clausole sociali», approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 114 del 13 febbraio 2019. La norma in esame, pertanto, in conformità alla direttiva della delega e ai progressi interventi legislativi in materia prevede "l'obbligo" per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, avvisi e inviti, tutte le specifiche "clausole sociali" volte a tutelare la stabilità occupazionale, la parità di genere, le pari opportunità generazionali, l'inclusione lavorativa >>.

“ L'art. 57, comma 1, del d.lgs. 36/2023 stabilisce che i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti devono contenere specifiche clausole sociali da intendersi come requisiti necessari dell'offerta al fine di realizzare le finalità indicate a garanzia e tutela del lavoratore. Le disposizioni introducono il criterio della specificità delle clausole sociali, rispetto all'appalto, e dell'essere un requisito necessario dell'offerta. ”

L'articolo 57 del Decreto Legislativo 36/2023 promuove l'inclusione sociale e la sostenibilità ambientale negli appalti diversi da quelli aventi natura intellettuale, al fine di garantire:

1. pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.
2. Stabilità occupazionale del personale impiegato.
3. Applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore.
4. Tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare.
5. Sostenibilità ambientale: le stazioni appaltanti e gli enti concedenti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi. Questi criteri sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Quanto sopra era già stato delineato con la legge 29 luglio 2021 (c.d. decreto Semplificazioni-bis), contenente disposizioni volte a favorire le pari opportunità di genere e generazionali, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità in relazione alle procedure relative alla stipulazione di contratti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e dal Piano nazionale per gli investimenti complementari (PNC).

L'art. 47 del Decreto Semplificazioni-bis descrive, infatti, misure, obblighi e adempimenti, sia per i concorrenti sia per le stazioni appaltanti, in particolare riguardo:

1. al rapporto sulla situazione del personale, ai sensi dell'articolo 46 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198; relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile; dichiarazione di regolarità sul diritto al lavoro delle persone con disabilità (art. 47, commi 2, 3 e 3bis);
2. alle clausole contrattuali premiali (art.

- 47, commi 4 e 5);
3. al requisito della quota del 30 per cento di assunzioni da destinare a nuova occupazione giovanile e femminile (art. 47, comma 4);
 4. alle deroghe all'applicazione dei dispositivi per la promozione dell'occupazione giovanile e femminile (art. 47, comma 7);
 5. all'applicazione delle penali (art. 47, comma 6);
 6. ai modelli di clausole della lex specialis relative alle condizioni necessarie per l'ammissione e alle clausole di premialità;
 7. al monitoraggio (art. 47, comma 9).

Le clausole sociali, come previsto dal decreto Semplificazioni-bis, si esprimono con l'acquisizione da parte della Stazione Appaltante del rapporto sulla situazione del personale, della relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile, nella dichiarazione di regolarità al diritto al lavoro delle persone con disabilità, nell'inserimento di clausole di premialità negli atti di gara e di percentuali minime rivolte alle assunzioni di giovani.

Le clausole sociali costituiscono specifiche clausole dirette a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani (con età inferiore, ad esempio, a trentasei anni) e di donne. Il contenuto delle clausole è determinato tenendo conto, tra l'altro, dei principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione, nonché dell'oggetto del contratto e della relativa tipologia. L'Amministrazione aggiudicatrice potrà così utilizzare le misure che ritiene, finalizzate alla prova delle garanzie richieste.

In attuazione delle citate disposizioni, le Linee Guida adottate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le pari opportunità con decreto 7 dicembre 2021, al fine di favorire la pari opportunità di genere e generazionali, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC, hanno disposto che

nei bandi di gara siano indicati, come requisiti necessari e, in aggiunta, premiali dell'offerta, criteri orientati verso gli obiettivi di parità. I criteri tengono conto, fra l'altro, degli obiettivi attesi in termini di occupazione femminile e giovanile al 2026 e dei corrispondenti indicatori medi settoriali europei.

Con le predette Linee guida, applicabili a tutte le tipologie di appalti, sono definite le modalità e i criteri applicativi, le misure premiali e sono predisposti modelli di clausole da inserire nei bandi di gara differenziati per settore, tipologia e natura del contratto o del progetto.

Il nuovo codice, proseguendo negli indirizzi descritti, ha ricondotto la realizzazione di specifici obiettivi e finalità, a tutela del lavoratore, con l'inserimento, negli atti di gara, di specifiche clausole sociali, secondo un'impostazione diversa rispetto al precedente codice. Infatti, l'art. 50 del Dlgs. 50/2016 prevedeva che, al fine di promuovere la stabilità occupazionale, nel rispetto dei principi dell'Unione Europea, ferma restando la necessaria armonizzazione con l'organizzazione dell'operatore economico subentrante e con le esigenze della manodopera, l'aggiudicatario del contratto di appalto fosse tenuto ad assorbire, prioritariamente, nel proprio organico, il personale già operante alle dipendenze dell'operatore uscente, secondo i termini e le condizioni stabilite nelle Linee Guida ANAC n. 13 del 13.2.2019. L'art. 50, del citato decreto legislativo prevedeva:

“Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto”.

Il Dlgs. 36/2023, all'art. 57, ha eliminato, a differenza del Dlgs.50/2016, art. 50, ogni riferimento ai contratti ad alta intensità di manodopera, rendendo quindi obbligatorio l'inserimento della clausola sociale in tutti gli appalti di lavori e servizi, diversi da quelli aventi natura intellettuale e nei contratti di concessione.

2. La clausola sociale finalizzata alla stabilità occupazionale e la relativa applicazione. Presupposti e limiti

Affrontando la questione relativa all'applicazione, in via generale, della clausola sociale, con riferimento alla stabilità occupazionale, l'esigenza di assumere personale, mediante la clausola sociale stessa, deve essere soddisfatta - come la giurisprudenza ha nel tempo affermato - attingendo, prioritariamente, al personale alle dipendenze del gestore uscente, non obbligando però ad acquisire personale proveniente dal gestore uscente se non necessario, declinando così l'obbligo in modo da renderlo compatibile con le scelte organizzative dell'impresa aggiudicataria. L'elasticità che connota l'obbligo contenuto nella clausola sociale non impone quindi, a carico dell'affidatario della gara, la riassunzione di tutta la forza lavoro utilizzata dal gestore uscente (Consiglio di Stato Sez. V 20.03.2023, n. 2806).

