

Rivista mensile - Anno XIV, Numero 5

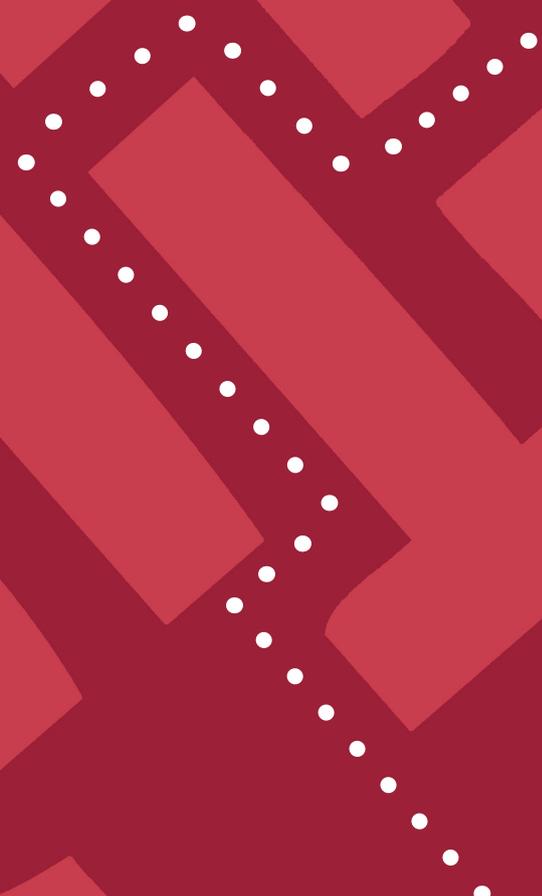
luglio
2024

MEDIA APPALTI

Le cause di esclusione di rilievo penale nel nuovo Codice dei contratti pubblici

Il Principio DNSH nel Piano Nazionale Ripresa e Resilienza

Collegi Consultivi Tecnici: dal nuovo Codice conferme e rilancio.



“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

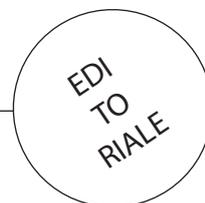


approfondimento aggiornamento giurisprudenza informazione consulenza normativa



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

**luglio
2024**



Paura

- Mi dica, cosa prova quando ha tra le mani quella penna?
- ...
- Ci pensi, cosa le impedisce di utilizzarla, di scrivere il suo nome?
- È come se diventasse esageratamente pesante. Non riesco a tenerla tra le dita. Comincio a sudare, ad avere tremori e nausea.
- E mi saprebbe dire da quando ha cominciato ad avvertire questi sintomi?
- Dall'articolo 28 della Costituzione o anche dall'articolo 22 del DPR n. 3 del 1957.
-

Il terapeuta annota qualcosa sul taccuino: Francesco Rossi, fobia della firma.

Non paura, ma fobia.

La differenza risiede nell'imminenza di un pericolo nel primo caso e nel manifestarsi di stati d'ansia, anche in assenza di una reale situazione dannosa, nel secondo.

Come si cura? Sarebbe meraviglioso avere un sistema con il quale andare a correggere tali disfunzioni nel nostro cervello, prelevarle e smaltirle. Ad oggi non disponiamo di tali tecnologie.

Una procedura simile esiste solo in ambito normativo. Se c'è qualcosa che provoca un qualsiasi impedimento si modifica una legge, la si corregge, alle brutte, la si abroga.

E così, in questi giorni, torna alla ribalta un tema sul quale, a dir la verità, si questiona ormai da anni: l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio.

L'esistenza del reato sarebbe la causa della "fobia della firma". Il ragionamento è questo: il funzionario timoroso di incorrere in giudizio per comportamento irresponsabile, decide di non prendersi la responsabilità di approvare o non approvare un documento. Il risultato è disastroso per il funzionamento delle Pubbliche Amministrazioni. In una fase storica nella quale i meccanismi decisionali dovrebbero essere più rapidi ed efficienti per accedere ai fondi del PNRR, si assiste ad un drastico rallentamento se non addirittura a una paralisi delle procedure. Così, progettazioni e appalti rischiano di restarne compromessi, di perdere la disponibilità dei fondi. È il fenomeno della "burocrazia difensiva". I soggetti preposti allo svolgimento di funzioni decisionali tendono a omettere di adempiere ai propri doveri per preservare il proprio ufficio e la propria persona da possibili ricorsi e conseguenti procedure giudiziarie.

Per superare questo stallo, sempre più dilagante nella nostra struttura amministrativa, cosa si fa? Se ne cercano le cause e si prova a porre rimedio? No, molto più facile eliminare gli effetti: abrogare il reato di abuso d'ufficio che tanta ansia induce nei pubblici ufficiali. Ma si tratta di un palliativo. È come se stessimo somministrando al nostro signor Rossi degli ansiolitici che attenueranno i sintomi nell'immediato ma non lo aiuteranno a risolvere il problema. Per ottenere questo risultato lo psicoterapeuta ha bisogno di intraprendere un lungo percorso di terapia, di indagare sulle cause di questa paura irrazionale.

Perché i funzionari hanno paura di finire sotto processo? È giustificata la reazione da parte di dirigenti in malafede, poco chiaro è invece se lo stesso atteggiamento è assunto da chi onestamente svolge questo lavoro. È necessario trovare un sistema che tuteli questi ultimi senza avvantaggiare i primi. Abrogare il reato di abuso d'ufficio non viaggia in questa direzione. La strada da intraprendere dovrebbe essere un'altra. Ce la suggerisce il Presidente onorario della Corte dei Conti Angelo Canale che in una relazione del 2011 affermava che "la "paralisi del fare", che esiste e certamente va contrastata, è imputabile in larga misura alla farraginosità delle

regole, alla esondazione o ipertrofia normativa, che determina uno stato di incertezza". Ecco la parola chiave: incertezza. I documenti che spesso vengono sottoposti al veto dei funzionari pubblici sono talmente ostici che questi non riescono a comprendere cosa devono approvare o bocciare.

Si parla di semplificazione da decenni, ma ogni volta che ci si fregia di aver avviato un processo di semplificazione delle leggi e della burocrazia, subito dopo avvertiamo che la realtà non è mutata. A volte, addirittura, la situazione si è ingarbugliata ulteriormente. A questo punto si può riformulare la diagnosi. L'incertezza della norma è reale, un rischio è reale, qualcosa di cui si deve avere paura.

Ci vuole una progettualità a lungo termine, condivisa e immune dagli egoismi politici, per un risultato concreto. Ci vogliono anni di lavoro e tonnellate di tomi da esaminare e riscrivere. È un'impresa che richiede sacrificio e dedizione. Archiviare la questione legata all'immobilità burocratica con l'abrogazione di una legge, risolvendo nell'immediato tale aspetto, non è risolutivo ed espone il sistema al dilagare di altre criticità.

A dire chiaramente come cambia lo scenario all'indomani dell'abrogazione è il Presidente dell'ANAC Giuseppe Busia. Dalle colonne de La Stampa del 25 giugno scorso afferma che l'abuso d'ufficio "punisce un comportamento che è oggettivamente grave. Quello del funzionario pubblico che viola una specifica disposizione di legge e lo fa intenzionalmente. Non basta: il reato scatta solo se produce un danno o un vantaggio ingiusto nei confronti di qualcuno".

Portando l'intervento di Busia nell'alveolo del settore degli appalti pubblici, il rischio è che il funzionario di una certa amministrazione possa optare per il gestire un appalto pubblico con il sistema dell'affidamento diretto e di assegnare la commessa a un'impresa di sua conoscenza.

In questo caso, non essendoci un diretto vantaggio economico a favore del pubblico ufficiale attore del favoritismo, non scatterebbe il reato di corruzione e, venendo meno quello di abuso d'ufficio, resterebbe impunito.

Questo sì che fa paura.

sommario

Editoriale

Paura

4

In evidenza

Le cause di esclusione di rilievo penale nel nuovo Codice dei contratti pubblici

7

Sotto la lente

L'affidamento diretto nella recente giurisprudenza (indicazioni al RUP su come procedere)

16

Hanno collaborato a questo numero:

Avv. Aldo Areddu
Avvocato penalista, esperto in materia di appalti pubblici

Avv. Pier Paolo Persichini
Avvocato esperto in materia di appalti pubblici

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

Dott.ssa Alessandra Verde
Referendaria consiliare presso il Consiglio regionale della Sardegna

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

Avv. Riccardo Gai
Esperto in materia di appalti pubblici

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

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

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

Il Punto

Il responsabile unico del progetto nel Codice dei contratti pubblici n. 36/2023

21

Il Principio DNSH nel Piano Nazionale Ripresa e Resilienza

29

L'ANAC richiama i RUP e i DEC ad un'attività di verifica più concreta ed efficace in fase di esecuzione contrattuale.

34

L'accesso agli atti di gara nel nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36).

43

Collegi Consultivi Tecnici: dal nuovo Codice conferme e rilancio.

51

Pareri & Sentenze

56

A Domanda Rispondiamo

64

In pillole

68

Osservatorio sulla Corte dei Conti

Le cause di esclusione di rilievo penale nel nuovo Codice dei contratti pubblici

di Aldo Areddu

IN
EVIDENZA

Premessa

Con il presente contributo intendiamo ricostruire le numerose ipotesi di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad una procedura di appalto (o di concessione, o di altro contratto pubblico regolato dal vigente codice dei contratti pubblici) connesse a vicende giudiziarie, in corso o definite, di natura penale.

Il riferimento normativo è costituito essenzialmente - all'interno del Titolo IV, capo II della parte V dedicata allo svolgimento delle procedure selettive - dagli artt. 94-98 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in uno con le discipline generali (il codice penale ed il codice di procedura penale) e particolari (la normativa antimafia e tutte le plurime leggi penali speciali ivi richiamate) presupposte.

Il nuovo codice propone una distinzione tra (i) cause di esclusione automatica e (ii) cause per le quale l'effetto espulsivo passa per una autonoma e specifica valutazione da parte della stazione appaltante.

Vale rammentare - ciò che non costituisce oggetto di approfondimento e che dunque è dato per acquisito - che gli illeciti presi in considerazione come cause escludenti debbono riguardare i soggetti indicati all'art. 94, co. 3 e 4 del codice dei contratti pubblici, ivi compresa l'innovativa figura - nata nell'ambito dei reati fallimentari ed estesa al comparto "appaltistico", onde colpire soggetti che, pur astrattamente non ricadenti nel novero soggettivo anzidetto, sono comunque idonei di fatto a condizionare l'operatività dell'impresa di cui sono titolari effettivi e sostanziali - dell'"amministratore di fatto".

1. Cause a rilievo penale di esclusione automatica

L'art. 94, primo comma, del codice prevede come cause di esclusione automatica dalla procedura la sentenza definitiva di condanna, o l'intervenuta emissione di decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, per un catalogo assai nutrito di reati, a partire da quelli di cui alla lett. a), di seguito enunciati:

- ✓ delitti di cui agli artt. 416 (associazione per delinquere), 416 *bis* del codice penale (associazioni di tipo mafioso anche straniera), o commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416*bis* oppure al fine di agevolare l'attività delle associazioni criminali ivi normate;
- ✓ delitti previsti dall'art. 74 t.u. stupefacenti (d.P.R. n. 309/90), ossia le varie figure di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope;
- ✓ delitto di cui all'art. 291 *quater* t.u. dogane (d.P.R. n. 43/73), vale a dire l'associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri;
- ✓ delitto di cui all'art. 452 *quaterdieces* c.p. (attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti).

Per tutte le fattispecie anzidette - comunque in quanto riconducibili alla partecipazione ad un'organizzazione criminale come definita dalla decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio dell'Unione europea, del 24 ottobre 2008, ossia quella "associazione strutturata di più di due persone, stabilita da tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà non inferiore a quattro anni o con una pena più grave per ricavarne, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale" - l'esclusione opera anche per le relative ipotesi di **tentativo**, che - come noto - ricorre in presenza di atti idonei ed univoci a commettere un delitto, purché l'azione non si compia o l'evento costituente l'illecito non si verifichi: art. 56 c.p.

Inoltre, rilevano (lett. b)):

- ✓ delitti di cui agli artt. 317 (concussione), 318 (corruzione per l'esercizio della funzione),

- 319 (corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio), 319 *ter* (corruzione in atti giudiziari), 319 *quater* (induzione indebita a dare o promettere utilità), 320 (corruzione di persona incaricata di pubblico servizio), 321 (previsione che applica al corruttore le pene previste negli articoli precedenti relativi alla corruzione), 322 (istigazione alla corruzione), 322 *bis* (che estende le sanzioni, tra gli altri, dei reati di corruzione anzidetti a membri di Corti internazionali, di organi di comunità europee o di assemblee parlamentari internazionali o di organizzazioni internazionali, nonché a funzionari di Comunità europee e di stati esteri), 346 *bis* (traffico di influenze illecite), 353 (turbata libertà degli incanti), 353 *bis* (turbata libertà del procedimento di scelta del contraente), 354 (astensione dagli incanti), 355 (inadempimento di contratti di pubbliche forniture) e 356 c.p. (frode nelle pubbliche forniture);
- ✓ delitto di cui all'art. 2635 del codice civile (infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità).

Anche per tali fattispecie è espressamente inclusa quella **tentata**.

Proseguendo con le lett. c) e d), si hanno:

- ✓ delitti di false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.);
- ✓ frode (che lede gli interessi finanziari delle comunità europee) ai sensi dell'art. 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, del 26 luglio 1995.

Per le anzidette tre fattispecie non è prevista eguale previsione per la relativa ipotesi tentata.

Alla lett. e) compaiono i:

- ✓ delitti - consumati o tentati - commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale, reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche.

La macrocategoria sembra includere non soltanto delitti strettamente connotati, già sotto il profilo fisionomico, dalle finalità terroristiche o eversive

(si pensi agli artt. 280, 280 *bis* e 280 *ter* c.p.), ma ogni altra fattispecie illecita che, pur comune, includa o presupponga tali profili, ad es. nella previsione di circostanze aggravanti.

Si prevedono ancora (lett. f), anche qui senza prevedersi il tentativo:

- ✓ i delitti di cui agli artt. 648 *bis* (riciclaggio), 648 *ter* (impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita) e 648 *ter.1* (autoriciclaggio) c.p., nonché il riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'art. 1 del d.lgs. 22 giugno 2007, n. 109.

Quanto a quest'ultima fattispecie, a rigore l'art. 1 del d.lgs. n. 109 cit. (recante "Misure per prevenire, contrastare e reprimere il finanziamento del terrorismo e l'attività dei Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale, in attuazione della direttiva 2005/60/CE") definisce espressamente solo il "*finanziamento del terrorismo*", come (art. 1, lett. d) "*qualsiasi attività diretta, con ogni mezzo, alla fornitura, alla raccolta, alla provvista, all'intermediazione, al deposito, alla custodia o all'erogazione di fondi e risorse economiche, in qualunque modo realizzata, destinati ad essere, direttamente o indirettamente, in tutto o in parte, utilizzati per il compimento di una o più condotte con finalità di terrorismo, secondo quanto previsto dalle leggi penali, ciò indipendentemente dall'effettivo utilizzo dei fondi e delle risorse economiche per la commissione delle condotte anzidette*".

Non usa mai, invece, il termine "provento", per cui il richiamo più prossimo potrebbe essere al "fondo" (quale "*attività ed utilità finanziarie di qualsiasi natura, possedute anche per interposta persona fisica o giuridica etc.*") e/o alle "risorse economiche" (ossia "*le attività di qualsiasi tipo, materiali o immateriali e i beni, mobili o immobili, ivi compresi gli accessori, le pertinenze e i frutti, che non sono fondi ma che possono essere utilizzate per ottenere fondi, beni o servizi, possedute, detenute o controllate, anche parzialmente, direttamente o indirettamente, ovvero per interposta persona fisica o giuridica, da parte di soggetti designati, ovvero da parte di persone fisiche o giuridiche che agiscono per conto o sotto la direzione di questi ultimi*").

La fattispecie della lett. g) desta perplessità:

- ✓ sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il d.lgs 4 marzo 2014, n. 24.

Difatti, all'interno del d.lgs. n. 24 cit. le uniche due fattispecie di reato coinvolte – perché il relativo testo è stato da tale normativa modificato – sono gli artt. 600 e 601 c.p., delle quali solo la seconda (tratta di persone) sarebbe pertinente, perché la prima punisce la riduzione o il mantenimento in schiavitù o in servitù, che costituisce una fattispecie ben più ampia del solo "*sfruttamento del lavoro minorile*".

Andrebbero incluse quantomeno anche le figure di cui agli artt. 600 *octies* (Impiego di minori nell'accattonaggio), ed intermediazione illecita e sfruttamento al lavoro di cui all'art. 603 *bis*, nell'ipotesi specifica aggravata del minore reclutato.

Infine, rileva (lett. h):

- ✓ ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

L'incapacità di contrattare con la p.a. è una delle pene accessorie previste dal codice penale, ed importa il divieto di concludere contratti con la medesima, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio. Essa scatta per ogni condanna per i delitti previsti dall'art. 32 *quater* c.p., che risultino commessi in danno o a vantaggio di un'attività imprenditoriale, o comunque in relazione ad essa.

Riportando qui le fattispecie al netto di quelle già previste nel codice, e dunque integrative del catalogo finora illustrato, abbiamo i reati di cui agli artt. 314, primo comma (peculato, nella sua ipotesi base); 316 *bis* (malversazione di erogazioni pubbliche); 316 *ter* (indebita percezione di erogazioni pubbliche); 319 *bis* (aggravante di cui all'art. 319, già previsto in precedenza); 437 (rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro); 452 *bis* (inquinamento ambientale); 452 *quater* (disastro ambientale); 452 *sexies* (traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività); 452 *septies* (impedimento del controllo ambientale e di sicurezza sul lavoro); 452

quaterdecies (attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti); 501 (rialzo e ribasso fraudolento di prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio); 501 *bis* (manovre speculative su merci); 640, secondo comma, n. 1 (truffa aggravata a danno dello Stato o di altro ente pubblico o dell'UE o con il pretesto di far esonerare qualcuno dal servizio militare); 640 *bis* (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche); 644 (usura).

Di regola l'incapacità ha una durata non inferiore ad un anno e non superiore a cinque anni (art. 32 *ter*, capoverso, c.p.). Tuttavia l'art. 317 *bis* c.p. stabilisce che, per alcuni dei reati surricordati (segnatamente, artt. 314, 317, 318, 319, 319 *bis*, 319 *ter*, 319 *quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322 *bis* e 346 *bis* c.p.), essa sia **in perpetuo**, tranne che sia inflitta la pena della reclusione per un tempo non superiore a due anni o se ricorra la circostanza attenuante di cui all'art. 323 *bis*, primo comma ("*fatti di particolare tenuità*") perché in tali casi, il divieto torna temporaneo per una durata non inferiore a cinque anni e non superiore a sette; infine, i limiti edittali scendono, rispettivamente, ad uno e cinque anni al ricorrere dell'attenuante del secondo comma dell'art. 323 *bis* cit. (ossia l'essersi "*efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili o per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite*").

Il co. 8 dell'art. 94 dispone che se la sentenza penale di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, la condanna produce effetto escludente dalle procedure d'appalto:

- a) in perpetuo, nei casi in cui alla condanna consegue di diritto la pena accessoria perpetua ex art. 317 *bis*, primo co., primo periodo, c.p. (salvo che la pena sia dichiarata estinta ai sensi dell'art. 179, settimo co., c.p.);
- b) per un periodo pari a sette anni nei casi previsti dall'art. 317 *bis*, primo co., secondo periodo, c.p. (salvo che sia intervenuta riabilitazione);
- c) per un periodo pari a cinque anni, nei casi diversi da quelli anzidetti (anche qui, salvo riabilitazione).

Se poi la pena principale ha una durata inferiore, rispettivamente, a sette e cinque anni di reclusione, l'effetto escludente che ne deriva si produce per un periodo avente durata pari alla durata della pena principale.

2. In particolare, le cd. interdizioni antimafia

Al su riportato novero di illeciti – che curiosamente non include una fattispecie che egualmente, se non con anche maggiore virulenza, importa una cesura significativa del rapporto fiduciario con l'amministrazione (il delitto di subappalto non autorizzato di cui all'art. 21 del d.l. n. 646/82 conv. in l. n. 726 del 1982, per il quale è assegnata alla stazione appaltante, in caso di affermata responsabilità penale, la facoltà di risolvere il contratto con l'affidatario) - si aggiungono (co. 2 dello stesso art. 94) la sussistenza di ragioni di decadenza, sospensione o divieto previste dall'art. 67 del d.lgs. n. 159/11 (cd. Codice antimafia) o di tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, co. 4, del medesimo testo.

Per quanto riguarda le prime (ragioni di decadenza, sospensione o divieto), esse sono costituite anzitutto dall'intervenuta applicazione, con provvedimento definitivo, di una delle **misure di prevenzione** previste dal libro I, titolo I, capo II dello stesso d.lgs. n. 159 (ossia le misure di prevenzione **personali** applicate dall'**autorità giudiziaria**: sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, cui può aggiungersi il divieto di soggiorno in uno o più comuni, diversi da quelli di residenza o di dimora abituale, o in una o più regioni; l'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale).

Difatti, stabilisce il co. 2 dell'art. 67 del codice antimafia che "*il provvedimento definitivo di applicazione della misura di prevenzione determina ... il divieto di concludere contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cottimo fiduciario e relativi subappalti e subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera. Le licenze, le autorizzazioni e le concessioni sono ritirate e le iscrizioni sono cancellate ed è disposta la decadenza delle attestazioni a cura degli organi competenti*".

Peraltro – prevede il successivo co. 3 – nel corso

del procedimento di prevenzione, il tribunale, ricorrendo motivi di particolare gravità, può disporre **in via provvisoria** i divieti anzidetti (provvedimento revocabile in qualunque momento dal giudice precedente e destinato a perdere efficacia ove non confermato con il decreto che applica la misura di prevenzione).

Salvo per provvedimenti di rinnovo, attuativi o comunque conseguenti a provvedimenti già disposti, ovvero di contratti derivati da altri già stipulati dalla p.a, la conclusione di **contratti o subcontratti** indicati nel co. 2 (contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cottimo fiduciario e relativi subappalti e subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera) non può essere consentita a favore di persone nei cui confronti è in corso il procedimento di prevenzione senza che sia data preventiva comunicazione al giudice competente, il quale può disporre - ricorrendone i presupposti - i divieti e le sospensioni (in tal caso, i relativi procedimenti amministrativi restano sospesi fino a quando il giudice non provvede e, comunque, per un periodo non superiore a venti giorni dalla data in cui la p.a. ha proceduto alla comunicazione).

*Ai sensi del co. 4, "Il tribunale ... dispone che i divieti e le decadenze previsti dai commi 1 e 2 operino anche nei confronti di **chiunque conviva** con la persona sottoposta alla misura di prevenzione nonché nei confronti di imprese, associazioni, società e consorzi di cui la persona sottoposta a misura di prevenzione sia **amministratore o determini in qualsiasi modo scelte e indirizzi**. In tal caso i divieti sono efficaci per un periodo di cinque anni".*

Una ulteriore ipotesi di "ragioni di decadenza, sospensione o divieto" è costituita - art. 67, co. 8 - dalle persone condannate con sentenza definitiva o, ancorché non definitiva, confermata in grado di appello, per uno dei delitti di cui all'art 51, co. 3-bis c.p.p. (quelli per i quali le funzioni requirenti sono svolte dalla Procura distrettuale antimafia), nonché per i reati di cui all'art. 640 (truffa), secondo co., n 1) c.p., commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico, e all'art. 640-bis del c.p. (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche).

Venendo ora ai "tentativi di infiltrazione mafiosa", essi si desumono, ai fini che qui rilevano:

✓ da provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna, anche non definitiva, per taluni dei delitti di cui agli artt. 353 (turbata libertà degli incanti), 353 bis (turbata libertà del procedimento di scelta del contraente), 603 bis (intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro), 629 (estorsione), 640 bis (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche), 644 (usura), 648 bis (riciclaggio), 648 ter (impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita), dei delitti di cui all'art. 51, co. 3 bis c.p.p. (cognizione della Procura distrettuale antimafia) e di cui all'art. 12 quinquies del d.l. n.306/92 conv in l. n. 356/92 (trasferimento fraudolento e possesso ingiustificato di valori), nonché dei delitti di cui agli artt. 2, 3 e 8 del d.lgs. n. 74/00 (rispettivamente, dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, ed emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti);

✓ dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione;

✓ salvo che ricorra l'esimente di cui all'art. 4 l. n. 689/81 (adempimento di un dovere, esercizio di facoltà legittima, stato di necessità o legittima difesa), dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli artt. 317 (concussione) e 629 (estorsione) c.p. aggravati ai sensi dell'art 416 bis.1 c.p., da parte di soggetti nei cui confronti sia pendente l'applicazione di un procedimento di prevenzione o di una delle cause ostative di cui al cessato art. 10, l. n. 575/65 (attuale art. 67 citato del codice antimafia), anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste. Tale circostanza deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato, e deve essere comunicata - unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia - dal Procuratore della Repubblica procedente alla Prefettura della Provincia in cui i soggetti richiedenti di cui all'art. 83, co. 1 e 2 (rispettivamente, pubbliche amministrazioni e assimilate, nonché contraenti generali), hanno sede, ovvero in cui hanno residenza o sede le persone fisiche, le imprese, le associazioni,

le società o i consorzi interessati ai contratti e subcontratti di cui all'art. 91, co. 1, lett. a) e c) (rispettivamente, soglia europea per i contratti; euro 150 mila per subcontratti, cessioni e cottimi), o che siano destinatari degli atti di concessione o erogazione di cui alla lettera b) dello stesso comma (concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali).

Peraltro le cause di esclusione legate alla ricorrenza di "tentativi di infiltrazione mafiosa" non operano se, entro la data dell'aggiudicazione, l'impresa sia stata ammessa al **controllo giudiziario** adottato dal Tribunale ex art. 34-bis del medesimo codice antimafia.

3. Le cause di esclusione non automatiche

Veniamo ora alle cause di esclusione non automatiche, ovviamente – ai fini della presente trattazione – limitatamente alle vicende giudiziarie penali.

Reca il primo co. dell'art. 95 del d.lgs. n 36/23 che la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti, tra l'altro, che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati, nell'enunciazione tassativa dell'uno e degli altri fornita dall'art. 98.

A tal riguardo il terzo co. di tale ultima previsione dispone che l'illecito professionale è desumibile al verificarsi di almeno uno dei seguenti elementi (tra quelli qui di interesse):

- ✓ omessa denuncia all'autorità giudiziaria da parte dell'operatore economico persona offesa dei reati previsti e puniti dagli artt. 317 e 629 del codice penale, aggravati ex art. 416-bis.1 del medesimo codice (salvo ricorrenza dei casi previsti dall'art. 4, primo co. l. n. 689/81) (lett. f);
- ✓ **contestata** commissione di taluno dei già ricordati reati, consumati o **tentati**, di cui al co. 1 dell'art. 94 (lett. g);

- ✓ **contestata** o accertata commissione di taluno dei seguenti reati **consumati** (lett. h):
 - ❖ abusivo esercizio di una professione (art. 348 c.p.);
 - ❖ bancarotta semplice, bancarotta fraudolenta, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare o ricorso abusivo al credito (artt. 216, 217, 218 e 220 r.d. 16 marzo 1942, n. 267);
 - ❖ reati tributari di cui al d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74;
 - ❖ delitti societari di cui agli artt. 2621 e ss. c.c.
 - ❖ delitti contro l'industria e il commercio (artt. 513-517 c.p.);
 - ❖ reati urbanistici di cui all'art. 44, co. 1, lett. b) (esecuzione di lavori in totale difformità o assenza del permesso o prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione) e c) (lottizzazione abusiva di terreni a scopo edilizio), t.u. edilizia (d.P.R. n. 380/01), con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria;
 - ❖ reati previsti dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Come si vede, a parte la ripetizione della fattispecie dell'omessa denuncia dei particolarmente gravi reati connotati dall'aggravante mafiosa (che già costituisce di per sé elemento da cui desumere – come già ricordato - i "tentativi di infiltrazione mafiosa", e dunque causa di esclusione automatica), rilevano tutte le ipotesi di reato che determinano l'esclusione automatica, con la differenza che qui (i) emergono tutte le fattispecie dell'art. 94, comprese quelle tentate che secondo tale disposizione non rilevavano, e (ii) risulta indicata anche la sola contestazione.

Segue, infine, l'anzidetto elenco – pure qui rilevando anche le sole contestazioni di illecito – che per molti ambiti (es. i reati tributari ed i delitti societari) è costruito in modo da ricomprendere tutte le relative fattispecie, laddove solo una o più di esse costituisce cause di esclusione automatica.

La caratteristica è che in ogni caso debba trattarsi di reati solo consumati, con esclusione dunque del tentativo.

Il richiamo, poi al d.lgs. n. 231 cit. (**responsabilità amministrativa da reato**) determina, stante la notevole ampiezza dei reati presupposto ivi previsti, o la mera duplicazione di fattispecie previste già tra le cause di esclusione non automatica (es. i reati tributari), o l'inserimento di ipotesi di reato non considerate (si pensi all'abuso d'ufficio), tra le quali spiccano i reati ambientali, nonché l'omicidio colposo o le lesioni colpose con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro (ipotesi che comunque rientrerebbero nelle "gravi infrazioni ... alle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro, nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro etc.", di cui all'art. 95, co. 1, lett. a).