La clausola sociale delinea, quindi, da un lato, la finalità della stessa e, dall'altro lato, la sottopone all'armonizzazione con l'organizzazione dell'operatore economico subentrante. Il grado di vincolatività della clausola sociale si deve conciliare quindi con le scelte imprenditoriali pregresse aziendali, rendendola attuabile con elasticità in ragione delle prerogative imprenditoriali (Consiglio di Stato, sez. V, 25 gennaio 2024, n. 807)

È consolidato quindi l'orientamento in base al quale deve consentirsi un'applicazione elastica e non rigida della clausola sociale e ciò per contemperare l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto (Cons. St., sez. V, 1 agosto 2023 n. 7444).

La clausola sociale, come la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito, delinea da un lato, la finalità della stessa e, dall'altro lato, la sottopone all'armonizzazione con l'organizzazione dell'operatore economico subentrante. Il grado di vincolatività della clausola sociale si deve conciliare quindi con le scelte imprenditoriali pregresse aziendali, rendendola attuabile con elasticità in ragione delle prerogative imprenditoriali. Il modello regolativo delle clausole sociali prevede l'armonizzazione ed il bilanciamento dei diritti sociali con le libertà economiche.

Le stesse Linee Guida Anac n. 13 prevedono che *"il riassorbimento del personale è imponibile nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal nuovo assunto"*. Quanto espresso è in attuazione del contesto costituzionale che richiede, al fine di legittimare il modello regolativo delle clausole sociali, l'armonizzazione e il bilanciamento dei diritti sociali con le libertà economiche.

3. La clausola sociale finalizzata a tutelare ulteriori garanzie per il lavoratore. Gli impegni che l'aggiudicatario dovrà assumere. I contratti riservati

Complementare a quanto riportato all'art. 57, in un altro articolo del Dlgs. 36/2023, l'art. 106, è disposto che: *"Nei bandi, negli avvisi e negli inviti le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, richiedono agli operatori economici di assumere i seguenti impegni:*

- a) *garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;*
- b) *garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire, anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare. L'art. 11 del Dlgs. 36/2023, in coerenza con quanto rappresentato, specifica che: "Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente".*
- c) *garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.*

“ Nei bandi, negli avvisi e negli inviti le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, richiedono agli operatori economici di assumere determinati impegni al fine della tutela del lavoratore. Garanzie, al fine del raggiungimento delle finalità, che sono richieste anche negli affidamenti diretti. ”

Tali impegni l'operatore economico li assume altresì nel caso di affidamento diretto, garantendo le medesime tutele al personale impiegato nell'appalto, in particolare, in termini contrattuali e di stabilità occupazionale, che l'Amministrazione appaltante verificherà all'atto dell'esame dell'offerta, ai sensi dell'art. 124 del Dlgs. 36/2023, ciò in considerazione del fatto che l'affidamento diretto presuppone l'obbligo di indicare i costi di manodopera e sicurezza, ai sensi dell'art. 108, co. 9 del Dlgs. 36/2023: *"Nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale"*.

L'Articolo 19 – Appalti riservati della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 prevede che: *"Gli Stati membri possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici a lavoratori protetti o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali"*.

A fonte di ciò, nel nostro ordinamento, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possano riservare, ai sensi dell'art. 61 comma 1, il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e concessione (o possano riservarne l'esecuzione)

a operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate, o che possano riservare, nel contesto di programmi di lavoro protetti, almeno il 30% a lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati.

“ Le clausole sociali costituiscono specifiche clausole dirette a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani (con età inferiore, ad esempio, a trentasei anni) e donne. Il contenuto delle clausole è determinato tenendo, tra l'altro, conto dei principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione, nonché dell'oggetto del contratto e della relativa tipologia.

Ai sensi del comma 2 del sopracitato articolo «*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, come requisiti necessari o come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, meccanismi e strumenti idonei a realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate*».

In sede di prima applicazione del codice, in attuazione del comma 4 dell'art. 61 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, gli strumenti e i meccanismi premiali sono definiti con linee guida adottate, ai sensi dell'art. 1 comma 8 dell'allegato II.3 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, per fornire criteri applicativi alle stazioni appaltanti e agli operatori economici in ordine alla declinazione delle citate disposizioni.

A seguito di tale prescrizione, con riferimento ai contratti riservati, è stato adottato dalla

Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche della famiglia, il decreto 20 giugno 2023, volto a favorire le pari opportunità generazionali e di genere, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti riservati. In particolare, sono direttamente applicabili, come prevedono le linee guida, le disposizioni volte ad impegnare le aziende attraverso:

- a. la redazione e la produzione del rapporto sulla situazione del personale, di cui all'art. 46 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198;
- b. la consegna della relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile di cui al comma 2 dell'art. 1 dell'allegato II.3 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36. Ciò in linea con l'art. 46 del Dlgs. 198/2006, rapporto sulla situazione del personale, che stabilisce che «le aziende pubbliche e private che occupano (*oltre cinquanta dipendenti*) sono tenute a redigere un rapporto (...) ogni due anni sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni ed in relazione allo stato di assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta».
- c. la presentazione della dichiarazione e della relazione circa il rispetto delle norme che disciplinano il diritto al lavoro delle persone con disabilità, di cui all'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68.

4. Gli obiettivi ambientali negli appalti pubblici

L'applicazione di criteri sociali favorisce «*la trasparenza e la tracciabilità lungo l'intera filiera produttiva per verificare e migliorare le condizioni dei lavoratori, l'inclusione sociale, gli impatti sociali delle produzioni sui territori*

o altri aspetti etico-sociali, sulla base di una valutazione di opportunità a seconda delle categorie di beni, servizi o lavori di riferimento” (Piano d’azione per la sostenibilità ambientale dei consumi).

La sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione» («Piano d’azione» o «PAN GPP») è predisposto con decreto ministeriale, d’intesa con le regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano e sottoposto all’approvazione della Consip S.p.a. L’art. 1, comma 1127, della citata legge n. 296 del 2006, stabilisce che detto Piano d’azione preveda l’adozione di misure volte all’integrazione delle esigenze di sostenibilità ambientale nelle procedure d’acquisto pubbliche e l’art. 2 del citato decreto del Ministro dell’ambiente della tutela del territorio e del mare 11 aprile 2008, indica come «Criteri ambientali minimi» le misure volte all’integrazione delle esigenze di sostenibilità ambientale nelle procedure d’acquisto pubbliche.

L’art. 57, comma 2, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, conferma modalità e destinatari degli obblighi riferiti ai criteri ambientali minimi, aggiungendo il vincolo della relativa valorizzazione nelle procedure di gara e la competenza della relativa adozione in capo al Ministro dell’ambiente e della sicurezza energetica. L’articolo 57 del D. lgs. 36/2023 sancisce l’obbligatorietà delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei CAM.

Alle stazioni appaltanti è attribuito il compito di contribuire al conseguimento degli obiettivi ambientali, previsti dal Piano d’azione per la sostenibilità ambientale dei consumi, attraverso l’inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, di specifiche tecniche e di clausole contrattuali, contenute nei criteri ambientali minimi - CAM - per specifiche categorie di appalti e concessioni, tenendo conto del volume di spesa pubblica, delle potenzialità di miglioramento ambientale, delle innovazioni ambientali settoriali, della possibilità che il settore di riferimento possa conseguire miglioramenti ambientali basati su

requisiti oggettivi, ripetibili e verificabili.

Le Amministrazioni pubbliche adottando quindi criteri ambientali - CAM - in tutte le fasi del processo di acquisto, incoraggiano la diffusione di tecnologie ambientali e lo sviluppo di prodotti validi sotto il profilo ambientale, attraverso la ricerca e la scelta dei risultati e delle soluzioni che hanno il minore impatto possibile sull’ambiente lungo l’intero ciclo di vita.

Dal punto di vista tecnico, l’attività di definizione dei CAM è basata essenzialmente sulle seguenti fonti:

- le etichettature ambientali conformi alla UNI EN ISO 14024 e, in particolare, il marchio europeo di qualità ecologica comunitario Eco Label (UE). È individuata l’opportunità tecnica e di mercato di imporre delle etichettature specifiche per definire le caratteristiche ambientali dei prodotti, nei limiti di quanto ivi previsto;
- le buone pratiche segnalate a livello nazionale o comunitario;
- le metodologie di valutazione del ciclo di vita (L.C.A. Life Cycle Assessment,) e analisi dei costi del ciclo di vita (L.C.C. Life Cycle Costing);
- le norme, anche tecniche pertinenti, laddove dall’applicazione di tali norme o attraverso indicazioni specifiche supplementari collegate a tali norme, possano derivare benefici ambientali diretti o indiretti.
- lo schema nazionale volontario per la valutazione e la comunicazione dell’impronta ambientale dei prodotti “Made Green in Italy” istituito con DM 21 marzo 2018, n. 56, ai sensi dell’art. 21 della legge 28 dicembre 2015, n. 221 recante “Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell’uso eccessivo di risorse naturali”.

I mezzi di verifica previsti dai criteri ambientali consistono nella presentazione di etichette o di certificati o altra documentazione tecnica. In questo modo si può garantire che le dichiarazioni sulle prestazioni degli offerenti siano verificabili, ripetibili, controllabili e

“ Le amministrazioni pubbliche adottano e applicano criteri ambientali - CAM - in tutte le fasi del processo di acquisto, incoraggiano la diffusione di tecnologie ambientali e lo sviluppo di prodotti validi sotto il profilo ambientale, attraverso la ricerca e la scelta dei risultati e delle soluzioni che hanno il minore impatto possibile sull'ambiente lungo l'intero ciclo di vita. ”

comparabili. Nel caso di etichette equivalenti e mezzi di prova idonei, l'operatore economico deve produrre la documentazione comprovante la sostanziale equivalenza dei mezzi di verifica presentati in alternativa e la stazione appaltante ha il compito di verificare tale documentazione e valutarne l'equivalenza.

I C.A.M., adottati con Decreto ministeriale, al momento riguardano: arredi per interni; arredo urbano; ausili per l'incontinenza; calzature da lavoro e accessori in pelle; carta; cartucce; edilizia; eventi culturali, illuminazione pubblica; lavaggio industriale e noleggio di tessili e materasseria; pulizia e sanificazione; rifiuti urbani; servizi energetici per gli edifici; stampanti; tessili; veicoli; verde pubblico; per gli affidamenti relativi ai servizi di ristoro e alla distribuzione di acqua di rete.

L'applicazione dei CAM consente alla stazione appaltante di ridurre, ad esempio, gli impatti ambientali degli acquisti e dei servizi inerenti agli arredi, considerati in un'ottica di ciclo di vita. Per quanto riguarda questa categoria merceologica, le stazioni appaltanti sono invitate a: - evitare la sostituzione di mobili e altri elementi d'arredo per soli fini estetici; - valutare la possibilità di acquistare arredi usati ricondizionati; - valutare il servizio di noleggio per scopi od eventi specifici; - favorire l'allungamento della vita media degli arredi tramite la riparazione o rigenerazione degli stessi.

Le verifiche relative all'organizzazione di eventi, ad esempio, si rivolgono ai previsti sistemi di gestione ambientale delle organizzazioni (Registrazione EMAS/Certificazione ISO 14001) o ai più specifici sistemi di gestione per gli eventi sostenibili (ISO 20121) e alle certificazioni di prodotti e servizi a ridotto impatto ambientale, come il marchio eco Label UE per i servizi di pulizia e di ricettività turistica per i soggiorni dei partecipanti/fruitori degli eventi.

I decreti ministeriali, riferite alle diverse categorie di prodotti/servizi, costituiscono un importante strumento, contenente tutti gli elementi e le informazioni necessarie, al fine di procedere ad acquisti coerenti con gli obiettivi di sostenibilità ambientale, in coerenza con le disposizioni contenute nel codice degli appalti.