La valutazione di **gravità** - dispone il co. 4 dell'art. 98 - deve tenere conto (i) del bene giuridico leso dalla norma penale, (ii) dell'entità della lesione inferta dalla condotta materiale del reato e (iii) del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa (inciso quest'ultimo che consente di valorizzare gli eventualmente mutati assetti aziendali e dunque le "prese di distanza" da condotte di precedenti amministratori o direttori tecnici responsabili dei fatti illeciti).

Quanto ai **mezzi di prova adeguati** (art 98, co. 6), essi - sempre nei limiti di interesse del presente contributo - sono costituiti:

- ✓ per la fattispecie di cui alla lett. f) (omessa denuncia), dagli elementi ivi indicati;
- ✓ per le fattispecie di cui alla lett. g) (reati consumati o tentati, anche solo contestati, che soltanto se definitivamente accertati, determinerebbero l'esclusione automatica), gli atti di cui all'art. 407-bis, co. 1, del codice di procedura penale (la formulazione dell'imputazione operata dal pubblico ministero con la richiesta di rinvio a giudizio innanzi al Giudice per l'udienza preliminare, o con il decreto che dispone il giudizio innanzi al Tribunale in composizione monocratica, o infine le altre ipotesi di formulazione dell'imputazione nei riti alternativi), il decreto che dispone il giudizio, eventuali provvedimenti cautelari reali o personali, la sentenza di condanna non definitiva, il decreto penale

di condanna non irrevocabile, la sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta ex art 444 c.p.p. (cd. patteggiamento);

- ✓ per le fattispecie di cui alla lett. h) (catalogo dei reati specificatamente indicati sopra), parimenti la sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile, la condanna non definitiva, i provvedimenti cautelari reali o personali del giudice penale.

La stazione appaltante è tenuta a valutare - ai sensi del co. 7 dell'art. 98 - tali provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali, motivando in particolare sulla loro ritenuta idoneità ad incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente, soffermando l'attenzione anche sull'eventuale **impugnazione** dei medesimi. Fermo restando che l'onere di motivazione (co. 8) deve necessariamente connotare tutti e tre gli elementi indicati al co. 2 per approdarsi all'esclusione (dunque gli elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale; sua idoneità ad incidere su affidabilità/integrità dell'operatore; adeguatezza dei mezzi di prova).

Le cause di esclusione non automatiche rilevano (art. 96, co. 10) - salvo che ricorra la condotta di cui al co. 3, lett. b), dell'art. 98 (ossia, la condotta dell'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio o che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni su esclusione, selezione o aggiudicazione) - **per tre anni**, decorrenti dalla data di emissione di uno degli atti di esercizio dell'azione penale, oppure di eventuali provvedimenti cautelari personali o reali del giudice penale, se antecedenti all'esercizio dell'azione penale ove la situazione escludente consista in un illecito penale rientrante tra quelli valutabili ai sensi del co. 1 dell'art. 94 oppure ai sensi del co. 3, lett. h), dell'art. 98 (contestata o accertata commissione di taluno dei reati consumati ivi previsti). In tutti gli altri casi (qui di interesse) dalla commissione del fatto.

L'eventuale impugnazione di taluno dei provvedimenti suindicati - precisa il co. 11 dell'art. 96 - non rileva ai fini della decorrenza del triennio.

4. Previsioni comuni

4.1 Circostanze "riabilitanti"

Per tutte le fattispecie espulsive (automatiche e no), l'esclusione non è disposta e il divieto di aggiudicare non si applica – artt. 94, co.7; 95, co. 3 - quando (i) il reato è stato depenalizzato, (ii) è intervenuta la riabilitazione, (iii) nei casi di condanna a una pena accessoria perpetua, questa è stata dichiarata estinta ai sensi dell'art. 179, co. 7 c.p., (iii) il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna, e (iv) la condanna è stata revocata.

La **depenalizzazione** di un reato non crea problemi interpretativi: si ha quando il legislatore si determina a privare una fattispecie incriminatrice di quel disvalore intrinseco che la colloca nel sistema penale, per "retrocederla" a sanzione amministrativa o illecito civile.

A maggior ragione, la previsione vale se il comportamento in precedenza illecito non è più coperto da alcuna sanzione, ma questa ipotesi – come pure l'intervenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma (penale), pronuncia che determina, ex art. 136 Cost., la disapplicazione di essa a decorrere dal giorno successivo alla sua pubblicazione – rientra più correttamente nella revocabilità della sentenza (art 673, primo co., c.p.p.).

La **riabilitazione** è una causa di estinzione della pena, che determina di regola l'estinzione anche delle pene accessorie e di ogni altro effetto penale della condanna (art. 178 c.p.). Essa non produce effetti sulle pene accessorie perpetue; tuttavia, decorsi sette anni dalla riabilitazione, anche tale pena specifica è dichiarata estinta, purché il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta (art. 179, co 7 c.p., richiamato per l'appunto dalla previsione del d.lgs. n.36/23)

Anche l'intervenuta declaratoria di **estinzione del reato dopo la condanna** – per le varie ipotesi previste dal codice penale (amnistia, remissione di querela per i reati che presuppongano tale procedibilità, prescrizione, oblazione nei reati contravvenzionali, condotte riparatorie ex art. 162 *ter*, decorso del periodo di sospensione condizionale della pena, favorevole messa alla prova ex art. 168 *bis*, perdono giudiziale in caso di minori) - preclude l'operatività delle clausole di esclusione.

Resta, da ultimo, l'ipotesi di **revoca** di una condanna, che - al netto di quanto già anticipato - si configura o per il decreto penale sul quale è formulata opposizione o per revisione (art. 630 c.p.p.)

4.2 Custodia o amministrazione giudiziaria di imprese in sequestro/confisca

Stabilisce l'art. 96, co. 16 che tutte le cause di esclusione previste non si applicano a aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'art. 240-bis c.p. o degli artt. 20 e 24 del codice antimafia, e affidate ad un custode od amministratore giudiziario o finanziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento.

La previsione mira evidentemente a salvaguardare l'operatività continuativa di imprese che, pur attinte da misure patrimoniali ablatorie o di sicurezza, possono continuare a svolgere la propria attività sotto la direzione di organi di diretta emanazione del Tribunale competente.

4.3 Misure di cd. *self cleaning*

Infine, per entrambe le casistiche escludenti (automatiche e no), 2, il codice (art. 96) prevede che l'operatore economico non è escluso se si sono verificate le condizioni di cui al co. 6 ed abbia adempiuto agli oneri di cui ai co. 3 o 4.

Se la causa di esclusione si è verificata prima della presentazione dell'offerta, l'operatore economico - contestualmente ad essa - la comunica alla stazione appaltante comprovando, alternativamente, di avere adottato le misure di cui al co. 6, oppure di non averle potute adottare in precedenza, ottemperandovi successivamente. Se invece la causa si è verificata successivamente, l'operatore economico adotta e comunica le misure.

Il co. 6 illustra come le misure adottate siano da ritenersi sufficienti a dimostrarne l'affidabilità, oltre che tempestivamente adottate: occorre, in particolare, che l'o.e. dimostri (i) di aver risarcito, od essersi impegnato a risarcire, qualunque danno causato dal reato, (ii) di aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale, collaborando attivamente con le autorità investigative e (iii) di

aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati.

Le misure sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato illecito, nonché la tempestività della loro assunzione, comunicando le motivazioni ove siano ritenute intempestive o insufficienti.

Chi risulti escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto o di concessione non può avvalersi del cd. *self cleaning* nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza.

4.4 Altre disposizioni

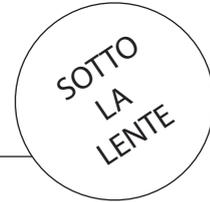
Reca l'art. 96, co. 12 che l'operatore economico ha l'onere di comunicare immediatamente alla stazione appaltante la sussistenza di taluno dei provvedimenti surricordati che determinano la contestazione dell'illecito (richiesta di rinvio a giudizio, provvedimenti cautelari etc.), ove non menzionati nel proprio fascicolo virtuale.

Se vi contravviene, il triennio inizia a decorrere dalla data in cui la stazione appaltante ha acquisito taluno di detti provvedimenti.

Ai sensi poi del successivo co. 14, lo stesso o.e. ha l'obbligo di comunicare alla stazione appaltante la sussistenza dei fatti e dei provvedimenti che possono costituire causa di esclusione ai sensi degli articoli 94 e 95, ove non menzionati nel proprio **fascicolo virtuale**. L'omissione di tale comunicazione o la non veridicità della medesima, pur non costituendo di per sé causa di esclusione, può rilevare ai sensi del comma 4 dell'art. 98 (ossia nella complessiva valutazione di gravità dell'illecito professionale).

Infine, il co. 15 dell'art. 96 stabilisce che in caso di presentazione di **falsa dichiarazione o falsa documentazione**, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'ANAC che, se ritiene esser state rese con dolo o colpa grave, tenuto conto della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto per un periodo fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.

L'affidamento diretto nella recente giurisprudenza (indicazioni al RUP su come procedere)



di Stefano Usai

Premessa

La recente sentenza del Tar Lombardia, n. 1178/2024 è pronuncia di estrema rilevanza perché chiarisce che l'affidamento diretto – come oggi previsto nell'articolo 50 del nuovo codice e con definizione innestata nell'allegato I.1 -, è una fattispecie semplice che non richiede particolari articolazioni ma, si potrebbe dire, esclusivamente, un comportamento istruttorio corretto, nel senso di rispettoso delle minime richieste contenute nell'articolo 50 e trasparente (con la pubblicazione degli atti o dell'atto unico conseguente nella sezione trasparenza).

Altro, ovvio accorgimento, è che anche nel caso dell'affidamento diretto – a prescindere dal fatto che si tratti o meno di micro importo - **il RUP deve utilizzare le piattaforme di approvvigionamento certificate mentre, solo nell'ambito degli affidamenti diretti, infra 5 mila euro, è possibile utilizzare le piattaforme digitali anche non certificate, ora, fino al 31 dicembre 2024 (come da provvedimento del Presidente dell'autorità di recente pubblicazione nel mese di giugno).**

Circa l'ultima annotazione è bene citare anche un recente parere del MIT n. 2525/2024 in cui – alla domanda se per gli affidamenti di importo inferiori ai 5mila euro sia ancora possibile – dopo il 1° gennaio 2024 – procedere con l'affidamento extra

mercati elettronici e quindi senza l'utilizzo delle piattaforme digitali, il MIT esclude questa ipotesi.

Più nel dettaglio, nel riscontro si legge che "A decorrere dal 1° gennaio 2024, anche per le procedure sotto-soglia vi è l'obbligo di procedere tramite piattaforma ai sensi degli artt. 25 e 26 del d.lgs. 36/2023.

Si veda il Comunicato del Presidente Anac del 10 gennaio 2024, "Indicazioni di carattere transitorio sull'applicazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici in materia di digitalizzazione degli affidamenti di importo inferiore a 5.000 euro" (raggiungibile al seguente link: <https://www.anticorruzione.it/-/comunicato-del-presidente-del-10-gennaio-2024>) - il quale specifica che "al fine di favorire le Amministrazioni nell'adeguarsi ai nuovi sistemi che prevedono l'utilizzo delle piattaforme elettroniche e garantire così un migliore passaggio verso l'amministrazione digitale, sentito il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, ritiene in ogni caso necessario chiarire che allo scopo di consentire lo svolgimento delle ordinarie attività di approvvigionamento in coerenza con gli obiettivi della digitalizzazione, l'utilizzo dell'interfaccia web messa a disposizione dalla piattaforma contratti pubblici - PCP dell'Autorità, raggiungibile al link <https://www.anticorruzione.it/-/piattaforma-contrattipubblici>, sarà disponibile anche per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro" ora, come detto, fino al 31/12/2024.

Pertanto, la deroga riguarda solo l'acquisizione del solo CIG che per importi predetti può avvenire esternamente alla piattaforma di approvvigionamento tramite l'applicativo predisposto dall'ANAC.

1. La sentenza

Il caso trattato dal giudice risulta, almeno in apparenza, abbastanza semplice. In particolare, le ragioni delle censure sono due: la prima è che la stazione appaltante – meglio sarebbe dire il RUP – non si sarebbe attenuto ai propri vincoli fissati autonomamente (in particolare sugli aspetti dell'eventuale verifica dell'anomalia).

La seconda questione, in realtà quella di maggior rilievo pratico operativo è che la stazione appaltante (il RUP) avrebbe articolato il procedimento di affidamento diretto simulando (nascondendo) un'autentica procedura di aggiudicazione. Ciò avrebbe avuto delle conseguenze specifiche in particolare, semplificando, un maggior rigore nell'assegnazione ed il rispetto di ulteriori disposizioni.

Nel dettaglio, su questa censura si legge (dalla sentenza) che, "al di là della qualificazione indicata negli atti impugnati, la procedura espletata sarebbe, in realtà, una procedura di gara negoziata di cui all'art. 50, comma 1, lett. e) d.lgs. n. 36/2023 e non un affidamento diretto ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 36/2023, come sarebbe dimostrato: dal fatto che è stato dato avvio ad una procedura di affidamento mediante l'adozione di una determinazione a contrarre e la trasmissione di una lettera invito a cinque operatori; dalla richiesta del possesso di specifici requisiti di ordine speciale, mentre nessuna indicazione sarebbe stata chiesta rispetto al possesso di documentate esperienze pregresse previste dall'art. 50, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 36/2023; dalla richiesta di formulazione di una vera e propria offerta, composta da una parte tecnica ed una parte economica, e non di un preventivo; dalla previsione di criteri di valutazione delle offerte, rimessi alla discrezionalità del RUP, sulla base del criterio - per quanto non espressamente richiamato - dell'offerta economicamente più vantaggiosa; dalla previsione di un sopralluogo obbligatorio, "al fine della presentazione dell'offerta".

In pratica, secondo il ricorrente, nel procedimento amministrativo risultavano innestati ben 7 "elementi" che rendevano un procedimento definito come affidamento diretto in una procedura autentica di selezione (una procedura negoziata) che avrebbe richiesto, come anticipato, una attività istruttoria molto più intensa e rigorosa.

Il giudice, condivisibilmente, non condivide la censura evidenziando, in particolare, che in realtà gli elementi richiamati rientrano comunque a pieno titolo anche nel procedimento amministrativo dell'affidamento diretto che è risultato, quindi, ben presidiato dal RUP.

Prima di addentrarci nell'analisi della rigorosa riflessione espressa nella sentenza appare necessario esprimere alcune premesse di tipo pratico.