Pareri & Sentenze



Consiglio di Stato, Sez. V, 4/6/2024, n. 4984

Cauzione provvisoria e soccorso istruttorio

“La norma del nuovo codice inoltre si cura di precisare (offrendo, con ciò, espressa soluzione positiva a talune ipotesi controverse) che sono soccorribili (purché, in tal caso, documentabili con atti di data certa, anteriore al termine di presentazione delle offerte): a) la mancata presentazione della garanzia provvisoria; b) l’omessa allegazione del contratto di avvalimento; b) la carenza dell’impegno al conferimentanche l’Anac, con la delibera 28 luglio 2021, citata nella nota di avvio del soccorso istruttorio, si era pronunciata nel senso dell’esperibilità del soccorso istruttorio in ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria, purché la cauzione prodotta sia già stata costituita alla data di presentazione dell’offerta e decorra da tale data, onde scongiurare la violazione del principio di par condicio (cfr. Anac, delib. n. 298 del 1 aprile 2020; n. 372 del 17 aprile 2019 e n. 339 del 28 marzo 2018).o, per i concorrenti partecipanti in forma di raggruppamento costituendo, del mandato collettivo speciale...l’operatore economico è legittimato a rimanere in gara nel caso in cui la cauzione provvisoria presentata in sanatoria o la dichiarazione di impegno alla prestazione di garanzia definitiva siano riferibili a data anteriore alla scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione, pena la violazione della par condicio tra tutti i concorrenti, realizzata nel caso in cui venga ad uno di essi consentita la presentazione di una cauzione provvisoria o di una dichiarazione di impegno al rilascio di garanzia definitiva formatasi in data successiva a tale momento (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 2021, n. 804, 16 gennaio 2020, n. 399 e 4 dicembre 2019, n. 8296)....”

TAR Calabria Catanzaro, Sez. I, 29/5/2024, n. 848

L'assenza di limiti agli inviti in un affidamento diretto consente la deroga al principio di rotazione
"... Con la seconda censura l'esponente sostiene che la stazione appaltante avrebbe in modo illegittimo impedito la sua partecipazione alla procedura selettiva indetta con il secondo avviso pubblico del 14.11.2023, in quanto aperta a tutti gli interessati.

Occorre premettere che il principio di rotazione non si applica, come precisato nelle Linee Guida A.n.a.c., qualora il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante non disponga alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione (ex multis, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 31 marzo 2023, n. 5555).

Applicando il richiamato principio ermeneutico alla vicenda in esame, emerge come l'avviso pubblico del 14.11.2023 non abbia integrato un affidamento diretto, essendo in esso prevista una selezione aperta a tutti e basata sul criterio dell'offerta più congrua e conveniente, così da escludere una potenziale lesione del principio di rotazione ..."

TAR Puglia Bari, Sez. II, 28/5/2024, n. 675

La mancata indicazione negli atti di gara dei Criteri Minimi Ambientali (CAM) costituisce onere di immediata impugnazione

"La ricorrente si duole della mancata indicazione negli atti di gara dei Criteri Minimi Ambientali (CAM). La censura è irricevibile per tardività, come correttamente eccepito dal Comune, in quanto sussiste a carico degli operatori economici un onere di immediata impugnazione della legge di gara che non contenga riferimenti alle specifiche tecniche, alle clausole contrattuali e ai criteri premiali previsti dai decreti relativi ai CAM» (cfr. TAR Lazio, sez. II ter, 6 marzo 2024, nn. 4493, 4494 e 4495)."

Consiglio di Stato, Sez. V, 24/05/2024, n. 4659

Il principio dell'autovincolo nel d.lgs. 36/2023

"... secondo il principio dell'autovincolo, la Stazione appaltante è tenuta a rispettare le regole che, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, ha deciso di porre a presidio dello svolgimento della procedura di gara, in ragione dei principi dell'affidamento e della parità di trattamento tra i concorrenti. ... Il rispetto dell'autovincolo, giova ribadire per ragioni di completezza espositiva, è confermato anche dal vigente codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023) che fra i principi fondamentali annovera quello dell'affidamento e della buona fede, per cui occorre tutelare l'affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere amministrativo (art. 5 del d.lgs. n. 36 del 2023)."

TAR Basilicata, Sez. I, 21/05/2024, n. 273*Sul ribasso sui costi della manodopera*

“... il Collegio richiama, dando qui a esso continuità, l’orientamento pretorio secondo cui l’art. 41, comma 14, del vigente codice dei contratti pubblici debba essere interpretato in maniera coerente con: - l’articolo 108, comma 9, del d.lgs. n. 36 del 2023, che prescrive al concorrente di indicare nell’offerta economica, a pena di esclusione, i costi della manodopera, oltre agli oneri di sicurezza aziendali; - l’art. 110, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023, ai sensi del quale “Le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che in base a elementi specifici, inclusi i costi dichiarati ai sensi dell’articolo 108, comma 9, appaia anormalmente bassa. Il bando o l’avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione”.

Se ne deduce che i costi della manodopera sono assoggettabili a ribasso, come è del resto precisato dall’ultimo periodo del comma 14, dell’art. 41 citato, secondo cui: “Resta ferma la possibilità per l’operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell’importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale”. Se, infatti, il legislatore avesse voluto considerare tali costi fissi e invariabili, non avrebbe avuto senso richiedere ai concorrenti di indicarne la misura nell’offerta economica, né avrebbe avuto senso includere anche i costi della manodopera tra gli elementi che possono concorrere a determinare l’anomalia dell’offerta.”