2. L'affidamento diretto nel nuovo codice

Il procedimento amministrativo dell'affidamento diretto non ha una rigorosa e precisa disciplina nell'ambito del codice visto che questo disciplina le procedure di selezione ed il primo – si ripete per espressa affermazione contenuta nell'allegato I.1 - non è (non sostanza/concreta) una selezione tra le offerte/preventivi presentati. In pratica definita l'esigenza della stazione appaltante, il RUP si limita ad individuare – secondo una discrezionalità tecnica – con o senza indagine di mercato ad individuare la prestazione che può soddisfare le esigenze prospettate.

Ovviamente, la dinamica più congeniale è l'affidamento secondo il prezzo, soprattutto se le caratteristiche della prestazione da acquisire sono ben definite e/o standardizzate. Ma tale processo istruttorio di adeguamento (tra le prestazioni presenti nel mercato e le necessità della stazione appaltante) possono essere oggetto di adattamento come nel caso in cui, individuato il potenziale affidatario, si definiscono le altre condizioni oppure la dinamica di scelta può essere strutturata con la richiesta, ad operatori prescelti, di proporre la propria soluzione/preventivo per la prestazione da acquisire.

In pratica, e pertanto, il procedimento di affidamento diretto viene definito/configurato/costruito dal RUP che, sulla ipotesi in parola, ha

estremo margine di azione sempre che rispetti il quadro "normativo" consacrato nell'articolo 50 del nuovo codice.

Nel dettaglio, infatti, l'articolo 50, comma 1 lett. a) e b) l'affidamento diretto avviene "anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante".

A questo quadro si deve aggiungere l'obbligo di rispettare la rotazione (ai sensi dell'articolo 49 del codice) e l'esigenza di tenere sempre a mente il principio del risultato (art. 1) ovvero il RUP deve raggiungere l'obiettivo (il risultato) dell'affidamento e della corretta/tempestiva esecuzione del contratto.

L'aspetto, probabilmente, di maggior carico istruttorio per il RUP è, rimane, la certificazione della congruità del prezzo.

Solo quando è complesso certificare tale congruità allora il RUP può integrare la propria istruttoria magari previamente verificando ulteriori condizioni di mercato, attivare un confronto con più preventivi ma senza che ciò sostituisca una gara vera e propria: il confronto che il RUP deve attivare è certo un raffronto, ad esempio, tra i prezzi e prestazioni proposte ma soprattutto rispetto alla necessità/fabbisogno della stazione appaltante.

A condizione che sia chiaro fin dall'avvio, è indispensabile che il RUP chiarisca - se del caso - ad esempio, che il prezzo non sarà determinante nell'affidamento visto che si privilegerà l'organizzazione del servizio proposto (nel caso in cui ovviamente si tratti di servizio) ma non confrontando le organizzazioni proposte ma confrontandole, si ripete, con le necessità della stazione appaltante.

Questo deve essere previamente chiarito e, soprattutto, deve essere chiaro che non insistono aspetti di valutazione discrezionale (perché altrimenti sarebbe necessaria una autentica valutazione di offerta) che imporrebbero l'esigenza di innestare la commissione di gara. L'innesto della commissione di gara, ovviamente, avrebbe per effetto di trasformare l'affidamento diretto un'autentica gara.

Queste indicazioni appena sintetizzate sono state chiaramente esplicitate nella determinazione (decisione) di avvio del procedimento dell'affidamento diretto da parte del RUP (ciò non emerge solo dalla sentenza ma dalla lettura della determinazione in parola). La decisione a contrarre adottata - fin dall'oggetto - chiariva che si intendeva procedere con affidamento diretto con confronto (con il RUP) tra diversi preventivi.

Nell'affidamento diretto articolato, pertanto, come ben chiarisce il giudice, uno degli aspetti fondamentali è che il RUP abbia ben chiarito come intende condurre la propria istruttoria. Nel momento in cui questo è chiaro gli operatori chiamati a presentare i preventivi intendono immediatamente che non è una gara e che non si costituiranno posizioni soggettive specifiche (ad esempio, quella del secondo classificato visto che nell'affidamento diretto non esiste graduatoria).

Ed ecco, come si vedrà più avanti, il giudice risponde negativamente alla pretesa del dogliante secondo cui dall'articolazione/innesto nel procedimento amministrativo dell'affidamento diretto sarebbe stata simulata una procedura negoziata con conseguente obbligo del RUP "di rispettare le regole che disciplinano le procedure negoziate, ivi comprese quelle afferenti al procedimento di verifica di congruità delle offerte".

3. Come si fa l'affidamento diretto?

Nel ragionamento espresso in sentenza è chiaro come il RUP debba procedere nel momento in cui utilizza il procedimento amministrativo dell'affidamento diretto.

Il giudice, in primis, evidenzia che dalla decisione a contrarre emerge chiaramente la volontà del RUP di "individuare l'operatore cui affidare il servizio previo confronto di preventivi chiesti a cinque operatori".

La sottolineatura successiva - anche indicata nella decisione a contrarre - appare fondamentale anche per guidare gli operatori nella decisione (o meno) di presentare un proprio preventivo.

In sentenza si rammenta, infatti, che con la decisione a contrarre il responsabile del servizio ha deciso (appunto) di "di affidare al RUP la valutazione

complessiva di carattere qualitativo ed economico dei preventivi, valutazione che verrà” - prosegue la sentenza -, “descritta in apposito verbale redatto dallo stesso, senza generare nessun tipo di graduatoria tra gli operatori partecipanti”. Queste preziose indicazioni poi “sono ribadite nella lettera d’invito”.

Come emerge dalla segnalazione in sentenza, il momento fondamentale che consente di distinguere il procedimento da una procedura (e quindi l’affidamento diretto da una autentica selezione/concorso tra operatori economici) è “la previsione di un mero confronto tra preventivi e l’assenza di una commissione giudicatrice nominata per la valutazione delle offerte, per cui l’individuazione del preventivo ritenuto più conveniente per l’amministrazione è effettuata direttamente dal R.U.P., senza le formalità della seduta pubblica e senza l’elaborazione di una graduatoria finale tra le diverse proposte, palesano la volontà dell’amministrazione di ricorrere ad una modalità di affidamento diretto e non ad una procedura di carattere comparativo (cfr., analogamente, Tar Lombardia, Milano, sez. IV, sent. n. 2968/2023)”.

È su questo aspetto che la decisione dell’operatore (compreso il ricorrente) avrebbe dovuto esplicitarsi: fin dall’avvio del procedimento la valutazione risultava rimessa al RUP il quale era tenuto, esclusivamente, ad non assumere decisioni arbitrarie, illogiche o manifestamente sproporzionate (situazioni/carenze/difetti/errori che l’operatore, per sconfessarne l’operato, avrebbe dovuto adeguatamente dimostrare. Ed invece si è limitato ad evidenziare la presenza di elementi/innesti ritenendoli non propri dell’affidamento diretto (in realtà, dice il giudice, neanche questa affermazione era corretta).

Secondo il giudice, dalla decisione a contrarre non si palesava alcuna volontà di indire una procedura negoziata. Questo non si può sostenere per il fatto di aver coinvolto 5 operatori economici visto che è lo stesso codice (allegato I.1) a consentire l’interpello tra più operatori economici.

In realtà, non è stato innestato un elemento classico della procedura negoziata ma piuttosto la decisione discrezionale (nell’affidamento diretto) di consultare il mercato (visto che la norma non obbliga a tale consultazione). Del resto, continua il giudice, già la giurisprudenza ha affermato che

una mera procedimentalizzazione non snatura l’affidamento diretto in altre fattispecie.

E, non a caso, in sentenza si legge che “la mera procedimentalizzazione dell’affidamento diretto, mediante l’acquisizione di una pluralità di preventivi e l’indicazione dei criteri per la selezione degli operatori (procedimentalizzazione che, peraltro, corrisponde alle previsioni contenute nelle Linee Guida n. 4 per tutti gli affidamenti diretti; cfr. il par. 4.1.2 sull’avvio della procedura), non trasforma l’affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall’Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze” (cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, 23.04.2021 n. 3287; in termini, TAR Venezia, Sez. I, 13.06.2022 n. 981; TAR Basilicata, Sez. I, 11.02.2022 n. 108; TAR Marche, Sez. I, 07.06.2021 n. 468)”.

4. La richiesta di offerte tecnico/economiche nell’affidamento diretto

Non snatura il procedimento in procedura neppure “la richiesta di un’offerta tecnica e un’offerta economica, da formularsi previa effettuazione di un sopralluogo, l’indicazione di un importo “a base d’asta” e la predeterminazione di criteri di valutazione”.

Su questa affermazione occorre soffermarsi: nel momento in cui il RUP utilizza l’affidamento diretto con interpello deve avere delle “ragioni” tecniche. Decide di avere più preventivi nel caso in cui, ad esempio, il mercato possa determinare proposte differenti. In pratica, non ha gli elementi necessari e sufficienti per affermare immediatamente la congruità.

Da qui la scelta dell’interpello ed è chiaro che il preventivo richiesto potrà più o meno essere articolato a seconda della prestazione da eseguire.

Ma ciò che potrebbe snaturare il procedimento amministrativo fino a renderlo in realtà una procedura non è tanto la richiesta formale e come questa viene denominata ma l’intensità di valutazione che alla presentazione segue.

Per intendersi, se il preventivo presentato implica una valutazione discrezionale – e quindi non solo un

confronto tra l'esigenza della stazione appaltante ed il preventivo richiesto ma tra le proposte presentate - probabilmente siamo in presenza di una vera e propria selezione (e quindi fuori dall'affidamento diretto). Ma se il preventivo/offerta risulta a valutazione automatica/standardizzata è chiaro che a questo può procedere direttamente il RUP (dotato di esperienza in attività di questo tipo).

Pertanto, il solo *nomen* di per sé non è sufficiente a snaturare il procedimento ma caso mai ciò che realmente è accaduto durante lo stesso che deve essere adeguatamente evidenziato dal ricorrente. Pensare di poter annullare un procedimento di acquisto basando le proprie censure esclusivamente su aspetti meramente formali contrasta, oggi, anche con il principio del risultato.

Principio del risultato che, ora, impone anche al giudice un approccio sostanziale piuttosto che meramente formale (fermo restando ovviamente il rispetto delle norme codicistiche).

Allo stesso modo il giudice, correttamente, evidenzia che il procedimento di affidamento diretto era tale e non una selezione, anche nel caso di previsione di richiesta di requisiti non solo generali ma anche di qualificazione.

In questo senso, sempre nella sentenza, si legge che "Non trasforma certo l'affidamento diretto

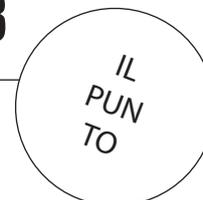
in una procedura di gara neppure la richiesta del possesso, in capo agli operatori, di requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale che è, anzi, conforme a quanto previsto all'art. 17, c. 2, d.lgs. n. 36/2023 in forza del quale, in caso di affidamento diretto, la decisione di contrarre "individua l'oggetto, l'importo e il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale".

L'affidamento diretto, quindi, in certi casi - come quello in esame - richiedeva una taratura anche sotto il profilo di requisiti di qualificazione (del resto ciò emerge dalla stessa norma codicistiche che impone un minimo di esperienza nell'operatore prescelto nell'affidamento diretto) per meglio rispondere alle esigenze palesate dalla stazione appaltante.

Pertanto, se è vero che il RUP deve attentamente evitare riferimenti formali alla procedura negoziata (se intende effettuare un affidamento diretto) è altrettanto vero che l'eventuale formalismo non può determinare l'annullamento del procedimento (o lo snaturamento in termini di procedura negoziata) salvo che si dimostri una azione (del RUP) "manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti".

Il responsabile unico del progetto nel Codice dei contratti pubblici n. 36/2023

di Pier Paolo Persichini



Premessa

L'art. 15 del nuovo Codice del 2023 (Codice) ha introdotto la figura del Responsabile Unico del Progetto, il c.d. "RUP". Il mantenimento del medesimo acronimo utilizzato dal Codice del 2016 per il Responsabile Unico del Procedimento (anch'esso RUP) non deve, tuttavia, indurre in errore giacché si tratta di una figura che presenta rilevanti profili di novità rispetto al passato e che deve essere necessariamente letta alla luce della gerarchia di principi stabilita dalla Parte I del Codice, con riferimento ai canoni di risultato (o realizzativo) e di fiducia, destinati "a guidare il processo ermeneutico delle disposizioni rilevanti nel caso concreto"¹.

La disciplina del "nuovo" RUP è contenuta all'art. 15 del Codice, nonché nel suo allegato 1.2 e nei successivi artt. 51 e 93, che riguardano i profili di incompatibilità nell'ambito delle commissioni giudicatrici.

Già la rubrica dell'art. 15 del Codice ("Il responsabile unico del progetto (RUP)") comparata a quella dell'art. 31 del precedente Codice ("Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni") comporta un primo elemento di novità giacché individua una nuova figura non coincidente con quella del responsabile del procedimento già prevista dall'ordinamento (artt. 4-6, L. n. 241/1990).

Invero la complessa figura del Responsabile Unico del Progetto ha caratteri innovativi.

È una persona fisica (in ciò si distingue dal responsabile del procedimento che, nella L. n. 241/1990, è inteso sia come ufficio, unità organizzativa, sia come funzionario persona fisica) e il suo incarico è obbligatorio (come in precedenza) talché, in mancanza della sua designazione, le relative funzioni devono essere svolte dal responsabile dell'unità organizzativa titolare del potere di spesa.

1. L.R. Perfetti, Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio, Urbanistica ed Appalti.

La natura fulcrata del RUP impone che detto ruolo sia affidato a dipendenti dotati di competenze professionali adeguate all'incarico da svolgere previste dall'All. n. I.2 (per evitare il più costoso ricorso ad incarichi esterni), anche se non è necessario che il designato sia un tecnico in possesso di tutte le competenze necessarie.

Il RUP può anche non essere in possesso di tutti i requisiti professionali richiesti dal contratto ma, se necessario, dovrà reperire tutte le nozioni necessarie da altri dipendenti della stessa Amministrazione o, in caso di impossibilità, ricorrere a soggetti esterni².

Solo in via eccezionale è previsto che il RUP debba essere in possesso di tutti i requisiti professionali necessari, segnatamente per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura.

Qualora il RUP non sia in possesso di tutte le competenze professionali per ogni fase del progetto/intervento pubblico, il Codice prevede plurimi rimedi. In primo luogo il RUP si avvale in via ordinaria delle competenze e professionalità dell'intera struttura interna all'ente di appartenenza.

Ove queste risultino inadeguate rispetto alla natura del progetto, il RUP può avvalersi del supporto di altri dipendenti dell'ente di appartenenza o anche di altri enti, previa eventuale stipulazione di accordi intersoggettivi tra amministrazioni.