Consiglio di Stato, Sez. V, 17/5/2024, n. 4435*Sui rapporti tra RUP e commissione giudicatrice*

“Il RUP può “esercitare un legittimo potere di verifica sulla regolarità della procedura”;

... Lo stesso RUP non può sostituire “alle valutazioni discrezionali della Commissione (cioè dell’organo tecnico munito della necessaria preparazione ed esperienza professionale nello specifico settore cui si riferisce l’oggetto del contratto, inteso in modo coerente con la molteplicità delle competenze richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare) un opposto, soggettivo e autonomo giudizio sui medesimi profili di “accettabilità” dell’offerta tecnica già vagliati dalla stessa Commissione e da questa ritenuti inidonei a condurre all’esclusione dell’operatore economico”;

... In siffatta direzione spetta “alla commissione di gara, nell’attività di valutazione e qualificazione delle proposte progettuali ... un ampio margine di discrezionalità tecnica, con conseguente insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti, ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta (Cons. Stato, V, 1.2.2022, n. 696, Id. 3 maggio 2019, n. 2873; Cons. Stato, sez. III, 14 novembre 2017, n. 5258; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2015, n. 601; Cons. Stato, V, 11 dicembre 2015, n. 5655; 7 marzo 2014 n. 1072)”;

... A conferma di quanto appena evidenziato, si veda altresì quanto previsto nell’Allegato I.2 del decreto legislativo n. 36 del 2023 (Attività del RUP) il cui art. 7 prevede, sì, che il RUP “dispone le esclusioni dalle gare” [lettera d)], ma stabilisce allo stesso tempo che lo stesso RUP: “in caso di procedura che prevede l’affidamento con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, può svolgere tutte le attività che non implicano l’esercizio di poteri valutativi, che spettano alla commissione giudicatrice” [lettera e)]. Dunque si conferma, anche nel nuovo codice dei contratti, che in caso di appalto aggiudicato con il metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa “l’esercizio di poteri valutativi”, quali quelli del caso di specie, spettano alla commissione di gara e non al RUP.

... in estrema sintesi: a) il RUP può esercitare un controllo di regolarità della procedura; b) dunque

non potrebbe giammai sostituire le proprie valutazioni rispetto a quelle della commissione di gara; c) se del caso potrebbe soltanto chiedere chiarimenti e approfondimenti alla stessa commissione; d) è fatto salvo il potere di intervento sostitutivo del RUP soltanto allorché la commissione abbia espresso una valutazione manifestamente illogica o palesemente erronea.”

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 222 del 8 maggio 2024 UPREC-PRE-0088-2024-F-PREC

“Appalto pubblico – Forniture – Clausola revisione prezzi – Mancata previsione nella lex specialis – Disciplina in deroga ex d.l. n. 4/2022 – Invito a partecipare pubblicato successivamente alla data di entrata in vigore del decreto – Eterointegrazione della lex specialis – Applicabilità.”

“In conformità a quanto previsto dall’art. 29, comma 1, lett. a) del d.l. n. 4/2022, convertito con l. n. 25/2022, è obbligatorio l’inserimento della clausola di revisione dei prezzi in tutti i casi in cui il bando o l’avviso di gara o, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, la data dell’invio degli inviti a presentare offerta sia stato pubblicato dopo l’entrata in vigore del decreto e nel caso in cui tale clausola non sia stata originariamente prevista nella lex specialis deve ritenersi comunque applicabile sulla base del principio di eterointegrazione delle fonti della disciplina di gara nei limiti indicati dalla normativa medesima.”

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 223 del 8 maggio 2024 UPREC/PRE/0090/2024/F/PREC

Presupposti per l’utilizzo della procedura negoziata in caso di concorrenza assente per motivi tecnici

“l’art. 76, comma 1, del d.lgs. 36/2023 stabilisce che “Le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara quando ricorrono i presupposti fissati dai commi seguenti, dandone motivatamente conto nel primo atto della procedura in relazione alla specifica situazione di fatto e alle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3. A tali fini le stazioni appaltanti tengono conto degli esiti delle consultazioni di mercato eventualmente eseguite, rivolte anche ad analizzare i mercati europei oppure, se del caso, extraeuropei.” Il successivo comma 2, lett. b), n. 2) prevede che “Le stazioni appaltanti possono ricorrere a una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando nei seguenti casi: ... quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni:... la concorrenza è assente per motivi tecnici”; come precisato dall’Autorità nelle Linee guida n. 8, per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando, per i casi in cui una fornitura e un servizio siano effettivamente infungibili, il legislatore, comunitario e nazionale, ha previsto deroghe alla regola della selezione attraverso una selezione pubblica, considerato che l’esito di un’eventuale gara risulterebbe scontato, esistendo un unico operatore economico in grado di aggiudicarsela e, conseguentemente, l’indizione di una procedura ad evidenza pubblica determinerebbe uno spreco di tempo e di risorse (sul punto, Cons. Stato, Sez. III, 8 gennaio 2013, n. 26; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 21 febbraio 2018, n. 500;

T.A.R. Campania, Napoli, 16 novembre 2016, n. 5274). Trattandosi di una deroga alla regola della gara pubblica, occorre che l'infungibilità sia debitamente accertata e motivata nella determina a contrarre dell'amministrazione, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Come affermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea (Corte Giust. UE 8 aprile 2008, causa C-337/05), la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara riveste carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, per cui la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza;"

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 234 del 15 maggio 2024 UPREC-PRE-0105-2024-S-PREC

"Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Requisiti di capacità generale – Obbligo di pagamento imposte, tasse e contributi previdenziali – Violazioni gravi definitivamente accertate e non – Esclusione non automatica – Condizioni di "gravità" e "definitivo accertamento" – Valutazione discrezionale della Stazione appaltante – Condizioni e limiti normativi – Esclusione illegittima."

"Ai sensi e per gli effetti dell'art. 95, comma 2 del Codice la "gravità" della violazione (non definitivamente accertata) agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali deve essere valutata sulla base delle condizioni dettate dall'art. 3 dell'Allegato II.10 del Codice, ossia quando la violazione è pari o superiore al 10 per cento del valore dell'appalto e purché tale l'importo non sia inferiore a 35.000 euro. La disposizione di cui all'art. 95, comma 2, 3° periodo secondo cui «La gravità va in ogni caso valutata anche tenendo conto del valore dell'appalto» deve essere intesa quale clausola interpretativa che la Stazione appaltante deve utilizzare, all'interno dei due sopracitati parametri di riferimento predeterminati dal legislatore, ai fini della valutazione discrezionale circa l'esclusione o meno del concorrente che sia incorso nella violazione non immediatamente escludente."

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 236 del 15 maggio 2024 UPREC-PRE-0095-2024-S-PREC

"La Stazione appaltante dispone di ampia discrezionalità nella redazione degli atti di gara ed è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti, purché tale scelta non sia eccessivamente ed irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito, e risponda, quindi, ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto."