Nell'ipotesi in cui il RUP e gli uffici (dell'ente o di altre Amministrazioni, anche legate da un accordo pubblicistico) non dispongano di professionalità adeguate, sono previsti ulteriori strumenti organizzativi: da un lato le stazioni appaltanti possono istituire un'apposita struttura di supporto con presenza di personale tecnico e specializzato e, dall'altro, possono

destinare risorse fino all'1% dell'importo posto a base di gara affinché il RUP si avvalga - mediante affidamenti diretti - di soggetti esterni muniti delle specifiche competenze richieste.

Tale ultima previsione ha suscitato alcune critiche giacché, negli interventi di maggior entità il valore degli incarichi affidati in via diretta potrebbe superare la soglia prevista per l'affidamento diretto dei servizi, ma si deve considerare che tali fattispecie costituiscono strumenti eccezionali previsti per poter fronteggiare con celerità situazioni di particolare complessità, non compatibili con i tempi di una procedura selettiva ad hoc.

Il RUP normalmente è unico per tutte le fasi dell'intervento pubblico.

Ferma restando la presenza di un RUP "generale", ai sensi dell'art. 9 dell'All. I.2 del Codice sono ammessi anche RUP particolari per singole fasi nei casi di acquisti aggregati, centralizzati o di accordi tra amministrazioni.

In particolare, per gli acquisti aggregati vi è un RUP per l'ente procedente per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione, ed un altro RUP per il modulo aggregativo per la fase dell'affidamento (oltre che per l'eventuale programmazione, progettazione ed esecuzione limitatamente alla fase dell'acquisto).

Per quanto riguarda gli acquisti centralizzati è previsto un RUP dell'ente procedente ed un altro per la centrale di committenza, con attribuzioni limitate alle fasi di rispettiva competenza.

Le responsabilità del RUP "generale" e di quelli particolari per le singole fasi sono ripartite tra essi in base ai compiti rispettivamente svolti in ciascuna fase, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP "generale" che deve garantire la presenza di un referente unico per l'intero progetto.



2. Circa tale, ultima, considerazione, l'allegato del Codice riprende le linee guida ANAC del 2016: "negli altri casi, la stazione appaltante può individuare quale RUP un dipendente anche non in possesso dei requisiti richiesti. In tale ultimo caso, è previsto che la stazione appaltante affidi lo svolgimento delle attività di supporto al RUP ad altri dipendenti in possesso dei requisiti carenti in capo al RUP o, in mancanza, a soggetti esterni aventi le specifiche competenze richieste".

L'art. 15, comma 4, del Codice introduce, pertanto, il principio di responsabilità complessiva del RUP e - per le singole fasi - degli eventuali ausiliari, in applicazione dei principi enucleati con la sentenza Corte cost. n. 166 del 2019 che ha ammesso la possibilità di nomina di responsabili per singole fasi senza che ciò contrasti con il principio di responsabilità unica del RUP³.

1. Le attribuzioni del nuovo RUP

In generale il nuovo Responsabile unico "coordina il processo realizzativo dell'intervento pubblico" (art. 6, comma 1, dell'All. I.2 del Codice) e, in particolare, svolge le plurime attività in tutte le 4 fasi del progetto ai sensi di quanto previsto in dettaglio all'All. I.2 oltre a quelle che siano comunque necessarie, se non di competenza di altri organi dell'ente (art. 15, comma 5, del Codice)⁴.

Le plurime attribuzioni non sono previste in via tassativa atteso che è espressamente stabilito che "Il RUP esercita altresì tutte le competenze che gli sono attribuite da specifiche disposizioni del codice e, in ogni caso, svolge tutti i compiti relativi alla realizzazione dell'intervento pubblico che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti" (art. 6, comma 3, 7, comma 2 e 8, comma 5 dell'All. I.2 del Codice).

Per quanto concerne le specifiche attribuzioni, gli articoli da 6 a 9 dell'allegato I.2 disciplinano rispettivamente i compiti del RUP comuni a tutti i contratti e fasi, nonché i compiti specifici del RUP per la fase dell'affidamento, per quella di esecuzione e per gli acquisti aggregati, centralizzati e in caso di accordi tra Amministrazioni.

Per quanto concerne le attribuzioni comuni a tutti i contratti e fasi (art. 6 dell'allegato I.2) è

previsto che tale organo "coordina il processo realizzativo dell'intervento pubblico" (comma 1) e tale attività rende evidente l'importanza che il Codice attribuisce alla figura in discussione quale punto di riferimento generalizzato per l'attuazione dell'intervento pubblico.

Il RUP svolge, tra gli altri, i seguenti compiti:

- formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e del programma triennale degli acquisti di beni e servizi e predispone l'elenco annuale;
- accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari e, in caso di lavori, la regolarità urbanistica dell'intervento pubblico o promuove l'avvio delle procedure di variante urbanistica;
- propone alla stazione appaltante la conclusione di un accordo di programma con altre amministrazioni;
- propone l'indizione o, ove competente, indice la conferenza di servizi, quando sia necessario o utile,
- verifica i progetti per lavori di importo inferiore a un milione di euro e sottoscrive la validazione del progetto posto a base di gara;
- attesta le condizioni che richiedono di non suddividere l'appalto in lotti;
- decide i sistemi di affidamento dei lavori, servizi e forniture, la tipologia di contratto da stipulare, il criterio di aggiudicazione da adottare;
- richiede alla stazione appaltante la nomina della commissione giudicatrice nel caso di affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- promuove l'istituzione dell'ufficio di direzione dei lavori.

3. "Ferma restando l'unicità del RUP e se questi lo richiede, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, ciascuno secondo il proprio ordinamento, nominano un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento. Le relative responsabilità sono ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP".

4. "Il RUP assicura il completamento dell'intervento pubblico nei termini previsti e nel rispetto degli obiettivi connessi al suo incarico, svolgendo tutte le attività indicate nell'allegato I.2, o che siano comunque necessarie, ove non di competenza di altri organi".

Per la fase di affidamento (art. 7 dell'All. I.2 del Codice) il RUP:

- effettua la verifica della documentazione amministrativa;
- verifica la congruità delle offerte in caso di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo;
- verifica l'anomalia delle offerte;
- dispone le esclusioni dalle gare;
- quando il criterio di aggiudicazione è quello del minor prezzo, il RUP può procedere direttamente alla valutazione delle offerte economiche;
- 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.

Per la fase esecutiva (art. 8 dell'All. I.2 del Codice) il RUP:

- impartisce al direttore dei lavori, con disposizioni di servizio, le istruzioni occorrenti a garantire la regolarità degli stessi;
- autorizza il direttore dei lavori alla consegna degli stessi;
- svolge funzioni di coordinamento e vigilanza in materia di sicurezza sul lavoro;
- trasmette al dirigente o ad altro organo competente della stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, la proposta del coordinatore per l'esecuzione dei lavori relativa alla sospensione, all'allontanamento dell'esecutore o dei subappaltatori o dei lavoratori autonomi dal cantiere o alla risoluzione del contratto;
- autorizza le modifiche dei contratti di appalto in corso di esecuzione anche su proposta del direttore dei lavori;
- approva i prezzi relativi a nuove lavorazioni originariamente non previste;
- irroga le penali per il ritardato adempimento;
- ordina la sospensione dei lavori per ragioni di pubblico interesse o necessità e dispone la loro ripresa;
- propone la risoluzione del contratto;
- rilascia il certificato di pagamento;
- rilascia all'impresa affidataria copia conforme del certificato di ultimazione dei lavori e il certificato di esecuzione dei lavori;
- svolge, nei limiti delle proprie competenze

professionali, anche le funzioni di direttore dell'esecuzione del contratto.

Dal quadro sinteticamente tratteggiato (l'elencazione normativa è decisamente più ampia) emergono competenze vastissime in capo al RUP, alcune delle quali con inequivocabile efficacia esterna all'amministrazione di appartenenza, tra cui si possono segnalare (in via non esaustiva): l'esclusione dalle gare, l'adozione del provvedimento finale della procedura, l'autorizzazione alle modifiche ai contratti, l'irrogazione delle penali, l'ordine di sospensione dei lavori e la ripresa degli stessi, i certificati di pagamento e lo svolgimento delle funzioni di direttore dell'esecuzione del contratto (DEC).

Il nuovo RUP si differenzia dal precedente responsabile del "procedimento" il quale, ai sensi dell'art. 31 del precedente Codice n. 50/2016, aveva competenze più limitate, specie con riguardo a quelle a rilevanza esterna.

L'ampliamento delle attribuzioni è funzionale a nuovo ruolo del RUP concepito come punto di riferimento unitario per l'attuazione dell'intero progetto/intervento pubblico, con conseguente evoluzione da responsabile del procedimento a Project Manager.

2. Il RUP come Project Manager

Il ruolo del RUP fino ad ora tratteggiato mette in luce la volontà del Codice di dare piena attuazione del principio di risultato che "... costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti ..." (art. 1, comma 4, del Codice).

Tale principio riguarda direttamente anche il RUP: in primo luogo, le disposizioni che lo riguardano dovranno essere interpretate alla luce del canone realizzativo (cfr. l'art. 4, del Codice); in secondo luogo, tale principio rappresenterà il criterio fondamentale dell'attività discrezionale svolta dal RUP. Si delinea una fondamentale

innovazione rispetto al Codice del 2016 che era basato su un sistema di affidamento dei contratti pubblici contabile-burocratico connotato spesso da regole rigide ritenute più idonee a scongiurare fenomeni corruttivi o di aumento ingiustificato della spesa.

Il Codice, in diametrico contrasto con tale impostazione, propone il principio di risultato consistente nella capacità di conseguire rapidamente e con il migliore rapporto qualità/prezzo l'oggetto dell'appalto, valorizzando la discrezionalità esercitata da parte di soggetti dotati di idonea professionalità ed elevando il RUP a responsabile dell'intero intervento pubblico ossia - volendo utilizzare una terminologia fatta propria dal Codice stesso [5] - al pari di un vero e proprio Project manager.

In effetti i requisiti, i compiti e le modalità di svolgimento dell'attività del RUP devono ricalcare le linee fondamentali del c.d. "project management", ossia del sistema in cui vi è un unico soggetto (persona fisica), dotato delle necessarie competenze professionali, che è preposto alla gestione di tutte le fasi che compongono un progetto (id est: della "organizzazione temporanea volta alla creazione di un prodotto o servizio") e dispone di un'adeguata struttura di supporto denominata "Project management office" (P.M.O.).

Tale manager, inoltre, ove non abbia competenze tecniche settoriali, dispone di un particolare potere di delega, potendosi avvalere del supporto di soggetti professionalmente adeguati, anche ricorrendo ad incarichi esterni.

Con il nuovo Codice, pertanto, l'intervento pubblico acquisisce alcune modalità e caratteristiche tipiche del progetto di stampo privatistico assimilando in parte il modus operandi sviluppato dalle scienze gestionali e affidando la gestione di tali aspetti ad un responsabile con funzioni e caratteristiche manageriali.

Tali profili inducono ad effettuare due considerazioni:

- in primo luogo è valorizzata la concezione privatistica dei contratti pubblici secondo cui essi sono qualificabili come contratti di diritto privato speciale, ai quali si applicano i principi dell'attività di diritto privato svolta dall'amministrazione ai sensi dell'art. 1, L. n. 241/1990, con alcuni correttivi di natura pubblicistica;
- sono previste modalità gestionali di carattere manageriale prive di norme procedurali rigide, ma modulate secondo il principio di risultato e di fiducia che orientano tutta l'attività del RUP.

In tale quadro il RUP-Project manager è chiamato ad applicare i principi generali previsti dal nuovo Codice in tutte le fasi delle gare pubbliche.

Questa responsabilità comporta, ovviamente, anche il rischio che il RUP, che sarà prioritariamente individuato tra i dipendenti della stazione appaltante, potrebbe non avere la competenza necessaria e/o la corretta impronta manageriale, così rallentando o, peggio, ostacolando il perseguimento del risultato consistente nell'ottenere miglior bene al costo più basso e nel tempo minore possibile.

Per evitare tale pericolo occorre operare su più livelli, aumentando la formazione e la professionalità del personale, incrementando la retribuzione incentivante e garantendo un'efficace copertura assicurativa.

3. Il principio fiduciario del nuovo Codice e i riflessi sul RUP

Per il RUP assume importanza fondamentale il principio fiduciario secondo cui "l'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e

corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici" (art. 2, comma 1, del Codice).

La finalità del nuovo Codice è quella di favorire le scelte discrezionali in quanto più elastiche e, quindi, meglio adattabili alla varietà delle situazioni concrete e preferibili per raggiungere in tempi brevi i risultati desiderati.

In tale cornice il RUP deve affrancarsi dalla "paura della firma" ridimensionando il fenomeno della "burocrazia difensiva".

I principi del risultato e della fiducia favoriscono l'autonomia decisionale del RUP che dovrà agire - pur nella legalità - con attenzione al risultato finale. Il rischio di errore - per quanto tendenzialmente minimizzato dalla formazione continua dei funzionari preposti alle funzioni di RUP - non è eliminabile, e dovrà pertanto essere accompagnato da una proporzionata copertura assicurativa dell'incaricato.

Quella prospettata dalla riforma è, dunque, un'Amministrazione dotata di competenze forti, capace di gestire gli interventi pubblici secondo schemi consolidati nelle scienze gestionali, e slegata da timori eccessivi e paralizzanti, che la indurrebbero, come è accaduto, a privilegiare le attività cautelativo-difensive piuttosto del risultato da raggiungere.

Al contempo, affinché detta fiducia non rimanga una mera dichiarazione di intenti, è necessario che l'Amministrazione medesima realizzi con celerità: a) idonee coperture assicurative (art. 2, comma 4, del Codice); b) incrementi di professionalità dei RUP; c) un'adeguata ed effettiva retribuzione incentivante.

Il RUP, in qualità di responsabile degli interventi pubblici, non può che essere al centro di questo mutamento di prospettiva che vede nella fiducia reciproca tra l'Amministrazione e gli operatori economici un presupposto fondamentale del principio realizzativo.

In tale rinnovato quadro fiduciario è inquadrabile anche l'art. 93, comma 3, del Codice, secondo cui "la commissione è presieduta da un dipendente della stazione appaltante ed è composta da suoi funzionari, in possesso

del necessario inquadramento giuridico e di adeguate competenze professionali. Della commissione giudicatrice può far parte il RUP". L'incompatibilità assoluta tra i ruoli di RUP e di componente della commissione giudicatrice era già stata superata dal D.Lgs. n. 56 del 2017 (c.d. correttivo del D.Lgs. n. 50/2016), ma il Codice ha eliminato ogni dubbio esegetico chiarendo che il RUP non solo può far parte della commissione giudicatrice ma, nelle procedure sotto soglia di cui all'art. 51, comma 1 del Codice stesso, la può anche presiedere.

4. La necessità o meno di qualifica dirigenziale del RUP

Resta da esaminare, infine, la questione se il RUP privo di qualifica dirigenziale possa adottare atti conclusivi del procedimento con rilevanza esterna all'amministrazione procedente e se il Dirigente conservi la competenza ad esercitare singoli atti (a rilevanza esterna o meno) in luogo del RUP.