"VISTO quanto previsto dall'articolo 100, del d.lgs. n. 36/2023 che, al comma 2, sancisce: «le stazioni appaltanti richiedono requisiti di partecipazione proporzionali e attinenti all'oggetto dell'appalto»;
CONSIDERATO il contenuto dispositivo dell'articolo 10, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023, secondo cui «Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti

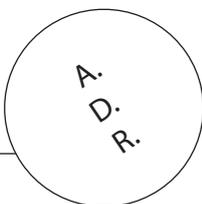
e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnicoprofessionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni 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»; ... come precisato dal Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del 1 febbraio 2024 n. 1048, attua un principio generale dell'ordinamento secondo cui «le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità»: ciò in quanto «la pubblica amministrazione ha interesse ad incentivare la partecipazione alle gare di soggetti particolarmente qualificati, che garantiscano elevati standard qualitativi al fine di svolgere al meglio le prestazioni oggetto di gara. [...] A tale scopo, all'Amministrazione è garantita un'ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti tecnici, ancorché più severi rispetto a quelli normativamente stabiliti, purché la loro previsione sia correlata a circostanze giustificate e risulti funzionale rispetto all'interesse pubblico perseguito (Cons. Stato sez. III, 17 novembre

2020, n.7138; Corte di giustizia, 31 marzo 2022, in causa C-195/21; Cons. Stato, sez. IV, 25 maggio 2023, n. 2992)»; ... il nuovo codice dei contratti di cui al d.lgs. n. 36/2023, operando una codificazione di taluni principi, mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di autoresponsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità amministrativa e tecnica (cfr., in tal senso, TAR Sicilia, Catania, 12 dicembre 2023 n. 3738): tra essi, oltre al richiamato principio di cui all'articolo 10, comma 3, sopra citato, rileva evidenziare il particolare ruolo che il codice attribuisce al principio del risultato e al correlato principio della fiducia.

In particolare, «Il primo, previsto dall'articolo 1 del predetto d.lgs. 36/2023, costituisce "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale" ed è legato da un nesso inscindibile con la "concorrenza", la quale opera in funzione del primo rendendosi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. L'amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, in "difesa" dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento.

Il miglior risultato possibile, che sia anche il più "virtuoso", viene raggiunto anche selezionando operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali "sintomi" di una affidabilità che su di essi dovrà esser riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento» ... alla luce dei principi sopra richiamati e della pacifica giurisprudenza sul punto, la stazione appaltante dispone di ampia discrezionalità nella redazione degli atti di gara ed è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti, purché tale scelta non sia eccessivamente ed irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito, e risponda, quindi, ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 20 marzo 2020, n. 2004; 2 marzo 2020, n. 1484; sez. V, 23 settembre 2015, n. 4440)."

A Domanda Rispondiamo



1 È possibile utilizzare la procedura dell'affidamento diretto per le concessioni?

Se il valore della concessione è pari o superiore alla soglia comunitaria, è necessario usare le procedure ordinarie nel rispetto dell'art. 182 del D.Lgs 36/2023; se l'importo è al di sotto della su menzionata soglia, l'art. 187 prevede, che si possano utilizzare sia le procedure ordinarie che la procedura negoziata previa consultazione di 10 operatori. (si vedano anche le risposte ai quesiti del MIT del 17/04/2024, n.2441 e n.2409).

Nessun riferimento per l'affidamento diretto. Nell'allegato I.1 al D.Lgs 36/2023 però, è presente una indicazione che crea un'aspettativa, nella definizione di "affidamento diretto" contenuta nell'art. 3, in cui il legislatore si riferisce anche all'ente concedente.

2

L'offerta tecnica, può essere accettata se è difforme dalle prescrizioni contenute nei documenti di gara?

I concorrenti sono tenuti ad organizzare l'elaborato dell'offerta tecnica nel rispetto delle prescrizioni contenute nelle norme di gara. Una sentenza del Consiglio di Stato n. 04371/2021 Sezione Terza, ha ribadito che le questioni tecniche di impaginazione dell'offerta tecnica non disciplinate dalla lex specialis possono essere liberamente scelte dall'operatore, in quel caso la stazione appaltante non aveva dato indicazioni relativamente ai margini, al numero dei caratteri ed alla spaziatura tra i caratteri.

Quest'anno la sentenza TAR Toscana Sez. IV 29.3.2024 n. 360 richiama nuovamente i principi enunciati nella sentenza sopra citata "...dovendo per ogni ulteriore e diverso profilo valere il generalissimo principio della libertà di forma, rispondente all'ancor più generale favor libertatis del nostro ordinamento democratico", questa volta il giudizio verteva su l'orientamento verticale od orizzontale della facciata, non disciplinato nella legge di gara, e quindi poteva essere scelto liberamente dall'operatore economico.

3

Come si deve comportare la stazione appaltante nel caso in cui il concorrente non possieda la certificazione di qualità richiesta né una equivalente?

Sul punto, si è espresso il Tar Catanzaro con sentenza n. 759 del 29 aprile 2022, confermando che *"se un'impresa concorrente ha scelto di non conseguire una determinata certificazione di qualità, richiesta espressamente dal bando di gara, l'impresa stessa non può pretendere che la sua offerta sia valutata come equivalente a quella di altra impresa certificata, ricorrendo ad una descrizione "in concreto" dei suoi processi aziendali, per dimostrare il rispetto dei requisiti di cui alla certificazione richiesta. Una simile estensione applicativa del principio di equivalenza violerebbe, non solo, il principio di parità di trattamento tra i concorrenti della gara, ma si porrebbe anche in contrasto con il principio concorrenziale, perché consentirebbe ad una impresa di risparmiare i costi necessari per ottenere le certificazioni ed essere così, potenzialmente, più competitiva sul mercato rispetto ad altre imprese che, al contrario, quei costi hanno sostenuto"* (**TAR Catanzaro, II, 29 aprile 2022, n. 759**).

4

Le stazioni appaltanti e gli operatori economici, possono stabilire termini per i pagamenti superiori a 30 gg dal ricevimento della fattura?