La questione si è posta innanzitutto sotto la vigenza del Codice del 2016, con riferimento all'ordinamento degli enti locali.

Ai sensi dell'art. 31, comma 3, del Codice del 2016 "Il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti".

Inoltre l'art. 6, comma 1.e), L. n. 241/1990 stabilisce che il responsabile del procedimento "adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale ..." e tale competenza spetta, di regola al dirigente. Infine l'art. 107 del Testo Unico degli enti locali (D.Lgs. n. 267/2000 - TUEL) attribuisce ai dirigenti degli enti locali (o ai sensi dell'art. 109, ai funzionari con responsabilità di una Struttura):

- la competenza per l'adozione dei "provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno" (comma 2);
- la "responsabilità delle procedure d'appalto" (comma 3).

In tale contesto si sono formati due orientamenti giurisprudenziali contrapposti. Da un lato alcune pronunce di primo grado hanno ritenuto che l'art. 31 del Codice del 2016 avesse attribuito al RUP una "competenza esclusiva" per talune funzioni, tanto da prevalere sulle norme settoriali attributive delle competenze all'interno delle stazioni appaltanti, come ad esempio i citati artt. 107 e 109 del TUEL⁶.

Il Consiglio di Stato, invece, ha recentemente precisato che "7.2 ... - nell'ordinamento degli enti locali - l'art. 31 del codice dei contratti pubblici, che disciplina ruolo e funzioni del r.u.p. nei procedimenti di affidamento di contratti pubblici, deve essere necessariamente coordinato, per un verso, con l'art. 107, comma 3, del d.lgs. n. 267 del 2000 (T.u.e.l.), che riserva ai dirigenti la responsabilità delle procedure d'appalto, come emerge dallo stesso testo dell'art. 31, comma 3, il quale assegna al r.u.p. 'tutti i compiti relativi alle procedure di [...] affidamento [...] che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi e soggetti'; per altro verso, con il principio secondo cui gli atti che impegnano l'amministrazione all'esterno debbono essere adottati da organi dotati di qualifica dirigenziale (come, del resto, si ricava anche dall'art. 6, comma 1, lett. e), della legge n. 241 del 1990: il responsabile del procedimento 'adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale [...]').

Nel caso di specie è incontestato che il r.u.p. fosse privo di qualifica dirigenziale, per cui appare del tutto corretto che il dirigente del settore contratti pubblici abbia adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Ciò posto, lo specifico profilo sollevato con il motivo esame attiene alla configurazione dei rapporti tra responsabile del procedimento e dirigente dell'unità organizzativa, muovendo dal presupposto che una volta nominato il responsabile unico della procedura di

affidamento questi goda di una 'competenza esclusiva' (in particolare in ordine all'istruttoria procedimentale, per quel che rileva nel caso di specie), in conseguenza della quale il dirigente non potrebbe svolgere direttamente l'istruttoria procedimentale o singoli atti istruttori.

In questi termini, tuttavia, la tesi non può essere accolta, non potendosi aderire a una rigida distinzione, all'interno del procedimento amministrativo, tra la competenza per la fase istruttoria e quella per l'adozione del provvedimento finale.

Mantenendo il discorso nell'ambito dell'ordinamento degli enti locali, è sufficiente il richiamo alla generale responsabilità del dirigente per la gestione delle procedure di appalto di cui al citato art. 107 T.u.e.l., con il corollario della responsabilità dirigenziale per i ritardi o inadempimenti (cfr. art. 2, comma 9, della legge n. 241 del 1990), ovvero della possibilità per gli interessati di rivolgersi al dirigente dell'unità organizzativa per sopperire a eventuali ritardi o inadempimenti del responsabile del procedimento (art. 2 cit., commi 9-bis e ss.); ipotesi normative che in linea di principio escludono l'esistenza di una preclusione all'adozione di atti dell'istruttoria, possibilità che deve essere riconosciuta al fine di consentire al dirigente di sottrarsi alle responsabilità che altrimenti graverebbero su di lui.

È pur vero che (per riprendere le parole dell'appellante) non si può giungere ad ammettere il 'totale esautoramento del RUP', il che comporterebbe la necessità di disporre la sostituzione del funzionario responsabile; tuttavia deve ritenersi consentito lo svolgimento di singoli atti istruttori, come avvenuto nel caso di specie, in cui il dirigente ha direttamente proceduto alla verifica dei requisiti dell'aggiudicatario⁷.

6. Cfr. ex aliis: T.A.R. Veneto, Venezia, 27 giugno 2018, n. 695; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Trieste, 29 ottobre 2019, n. 450; T.A.R. Puglia, Lecce, 21 settembre 2021, n. 1373; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 19 ottobre 2017, n. 4884.

7. Cons. Stato, Sez. V, 10 maggio 2022, n. 3638.

Tale recente approdo del supremo Consesso della giustizia amministrativa aveva conferito assetto definitivo alla questione sotto il precedente Codice.

La problematica, peraltro, si ripropone anche con il nuovo Codice il quale ha ribadito che "Il RUP assicura il completamento dell'intervento pubblico nei termini previsti e nel rispetto degli obiettivi connessi al suo incarico, svolgendo tutte le attività indicate nell'allegato I.2, o che siano comunque necessarie, ove non di competenza di altri organi" (art. 15, comma 5, del Codice).

Anche rispetto al Codice del 2023 si pone dunque la tematica dell'esistenza o meno di un nocciolo di attribuzioni "esclusive" del RUP (aventi anche rilevanza esterna) in deroga all'assetto di competenze dei dirigenti stabilito dagli artt. 107 e 109 del TUEL.

5. Conclusioni

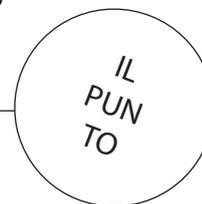
Il nuovo Codice persegue dichiaratamente il fine della semplificazione e della prevalenza del risultato rispetto al modello attuale fondato su norme rigide che regolano minutamente ogni fase delle selezioni pubbliche.

Ne consegue la valorizzazione dell'efficacia dell'azione amministrativa, anche con l'audace incremento del tasso di discrezionalità dell'amministrazione, ritenuta più adeguata a garantire la necessaria flessibilità d'intervento nell'ottica del raggiungimento del risultato.

Ovviamente tale ambizioso obiettivo potrà essere attuato solo se, al di là delle formule e dei principi, muterà effettivamente l'approccio alle gare pubbliche da parte di tutti i soggetti coinvolti, specie delle stazioni appaltanti e dei RUP.

Il Principio DNSH nel Piano Nazionale Ripresa e Resilienza

di Elena Canciani



Premessa

IL REGOLAMENTO (UE) 2021/241 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 12 febbraio 2021¹ che istituisce la Recovery and Resilience Facility (dispositivo per la ripresa e la resilienza), introduce al punto 2 dell'articolo 5 "Principi orizzontali" il principio D.N.S.H. stabilendo che il dispositivo finanzia unicamente le misure che rispettano il principio «non arrecare un danno significativo» e all'art. 18 chiede che venga fornita una spiegazione qualitativa del modo in cui le misure previste dal piano per la ripresa e la resilienza sono in grado di contribuire alla transizione verde, compresa la biodiversità, o ad affrontare le sfide che ne conseguono, e che sia indicato dallo Stato membro se tali misure rappresentano almeno il 37 % (Cd TAGGING climatico) della dotazione totale del piano per la ripresa e la resilienza sulla base della metodologia di controllo del clima di cui all'allegato VI del citato Regolamento.

Ai sensi del Regolamento la Commissione Europea è tenuta a fornire indicazioni per agevolare gli Stati membri nella corretta applicazione del principio D.N.S.H. nel corso dell'implementazione dei rispettivi Piani di Ripresa e Resilienza. La versione aggiornata degli Orientamenti tecnici sull'applicazione del principio «non arrecare un danno significativo²» è stata pubblicata ad ottobre 2023.

Il documento vuole fornire chiarimenti rispetto ai seguenti elementi:

1. la valutazione DNSH deve riguardare tutte le Misure comprendendo sia gli Investimenti che le Riforme;
2. la valutazione DNSH per alcune Misure può assumere una forma semplificata nel caso si verifichi che le medesime hanno un impatto non significativo in termini ambientali. Rispetto al fatto che una Misura (investimento o Riforma) assicuri un contributo sostanziale ad uno dei 6 obiettivi ambientali si evidenzia come sia necessario nel contempo assicurare che la stessa non arreca danno a nessuno degli altri obiettivi ambientali;
3. la pertinenza della legislazione ambientale e delle valutazioni d'impatto UE, su questo aspetto la Commissione Europa sottolinea che, la conformità alla legislazione ambientale pertinente non implica automaticamente che la misura rispetti il principio DNSH, in particolare poiché alcuni degli obiettivi di cui all'articolo 17 non sono ancora pienamente rispecchiati nella legislazione ambientale dell'UE;
4. i principi guida fondamentali della valutazione D.N.S.H., la Commissione precisa che vanno distinte:
 - a) le attività economiche per le quali esiste un'alternativa tecnologicamente ed economicamente praticabile a basso

1. Rif.: Per leggere il Regolamento si rinvia al seguente link: <https://bit.ly/3vyeVQC>

2. Rif.: Per approfondimenti si rinvia a EUR-Lex - 52021XC0218(01) - EN - EUR-Lex (europa.eu).

impatto ambientale, per le quali la valutazione dell'impatto ambientale negativo di ciascuna misura dovrebbe essere effettuata rispetto allo scenario in assenza di interventi tenendo conto dell'effetto ambientale della misura in termini assoluti,

- b) le attività economiche per le quali non esiste un'alternativa tecnologicamente ed economicamente praticabile a basso impatto ambientale per cui gli Stati membri possono dimostrare che una misura non arreca danno significativo adottando i migliori livelli disponibili di prestazioni ambientali nel settore;
5. l'applicabilità dei criteri di vaglio tecnico stabiliti dall'art.19 del Regolamento sulla Tassonomia ambientale e descritti nei Regolamenti delegati. La Commissione precisa che "Gli Stati membri non sono tenuti a fare riferimento ai «criteri di vaglio tecnico» (criteri quantitativi e/o qualitativi) stabiliti a norma del regolamento Tassonomia per corroborare la conformità al principio DNSH. Ai sensi del regolamento RRF, l'entrata in vigore degli atti delegati contenenti i criteri di vaglio tecnico non dovrebbe incidere sugli orientamenti tecnici predisposti dalla Commissione. Al momento di valutare la conformità al principio DNSH, gli Stati membri hanno tuttavia la possibilità di avvalersi dei criteri di vaglio tecnico contenuti negli atti delegati elaborati a norma del regolamento Tassonomia, anche facendo riferimento alle bozze degli atti delegati".

1. La Guida Operativa

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ragioneria Generale dello Stato al fine di supportare le Amministrazioni Centrali Attuatrici ed i Soggetti Attuatori ha diramato la **Guida Operativa per il rispetto del principio di non arrecare danno significativo agli Obiettivi Ambientali** attraverso la Circolare del 30 dicembre 2021, n. 32 (mef.gov.it).

Nel corso dell'attuazione del PNRR si è reso necessario un aggiornamento della Guida medesima per allinearla all'evoluzione della normativa europea e nazionale in tema ambientale, alla revisione del PNRR italiano approvata a dicembre 2023 dal Consiglio Europeo con l'introduzione della Missione 7 REPowerEU³ e renderne più semplice l'applicazione ai Soggetti preposti all'attuazione fornendo indicazioni specifiche anche basate sui quesiti pervenuti in questi due anni da parte delle Amministrazioni centrali attuatrici e dei Soggetti Attuatori.

Il primo aggiornamento interviene ad ottobre 2022, il secondo aggiornamento a maggio 2024 attraverso la Circolare del 14 maggio 2024, n. 22 "Aggiornamento Guida operativa per il rispetto del principio di non arrecare danno significativo all'ambiente (cd. DNSH)"⁴

2. L'applicazione del Principio D.N.S.H. nella Missione 7 REPowerEU

Il Regolamento che istituisce il Capitolo REPowerEU prevede all'art.21 quater (Capitoli dedicati al piano REPowerEU nei piani per la ripresa e la resilienza), paragrafo 6 che: " In deroga il principio "non arrecare un danno significativo" non si applica alle riforme e agli investimenti a norma del presente articolo, fatta salva una valutazione positiva della Commissione riguardo al rispetto dei requisiti



3. Rif.: Per approfondimento si rinvia a REPowerEU: la politica energetica nei piani per la ripresa e la resilienza dei paesi UE - Consilium (europa.eu)

4. Rif.: Per approfondimento si rinvia alla Circolare del 14 maggio 2024, n. 22)Aggiornamento Guida operativa per il rispetto del principio di non arrecare danno significativo all'ambiente (cd. DNSH). Allegato alla Circolare del 14 maggio 2024, n. 22 - Guida operativa - Allegato alla Circolare del 14 maggio 2024, n. 22 - Check list, Allegato alla Circolare del 14 maggio 2024, n. 22 - Check list (versione elaborabile).

seguenti: a) la misura è necessaria e proporzionata per rispondere alle esigenze immediate in termini di sicurezza dell'approvvigionamento del presente articolo, tenendo conto delle alternative più pulite praticabili e del rischio di effetti di lock-in; b) lo Stato membro interessato ha intrapreso sforzi soddisfacenti per limitare il potenziale danno agli obiettivi ambientali ai sensi dell'articolo 17 del regolamento (UE) 2020/852, ove possibile, e per attenuare il danno attraverso altre misure, comprese le misure contenute nel capitolo dedicato al piano REPowerEU; c) la misura non compromette il conseguimento degli obiettivi climatici dell'Unione per il 2030 e l'obiettivo della neutralità climatica dell'UE entro il 2050, in base a considerazioni di tipo qualitativo; d) si prevede che la misura diventerà operativa entro il 31 dicembre 2026".

La versione finale della Missione 7 REPowerEU del PNRR italiano approvato a dicembre 2023 prevede che nessuna misura di questa Missione arrechi un danno significativo agli obiettivi ambientali ai sensi dell'articolo 17 del regolamento (UE) 2020/852, tenendo conto della descrizione degli interventi e delle misure di attenuazione stabilite nel piano per la ripresa e la resilienza conformemente agli orientamenti tecnici DNSH (2021/C58/01); in virtù delle deroghe sopra richiamate tuttavia il principio DNSH non si applica all'investimento 13 "fase 1 della linea adriatica" (stazione di compressione di Sulmona e gasdotto Sestino-Minerbio) e all'investimento 14 "infrastrutture transfrontaliere per l'esportazione di gas poichè si tratta di due progetti che vanno a risolvere l'emergenza creata dal taglio delle importazioni di gas dalla Russia, da sostituirsi con flussi dal Sud-Est Europa in transito in Italia verso l'Europa Centro Orientale.

Con l'aggiornamento, la Guida recepisce le indicazioni derivanti dal **Regolamento Delegato (UE) 2023/2486**⁵, pubblicato a novembre 2023.

Questo regolamento completa per i quattro obiettivi ambientali seguenti:

- Uso sostenibile e protezione delle acque e delle risorse marine
- Economia circolare, compresa la prevenzione ed il riciclaggio dei rifiuti
- Prevenzione e riduzione dell'inquinamento dell'aria, dell'acqua o del suolo
- Protezione e ripristino della biodiversità e degli ecosistemi

il quadro dei criteri di vaglio tecnico previsti con il regolamento (UE) 2020/852, e introdotti dal regolamento delegato (UE) 2021/2139⁶ per gli obiettivi: 1. mitigazione dei cambiamenti climatici, 2. adattamento ai cambiamenti climatici.

L'ultimo aggiornamento della Guida operativa chiarisce che nella maggior parte dei casi, la normativa ambientale nazionale di riferimento è già conforme al principio DNSH e sono previste nell'ordinamento nazionale certificazioni ambientali idonee. Nel caso in cui il DNSH imponga requisiti aggiuntivi, essi sono evidenziati nelle schede tecniche che compongono la Guida.

Il MEF/RGS ha da subito precisato che la Guida Operativa va intesa come uno strumento di orientamento e supporto, mentre rimane in capo alle Amministrazioni titolari degli Investimenti e delle Riforme inserite nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, la responsabilità di assicurare la conformità ai requisiti DNSH degli interventi gestiti, anche tramite la trasmissione di indicazioni puntuali ai soggetti attuatori in sede di monitoraggio e rendicontazione dei traguardi e obiettivi (Milestone e Target) e in sede di verifica e controllo della spesa", quindi ogni Amministrazione centrale responsabile dell'attuazione delle Missioni del PNRR è tenuta a fornire specifiche indicazioni ai soggetti attuatori e realizzatori che operano negli Investimenti o Riforme di propria competenza.

Ai fini di conoscere gli Investimenti e le Riforme del PNRR attribuite ai Ministeri italiani si rinvia al DECRETO 3 maggio 2024, Modifiche alla tabella A allegata al decreto 6 agosto 2021, recante:



5. Rif.: Per approfondire si rinvia a:
 a) Regolamento Publications Office (europa.eu); b) Regolamento delegato - UE - 2023/2486 - EN - EUR-Lex (europa.eu)).
 6. Riferimenti: Per approfondire si rinvia al Regolamento delegato - 2021/2139 - EN - EUR-Lex (europa.eu).

«Assegnazione delle risorse finanziarie previste per l’attuazione degli interventi del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e ripartizione di traguardi e obiettivi per scadenze semestrali di rendicontazione» e successive modificazioni ed integrazioni.⁷

3. Come si compone la Guida

La Guida è composta da:

- ✓ **schede tecniche:** relative a ciascun settore di intervento, nelle quali sono riportati i riferimenti normativi, i vincoli DNSH e i possibili elementi di verifica;
- ✓ **check list di verifica e controllo:** per ciascun settore di intervento, che riassumono in modo sintetico i principali elementi di verifica richiesti nella corrispondente scheda tecnica ex ante ed ex post;

Il Soggetto Attuatore dell’Intervento deve poter dimostrare, in occasione dei controlli sul rispetto del Principio DNSH realizzati dal Ministero competente, dalla Commissione Europea o altro organismo incaricato, di aver rispettato in tutte le fasi del processo il PRINCIPIO DNSH e lo potrà fare se ha esperito tutte le verifiche previste dalla Scheda operativa ed ha prodotto tutte le relazioni/certificazioni richieste per il suo Intervento.

Va ricordato infatti che la sola compilazione della Check list costituisce un mero adempimento amministrativo ai fini dell’implementazione della Piattaforma di monitoraggio REGIS. Per garantire il rispetto dei vincoli DNSH la Guida operativa di maggio 2024 precisa inoltre quanto segue:

“Qualora il rispetto del principio DNSH sia espressamente previsto come elemento oggetto di comprova per la valutazione del raggiungimento di milestone e target all’interno della Council Implementing Decision(CID)⁸, non è sufficiente allegare le check list ma andranno prodotte le evidenze documentali nell’ambito della

rendicontazione della milestone o del target. Se, invece, il rispetto del principio non è esplicitamente citato, l’Amministrazione competente dovrà aver cura di conservare la relativa documentazione ai fini di un eventuale verifica anche successiva.”⁹

Esempio 1 - M1C3 - Investimento 2.1 “Attrattività dei borghi”

Procedimento: devo verificare nell’allegato descrittivo della Council Implementing Decision, rinvenibile al seguente link: eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9399_2024_ADD_1, l’investimento prevede in modo esplicito la compliance con il principio D.N.S.H.

Nel caso in esame questa è la descrizione della specifica M&T riportata a pag.157 che prevede: “The satisfactory fulfilment of the target also depends on the support of at least 1 800 SMEs for projects in the Small Historic TownsThe target shall measure the number of interventions concluded for the enhancement of cultural and tourist sites, demonstrated by individual certificates of regular execution (restoration and redevelopment of cultural heritage, buildings intended for cultural and tourist services, small tourist infrastructures). This shall include: Adaptive reuse and functional, structural and plant engineering redevelopment of buildings and public spaces for cultural services (such as museums and libraries), improving energy efficiency, the use of alternative and renewable energy, and the removal of barriers that limit access to persons with disabilities; Conservation and valorisation off cultural heritage (such as archaeological, historic-artistic, architectural, demo-etnoanthropological); creation of knowledge and information platforms and integrated information systems,); creation of cultural and artistic activities, the creation and promotion of cultural and thematic itineraries, historical itineraries, cycle and / or pedestrian routes for the connection and use of places of tourist-cultural

7. Rif.: Per approfondire si rinvia a (GU Serie Generale n.134 del 10-06-2024).

8. Rif.: Per approfondire si rinvia a ST-9399-2024-INIT_it.pdf (cgil.it)

9. Rif.: Per approfondire si rinvia a pag.12 e seguenti della Guida Operativa https://www.italiadomani.gov.it/content/dam/sogei-ng/dnsh/Guida-Operativa_terza-edizione.pdf

interest (such as museums, monuments, Unesco sites, libraries archaeological areas and other cultural, religious and artistic attractions); Support to the cultural, tourist, commercial, agri-food and craft enterprises. 37% of the interventions shall be carried out in less developed regions.

Quindi non c'è un richiamo specifico al principio D.N.S.H.

Esempio 2: M2C4M4 - Investimento 4.4 - Investimenti in fognatura e depurazione

Procedimento: devo verificare nell'allegato descrittivo della Council Implementing Decision, rinvenibile al seguente link: eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9399_2024_ADD_1, l'investimento prevede in modo esplicito la compliance con il principio D.N.S.H.

Nel caso in esame questa è la descrizione della specifica Milestone relativa all'affidamento dei contratti, riportata a pag.272 è la seguente: " Publication of the admission decree with the awarding (assignment) of funding to the project proposals. The interventions shall, - Make the purification of wastewater discharged into marine and inland waters more effective, also by means of technological innovation; - Transform where possible some purification plants into "green factories", which reuse purified wastewater for irrigation and industrial purposes. This measure shall not do significant harm to environmental objectives within the meaning of Article 17 of Regulation (EU) 2020/852, taking into account the description of the measure and the mitigating steps set out in the recovery and resilience plan in accordance with the DNSH Technical Guidance (2021/C58/01). In particular, the incineration of sludge shall not be eligible.

In questa misura c'è un richiamo specifico al DNSH pertanto andranno prodotte le evidenze documentali nell'ambito della rendicontazione della milestone o del target.

✓ **mappature:**

- la prima suggerisce l'associazione delle singole misure del PNRR a una o più schede tecniche selezionate in base agli ambiti di attività prevalenti per ciascun intervento, quali le nuove costruzioni, l'acquisto di prodotti elettronici, l'efficienza energetica ecc. e riporta il Regime attribuito alle misure in relazione al contributo offerto alla mitigazione dei cambiamenti climatici (mappatura 1);
- la seconda riporta le misure cui è anche attribuito un ulteriore Regime 1 definito alternativamente "Risorsa idrica" (RI) o "Economia circolare" (EC) nei casi in cui le attività svolte forniscano un contributo sostanziale all'obiettivo Uso sostenibile e protezione delle acque e delle risorse marine o all'obiettivo Economia circolare, associando alle misure le schede tecniche in cui sono illustrati i requisiti specifici (mappatura 2);
- ✓ **appendice 1:** riassume la Metodologia per lo svolgimento dell'analisi dei rischi climatici come da Framework dell'Unione Europea (Appendice A, del Regolamento Delegato (UE) che integra il Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio;
- ✓ **appendice 2:** al fine di fornire un ulteriore strumento per favorire il rispetto del principio del non arrecare danno significativo all'ambiente, in particolare nella definizione delle procedure di approvvigionamento o affidamento, individua i Criteri Ambientali Minimi (CAM) di cui all'articolo 57 del Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 36/2023) che consentono di assicurare i vincoli DNSH di interesse.¹⁰

10. Rif.: I Criteri Ambientali Minimi (CAM) sono i requisiti ambientali definiti per le varie fasi del processo di acquisto, volti a individuare la soluzione progettuale, il prodotto o il servizio migliore sotto il profilo ambientale lungo il ciclo di vita, tenuto conto della disponibilità di mercato. I CAM sono definiti nell'ambito di quanto stabilito dal Piano per la sostenibilità ambientale dei consumi del settore della pubblica amministrazione e sono adottati con Decreto del Ministro. CAM vigenti | Green Public Procurement - Criteri Ambientali Minimi (mite.gov.it)

L'ANAC richiama i RUP e i DEC ad un'attività di verifica più concreta ed efficace in fase di esecuzione contrattuale

di Alessandra Verde

IL
PUN
TO

Premessa

La riflessione che ci accingiamo a svolgere sui doveri di controllo e verifica che i RUP e, quando nominati, i DEC hanno in fase di esecuzione, nasce da una recente delibera ANAC, la n. 244 del 24 maggio scorso, adottata ad esito di un'indagine ricognitiva di carattere generale a mezzo della BDNCP e volta ad acquisire elementi utili alla verifica dell'attività contrattuale delle stazioni appaltanti e dei controlli operati da parte delle stesse nella fase esecutiva dei contratti di servizi e forniture.

Nell'ambito di tale indagine è stata posta, in particolare, l'attenzione su un appalto di affidamento del servizio di vigilanza armata e televigilanza presso il palazzo della Regione sito in Torino, affidato dalla Regione Piemonte.

L'oggetto dell'indagine si è concentrato soprattutto sull'analisi delle attività poste in essere dalla stazione appaltante nella fase esecutiva. L'ANAC, partendo dall'assunto legislativo che le verifiche in corso di esecuzione debbano essere finalizzate all'accertamento del rispetto, da parte dell'appaltatore, delle condizioni e dei termini stabiliti dal contratto di appalto, ha voluto accertare se i controlli effettuati dagli organi a ciò preposti (RUP e DEC) siano stati adeguati ad accertare **effettivamente** che le prestazioni svolte dall'appaltatore fossero state eseguite a regola d'arte sotto il profilo tecnico e funzionale, in conformità e nel rispetto delle condizioni, modalità, termini e prescrizioni previste dal contratto stesso.

Va precisato che si trattava di un appalto affidato nella vigenza del vecchio Codice, le cui norme in tema di verifiche in fase di esecuzione, tuttavia, non sono molto dissimili rispetto a quelle attuali.

Anzi, come si vedrà meglio nel prosieguo, la pretesa avanzata da ANAC di maggiore effettività e concretezza delle verifiche già in vigenza del D. Lgs. n. 50/2026, assume ancora più forza negli appalti espletati a partire dall'entrata in vigore dell'attuale Codice dei contratti, nel quale, se possibile, i compiti di verifica e controllo in fase esecutiva sono disciplinati in modo ancora più dettagliato e stringente.

“ **Una recente delibera ANAC, la n. 244 del 24 maggio scorso, adottata ad esito di un'indagine ricognitiva di carattere generale sulla verifica dell'attività contrattuale delle stazioni appaltanti e sui controlli operati da parte delle stesse nella fase esecutiva dei contratti di servizi e forniture, ha posto l'accento sull'effettività e concretezza che detti obblighi di verifica e controllo devono avere.** ”

1. I compiti di verifica e controllo in fase esecutiva. Normativa di riferimento e raffronto tra vecchio e nuovo Codice.

La disciplina riguardante gli obblighi di controllo e verifica in fase esecutiva va ricostruita a partire dalle norme generali previste nel Codice - sia quello previgente che il nuovo - fino a giungere alla regolamentazione di dettaglio dettata, prima, dalle Linee guida ANAC e dal MIT ed ora, dagli allegati al nuovo Codice.

In vigore del D. Lgs. n. 50/2016 il punto di partenza era senz'altro l'art. 31 del decreto medesimo, in materia di compiti e funzioni del RUP. Il responsabile unico del procedimento era - come lo è d'altronde anche ora - per ogni singola procedura di affidamento, il referente unico per le fasi della programmazione, della progettazione, dell'affidamento e, per quanto qui ci interessa, dell'esecuzione, e al quale competeva lo svolgimento di tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal Codice, non specificatamente attribuiti ad altri soggetti.

Secondo l'articolo in esame, il RUP aveva l'onere di curare, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo e di fornire alla stazione appaltante le informazioni necessarie per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo delle varie fasi dell'attuazione dell'intervento, nonché di sorvegliare l'efficiente gestione economica del medesimo.

Per quanto attiene poi alle verifiche da svolgersi anche *in loco* nel corso della fase esecutiva, il previgente Codice attribuiva responsabilità precise anche al dirigente della struttura organizzativa competente in relazione all'intervento, al quale era attribuito il compito di individuare <<preventivamente le modalità organizzative e gestionali attraverso le quali garantire il controllo effettivo da parte della stazione appaltante sull'esecuzione delle prestazioni, **programmando accessi diretti del RUP o del direttore dei lavori o del direttore dell'esecuzione sul luogo**

dell'esecuzione stessa, nonché verifiche, anche a sorpresa, sull'effettiva ottemperanza a tutte le misure mitigative e compensative, alle prescrizioni in materia ambientale, paesaggistica, storico-architettonica, archeologica e di tutela della salute umana impartite dagli enti e dagli organismi competenti>>.¹

Fatta questa premessa, il vecchio Codice disciplinava poi nel dettaglio, agli art. 101 e seguenti, la fase esecutiva, prevedendo che il RUP, negli appalti di servizi e forniture, si potesse avvalere, a determinate condizioni, del direttore dell'esecuzione del contratto e del verificatore della conformità, accertando il corretto ed effettivo svolgimento delle funzioni ad ognuno di essi affidate.