Il D.Lgs 231/2002 "Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali" stabilisce all'art. 4 i termini di pagamento, che generalmente sono di 30 gg dal ricevimento della fattura; è possibile che le parti stabiliscano per iscritto termini superiori, quando ci siano delle condizioni oggettive che necessitano di uno slittamento nel tempo di tale termine (ma non oltre i 60 gg).

La norma in questione ha un deciso carattere imperativo tale che nel caso in cui nei documenti di gara, o in quelli che ne derivano, sia inserito un termine non conforme a quelli previsti dalla norma, lo stesso è soggetto all'eterointegrazione ex art. 1339 del c.c. (Parere Anac n.4 del 10.04.2024)

5

Quali novità nel pagamento del contributo ANAC?

Per il pagamento del Contributo Anac, si è avviata la nuova modalità, sia per gli operatori economici sia per le stazioni appaltanti, attraverso il sistema PagoPA, o suoi intermediari.

Siccome l'avvio della nuova modalità era prevista per l'inizio dell'anno, e poi a seguito di problematiche tecniche è stata evidentemente rinviata, fino alla fine di maggio, l'Anac aveva fornito un iban, che potevano utilizzare gli operatori economici per provvedere al pagamento.

Ebbene, dall'avvio della nuova modalità, non è più consentito effettuare il bonifico.

6 Negli affidamenti sotto soglia con aggiudicazione al prezzo più basso, l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse ai sensi dell'art. 54 comma 1 del D.Lgs n. 36/2023 trova applicazione anche in assenza di una esplicita previsione nella lex specialis di gara?

Ai sensi dell'art. 54, co.1, d.lgs. 36/2023, "Nel caso di aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di contratti di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque (...)".

Correlativamente, l'art. 54, co. 2, della stessa disposizione normativa, dispone che "Nei casi di cui al comma 1, primo periodo, le stazioni appaltanti indicano negli atti di gara il metodo per l'individuazione delle offerte anomale, scelto fra quelli descritti nell'allegato II.2, ovvero lo selezionano in sede di valutazione delle offerte tramite sorteggio tra i metodi compatibili dell'allegato II.2".

L'orientamento giurisprudenziale formatosi in vigenza del D.Lgs n. 50/2016, secondo il quale "il meccanismo di esclusione automatica delle offerte – previsto per gli appalti sotto soglia nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso – trovava applicazione anche se la legge di gara non lo prevedesse espressamente sarebbe inattuale. Pertanto, la mancata previsione negli atti di gara dell'esclusione automatica delle offerte anomale, in uno con la mancata indicazione del metodo per l'individuazione delle stesse, non può essere colmata, ovvero sanata ex post dalla stazione appaltante" (Cfr. T.A.R. Campania, IV, 08 maggio 2024, n. 3001)

7 E' sufficiente che un capitolato speciale d'appalto faccia solo rinvio ai decreti ministeriali in materia di criteri ambientali minimi perché i concorrenti si attengano nel formulare la propria offerta?

Il Consiglio di Stato, sez. III, nella sentenza n. 4701 del 27 maggio 2024 ha precisato che non è sufficiente che un capitolato d'appalto faccia rinvio ai decreti ministeriali in materia di criteri ambientali minimi ma è invece necessario che i capitolati si arricchiscano dei relativi contenuti descrittivi, fornendo conseguenti indicazioni puntuali ai concorrenti.

Il mero richiamo ai C.A.M. da parte della legge di gara non equivale a prospettare la conformità del risultato della gara medesima allo scopo voluto dal parametro normativo. Per potersi predicare la legittimità della legge di gara è necessario riscontrare l'effettiva cura degli interessi ambientali in sede di disciplina degli obblighi negoziali (in ciò consistendo il risultato avuto di mira dai C.A.M.); pertanto, è insufficiente il dato disciplinare meramente formale consistente nel generico richiamo ai criteri in questione.

È contraria al principio del risultato una legge di gara che genericamente richiami una disciplina [quella in materia di C.A.M.] non declinata nelle specifiche tecniche, in vista di una successiva integrazione, tale da incrementare il tasso di complicazione e di incertezza del contenuto degli obblighi negoziali.

8

Come vanno determinati i compensi del Collegio Consultivo Tecnico obbligatorio?

Con il parere del 17 aprile 2024 n. 2643, il Supporto giuridico del Servizio Contratti Pubblici del MIT si è espresso riconoscendo che il compenso per i componenti del Collegio Consultivo Tecnico è da determinarsi ai sensi dell'art. 6, co. 7-bis, d.l. 76/2020, convertito nella legge n. 120/2020, il quale rimanda, poi, alle linee guida del Mit, ovvero al decreto 17 gennaio 2022 n. 12, art. 7 (relativamente agli appalti a cui si applica il nuovo Codice, ex d.lgs. 36/2023, vedasi l'art. 1, co. 5, dell'allegato V.2 al Codice).

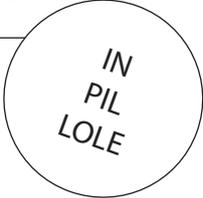
Pertanto, le parti (stazione appaltante e affidatario) sono obbligate ad applicare i compensi previsti nelle linee guida ministeriali non essendo riconosciuto alcuna facoltà in merito alla loro applicazione.

9

E' legittima l'esclusione di un operatore economico dalla procedura di gara se carente di un requisito di partecipazione ovvero l'iscrizione alla white list prefettizia non previsto dalla lex specialis a pena di esclusione?

Quello dell'iscrizione alla white list prefettizia nelle gare aventi ad oggetto l'affidamento di appalti pubblici nei settori individuati come a maggior rischio di infiltrazione mafiosa è un requisito generale attinente alla moralità professionale; trattasi di requisito obbligatorio di partecipazione alla gara e in quanto tale eterointegrabile nel caso in cui la legge di gara non lo preveda espressamente.

L'iscrizione alle white list: passaporto di sicurezza per la liceità delle procedure



IN
PIL
LOLE

La legge anticorruzione 190/2012 con l'art 1 comma 53 introduce una serie di attività che, per la loro natura, sono esposte al rischio di infiltrazioni mafiose e che esulano dall'iscrizione all'interno di particolari elenchi chiamati "White List".

Quest'ultimi sono istituiti presso ogni Prefettura ed al loro interno vengono iscritti fornitori e prestatori di servizi, non soggetti a tentativi di infiltrazioni mafiose.

Tali strumenti rappresentano un parametro di valutazione dell'affidabilità di un offerente, sotto il profilo della non condizionalità dell'attività economica privata da parte della criminalità organizzata.

Il comma 53 elenca le potenziali attività richiamate:

- Estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti;
- Confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume;
- Noli a freddo di macchinari;
- Fornitura di ferro lavorato;
- Noli a caldo;
- Autotrasporti per conto di terzi;
- Guardiania dei cantieri;
- Servizi funerari e cimiteriali;
- Ristorazione, gestione delle mense e catering;
- Servizi ambientali, comprese le attività di raccolta, di trasporto nazionale e transfrontaliero, anche per conto di terzi, di trattamento e smaltimento dei rifiuti, nonché le attività di risanamento e di bonifica e gli altri servizi connessi alla gestione dei rifiuti.

L'iscrizione di un'impresa all'interno della "White List" ci potrà far dedurre che essa abbia positivamente superato il sistema dei controlli, infatti, lo scopo di tale strumento è proprio quello di rendere più efficaci e snelli i controlli antimafia rispetto alle attività imprenditoriali considerate più a rischio, infatti l'esigenza di utilizzare tali liste scaturisce anche dalla constatazione che il fenomeno dell'infiltrazione mafiosa proviene dalla fattispecie dei sub-contratti.

In particolare, si tratta di quelli relativi a specifiche attività economiche che sono espressione del controllo del territorio esercitato dalle organizzazioni criminali, come per esempio attività a valle dell'aggiudicazione degli appalti interessanti il ciclo delle cave, del calcestruzzo, lo smaltimento in discarica.

È evidente come i soggetti operanti nelle citate attività si trovino spesso ad agire sul territorio in regime di monopolio naturale e questa condizione rende inevitabile il contatto tra questi e le altre imprese che vogliono aggiudicarsi appalti negli stessi territori.

È importante precisare che l'iscrizione nelle white list, tiene luogo della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria, anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti relativi ad attività diverse da quelle per le quali essa è stata disposta. Quindi, una volta iscritte, le imprese, non dovranno più presentare altri documenti alle pubbliche amministrazioni ai fini della liberatoria.

Cosa può accadere quando l'iscrizione ad una "white list" non sia richiamata dalla lex specialis di gara?

La questione viene affrontata attraverso l'analisi del caso di specie presente all'interno della sentenza del T.A.R. Piemonte sez.II del 22/03/2024 n. 299: "Una stazione appaltante aveva indetto una gara di servizi per un Presidio residenziale Socio-Assistenziale per anziani autosufficienti e no, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il seggio di gara aveva aperto le buste pervenute e aveva, successivamente, attivato il soccorso

istruttorio nei confronti della ricorrente invitandola a integrare sia le dichiarazioni, sia la documentazione della busta amministrativa e, quanto alla white list, precisare il possesso di iscrizione o la presentazione di domanda d'iscrizione e relativa data per l'attività di ristorazione, in quanto nel DGUE, la società aveva dichiarato di non essere iscritta nell'elenco fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa istituito presso la prefettura..., in quanto nell'elenco delle attività non è prevista l'assistenza residenziale per anziani e disabili, nonché servizi socio assistenziali ed educativi svolti presso strutture non proprie e servizi socio assistenziali ed educativi svolti a domicilio.

La stazione appaltante aveva escluso la ricorrente per carenza del requisito generale di partecipazione alla gara previsto dal disciplinare, ossia l'iscrizione negli appositi elenchi per lo svolgimento delle attività indicate nell'art 1 comma 53 legge 190/2012.

Il provvedimento di esclusione è stato impugnato dalla concorrente, lamentandone l'illegittimità, perché la stazione appaltante non avrebbe tenuto conto che la ricorrente non aveva potuto presentare tempestivamente la domanda di iscrizione alla white list per l'attività di ristorazione" ...

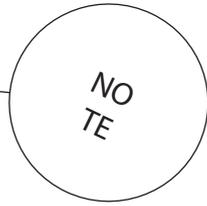
I giudici avevano rivelato che l'iscrizione all'interno della "White List", anche quando non fosse stata indicata dalla lex specialis di gara, doveva essere considerata un requisito di partecipazione alla competizione, in quanto riferito alla moralità professionale dell'impresa ed in quanto tale, lì dove mancante, avrebbe determinato l'esclusione del concorrente stesso: "È noto il prevalente orientamento giurisprudenziale, cui il Collegio intende aderire, secondo cui l'iscrizione dell'impresa nella cd. white list prefettizia è un requisito obbligatorio di partecipazione alle gare (cfr. TAR Cagliari, sez. II, 20 aprile 2022, n. 259; TAR Piemonte, sez. I, 4 gennaio 2019, n. 19; TAR Lazio, Roma, sez. II, 28.02.2023, n. 3385) e, come tale,

eterointegrabile in caso di lacuna nella lex specialis (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 1412.2022, n. 10935; Consiglio di Stato, Sez. V, sent. del 6 ottobre 2022, n. 8558; Consiglio di Stato, sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4903). Trattasi infatti di requisito generale attinente alla moralità professionale”.

In conclusione, si può ritenere che l’attivazione del sistema delle white list, accanto a quello tradizionale delle documentazioni antimafia,

oltre a garantire alla stazione appaltante l’affidabilità dell’operatore come soggetto agente sul mercato legale fungerebbe da incentivo per le imprese partecipanti a conseguire previamente l’iscrizione, al fine di conseguire in tempi ristretti l’eventuale aggiudicazione.

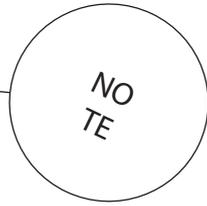
A fronte di tale considerevole vantaggio l’impresa dovrà comunque sottoporsi ai controlli periodici in ordine alla sua persistente affidabilità.



A series of 20 horizontal dotted lines for writing.



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



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!