Per i servizi e le forniture di particolare importanza, la stazione appaltante, su indicazione del direttore dell'esecuzione, poteva nominare altresì un assistente del direttore dell'esecuzione che lo coadiuvasse.

Giova rammentare che la verifica di conformità per i servizi e per le forniture ha lo scopo di <<certificare che l'oggetto del contratto in termini di prestazioni, obiettivi e caratteristiche tecniche, economiche e qualitative sia stato realizzato ed eseguito nel rispetto delle previsioni e delle pattuizioni contrattuali>>.

All'esito positivo della verifica di conformità, il RUP rilascia il certificato di pagamento ai fini dell'emissione della fattura da parte dell'appaltatore.

In vigore del vecchio Codice, i compiti del RUP in fase esecutiva erano poi dettagliati meglio nelle Linee guida adottate dall'ANAC, in particolare le Linee guida n. 3, che riportavano i compiti del RUP per appalti di servizi e forniture e concessioni di servizi.

Al RUP competeva in particolare la verifica della conformità delle prestazioni eseguite alle prescrizioni contrattuali; lo svolgimento, nei limiti delle proprie competenze professionali, anche delle

1. Art. 31, comma 12 D. Lgs. n. 50/2016.

funzioni di direttore dell'esecuzione del contratto, fatti salvi i casi in cui il direttore dell'esecuzione del contratto dovesse essere soggetto diverso dal responsabile del procedimento.²

In caso di nomina del DEC, il RUP svolgeva, in coordinamento con questi, le attività di controllo e vigilanza nella fase di esecuzione, acquisendo e fornendo alla stazione appaltante dati, informazioni ed elementi utili anche ai fini dell'applicazione delle penali, della risoluzione contrattuale e del ricorso

“ In vigenza del vecchio Codice, i compiti di verifica e controllo in capo al RUP e al DEC erano disciplinati, oltre che dalle norme codicistiche, dalle Linee guida ANAC n. 3, in materia di funzioni del RUP, e dal D.M. n. 49/2018, il cui contenuto è stato quasi interamente trasfuso nell'Allegato II.14 del nuovo Codice dei contratti. ”

agli strumenti di risoluzione delle controversie nonché ai fini dello svolgimento delle attività di verifica della conformità delle prestazioni eseguite rispetto a quanto prescritto in contratto.

Era compito del RUP, in collaborazione con il DEC, anche autorizzare le modifiche e le varianti contrattuali; compiere le azioni dirette a verificare il rispetto, da parte dell'esecutore, delle norme sulla sicurezza e sulla salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro; svolgere i compiti delegati dal Datore di lavoro; rilasciare l'attestazione di regolare esecuzione su proposta del DEC, qualora nominato; predisporre - specularmente alla previsione codicistica sopra vista - un piano di verifiche da sottoporre al dirigente della struttura organizzativa che lo aveva nominato e, al termine dell'esecuzione, presentare una relazione

sull'operato dell'appaltatore e sulle verifiche effettuate anche a sorpresa.

Oltre che nelle Linee guida ANAC, rilevanti disposizioni di dettaglio sui compiti del DEC erano rintracciabili anche nel decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti n. 49 del 2018, il cui contenuto è stato quasi integralmente confermato nel panorama normativo attuale in quanto è stato per la gran parte trasfuso nell'Allegato II.14 del D. lgs. n. 36/2023.

In primo luogo, secondo il decreto ministeriale, negli appalti di servizi e forniture, il direttore dell'esecuzione, laddove non coincidente con il RUP, riceve da questi le disposizioni di servizio mediante le quali sono impartite le istruzioni occorrenti a garantire la regolarità dell'esecuzione del servizio o della fornitura e **stabilita la periodicità con la quale il DEC è tenuto a presentare un rapporto sull'andamento delle principali attività di esecuzione** del contratto, anche in funzione della rilevanza dell'oggetto dell'appalto.

Nell'ambito delle direttive impartite dal RUP, il DEC, comunque, opera in autonomia in ordine al coordinamento, alla direzione e al controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto.

Lo strumento fondamentale attraverso il quale il direttore dell'esecuzione impartisce all'esecutore tutte le disposizioni e le istruzioni operative necessarie è l'ordine di servizio, da rendere obbligatoriamente per iscritto, possibilmente mediante l'utilizzo di strumenti informatici appositamente studiati per il controllo tecnico, amministrativo e contabile delle prestazioni.

L'ordine di servizio deve indicare sinteticamente le ragioni tecniche e le finalità perseguite con esso.

Di ogni ordine di servizio deve essere data comunicazione al RUP. Da parte sua, l'esecutore è tenuto ad uniformarsi alle disposizioni contenute

2. Ciò era previsto in caso di prestazioni di importo superiore a 500.000 euro; di interventi particolarmente complessi sotto il profilo tecnologico; di prestazioni che richiedessero l'apporto di una pluralità di competenze; di interventi caratterizzati dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità o, infine, per ragioni concernenti l'organizzazione interna alla stazione appaltante, che imponessero il coinvolgimento di unità organizzativa diversa da quella cui afferivano i soggetti che avevano curato l'affidamento.

negli ordini di servizio, fatta salva la facoltà di sollevare riserve.

Secondo quanto previsto dall'art. 18 del D.M., il direttore dell'esecuzione svolge altresì il coordinamento, la direzione e il controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto, in modo da assicurarne la regolare esecuzione nei tempi stabiliti e in conformità alle prescrizioni contenute nei documenti contrattuali e nelle condizioni offerte in sede di aggiudicazione o affidamento.

In particolare, <<le attività di controllo sono indirizzate a valutare i seguenti profili:

- a) la qualità del servizio o della fornitura, intesa come aderenza o conformità a tutti gli standard qualitativi richiesti nel contratto o nel capitolato e eventualmente alle condizioni migliorative contenute nell'offerta;
- b) l'adeguatezza delle prestazioni o il raggiungimento degli obiettivi;
- c) il rispetto dei tempi e delle modalità di consegna;
- d) l'adeguatezza della reportistica sulle prestazioni e le attività svolte;
- e) la soddisfazione del cliente o dell'utente finale;
- f) il rispetto da parte dell'esecutore degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro>>.

Il DEC esercita la sua funzione di controllo durante tutta la durata del rapporto contrattuale e deve svolgerla **secondo criteri di misurabilità della qualità, sulla base di parametri oggettivi, non limitati al generico richiamo delle regole dell'arte**. Degli esiti del controllo il DEC deve dar conto in apposito verbale.

Altra funzione fondamentale del direttore dell'esecuzione è quella di segnalare tempestivamente al RUP eventuali ritardi, disfunzioni o inadempimenti rispetto alle prescrizioni contrattuali, anche al fine dell'applicazione da parte del RUP delle penali o dell'attivazione del procedimento di risoluzione del contratto nei casi più gravi.

In caso di subappalto, il DEC ha il compito di verificare la presenza delle imprese subappaltatrici autorizzate sul luogo dell'esecuzione del contratto, di controllare che i subappaltatori e i subcontraenti svolgano effettivamente la parte di prestazioni ad essi affidate nel rispetto della normativa

vigente e del contratto stipulato e di segnalare al RUP l'inosservanza, da parte dell'esecutore, di qualunque obbligo in materia.

In caso di ricorso all'avvalimento da parte dell'appaltatore, il DEC assiste il RUP nello svolgimento delle attività di verifica dei requisiti di capacità tecnica dell'impresa ausiliaria.

Durante l'esecuzione del contratto, il direttore dell'esecuzione provvede anche al controllo della spesa legata all'esecuzione del servizio o della fornitura, attraverso la tenuta della contabilità del contratto, compilando con precisione e tempestività i documenti contabili.

Al fine di procedere con i pagamenti all'esecutore, il DEC accerta la prestazione effettuata, in termini di quantità e qualità, rispetto a quanto previsto in contratto.

Per quanto fondamentale, tuttavia, il controllo contabile risulta spesso essere, di fatto, il solo eseguito dagli organi della stazione appaltante, venendo a mancare una costante ed effettiva verifica "sul campo" della corretta ed adeguata esecuzione delle prestazioni.

“ Il DEC esercita la sua funzione di controllo durante tutta la durata del rapporto contrattuale e deve svolgerla secondo criteri di misurabilità della qualità, sulla base di parametri oggettivi, non limitati al generico richiamo delle regole dell'arte. La sua funzione non può limitarsi alla sola, seppur importante, tenuta della contabilità del contratto, finalizzata al controllo della spesa di esecuzione del servizio o della fornitura. ”

2. (Segue). I compiti di verifica e controllo in fase esecutiva. Normativa di riferimento e raffronto tra vecchio e nuovo Codice. La nuova disciplina.

Con l'entrata in vigore del D. Lgs. n. 36/2023, la disciplina dei controlli in fase esecutiva è stata per lo più confermata nei contenuti, arricchendosi di alcune previsioni specifiche.

In via preliminare va evidenziato il fatto che, fondandosi l'impianto del nuovo Codice sul **principio del risultato**, secondo il quale <<le stazioni appaltanti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto **e della sua esecuzione** con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo>>, la tempestiva ed efficace esecuzione di un appalto appare importante quanto se non di più della procedura per il suo affidamento. Ne consegue che il legislatore ha deciso di prestare molta attenzione anche alla fase esecutiva, forse in passato un po' trascurata, e a delineare meglio gli obblighi di verifica sul corretto svolgimento della stessa da parte delle stazioni appaltanti.

Norma di partenza è, anche in questo caso, l'art. 15 che disciplina la figura del Responsabile unico di progetto. Come è noto, il nuovo Codice consente ora la possibilità, ferma restando l'unicità del RUP, di nominare un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione **ed esecuzione** e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento, che coadiuvino il RUP. La fase di esecuzione del contratto è poi specificamente disciplinata dagli artt. 114 e seguenti del Codice, nei quali è previsto che, per la regolamentazione dettagliata dei compiti

del DEC, occorre rinviare all'Allegato II.14 del Codice medesimo, intitolato "Direzione dei lavori e direzione dell'esecuzione dei contratti. Modalità di svolgimento delle attività della fase esecutiva. Collaudo e verifica di conformità". Detto allegato, che richiama in gran parte il contenuto del D.M. n. 49/2018, resterà in vigore sino all'adozione di un nuovo decreto ministeriale.

Tornando alle norme di principio, l'art. 114 del Codice prevede che l'esecuzione dei contratti aventi ad oggetto servizi o forniture è diretta dal RUP, **che controlla i livelli di qualità delle prestazioni**. Il RUP, nella fase dell'esecuzione, si avvale - ricorrendone i presupposti - del direttore dell'esecuzione del contratto, del coordinatore in materia di salute e di sicurezza durante l'esecuzione previsto dal D. Lgs. n. 81/2008, del verificatore della conformità e accerta il corretto ed effettivo svolgimento delle funzioni ad ognuno affidate.

Negli appalti di servizi e forniture <<le funzioni e i compiti del direttore dell'esecuzione sono svolti, di norma, dal RUP, che provvede, anche con l'ausilio di uno o più direttori operativi individuati dalla stazione appaltante in relazione alla complessità dell'appalto, al coordinamento, alla direzione e al controllo tecnico contabile e amministrativo dell'esecuzione del contratto (...) assicurando la regolare esecuzione da parte dell'esecutore, in conformità ai documenti contrattuali>>.

I casi in cui, per la particolare importanza del contratto, connessa alla qualità o importo delle prestazioni, il direttore dell'esecuzione deve essere diverso dal RUP sono espressamente individuati dall'Allegato II.14 sopra citato.³



3. Allegato II.14 al D. Lgs. n. 36/2023, art. 32: <<comma 2: Sono considerati servizi di particolare importanza, indipendentemente dall'importo, gli interventi particolarmente complessi sotto il profilo tecnologico, le prestazioni che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze, gli interventi caratterizzati dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità e i servizi che, per ragioni concernente l'organizzazione interna alla stazione appaltante, impongano il coinvolgimento di unità organizzativa diversa da quella cui afferiscono i soggetti che hanno curato l'affidamento. In via di prima applicazione sono individuati i seguenti servizi: a) servizi di telecomunicazione; b) servizi finanziari, distinti in servizi assicurativi e servizi bancari e finanziari; c) servizi informatici e affini; d) servizi di contabilità, revisione dei conti e tenuta dei libri contabili; e) servizi di consulenza gestionale e affini; f) servizi di pulizia degli edifici e di gestione delle proprietà immobiliari; g) eliminazione di scarichi di fogna e di rifiuti; disinfestazione e servizi analoghi; h) servizi alberghieri e di ristorazione; i) servizi legali; l) servizi di collocamento e reperimento di personale; m) servizi sanitari e sociali; n) servizi ricreativi, culturali e sportivi. comma 3. Ferma restando l'individuazione di cui al comma 2, sono considerate forniture di particolare importanza le prestazioni di importo superiore a 500.000 euro>>.

Passiamo adesso ad analizzare il contenuto di detto Allegato, ponendo l'accento soprattutto sugli aspetti innovativi rispetto al D.M. n. 49/2018. Gli articoli di interesse sono in particolare l'art. 31 e seguenti, attinenti all'esecuzione di appalti di servizi e forniture.

Premesso che, chiunque sia colui che esercita la funzione di direttore dell'esecuzione – RUP o DEC appositamente nominato –, la principale funzione è sempre quella del coordinamento, direzione e controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto, volta ad assicurarne la regolare esecuzione **nei tempi stabiliti e in conformità alle prescrizioni contenute nel contratto** e nelle condizioni offerte, l'Allegato II.14 pone l'accento sulla **reale efficacia** che le verifiche devono avere in termini di garanzia del rispetto dei livelli di qualità promessi in sede di gara e sulla **costanza** dei controlli per tutta la durata del contratto.

Tra gli altri compiti affidati al DEC risaltano infatti la **valutazione della qualità e dell'adeguatezza della fornitura** o del servizio sulla base degli standard qualitativi, con particolare riferimento a quelli in materia ambientale, previsti dal contratto o dal capitolato e soggetti alle eventuali migliorie autorizzate dalla stazione appaltante; **l'obbligo di redigere periodiche e sistematiche relazioni sull'andamento delle principali attività di esecuzione del contratto**; di garantire, mediante la propria attività di monitoraggio, impulso e interlocuzione con l'appaltatore, il rispetto dei tempi e delle modalità di consegna; l'onere di curare la disponibilità della reportistica sulle prestazioni e le attività svolte dall'esecutore e di attestare lo svolgimento proficuo delle prestazioni in rapporto ai positivi risultati della gestione.

Appare evidente che, rispetto alla previgente disciplina, il nuovo Codice pone l'accento sulla necessità di verifiche costanti, fatte con periodicità tale da assicurare l'effettivo monitoraggio dell'andamento dell'esecuzione, soprattutto al fine di apportare gli eventuali correttivi laddove necessario, sia in termini di rispetto del cronoprogramma che dei livelli di qualità delle prestazioni.

Anche nel disciplinare la verifica di conformità, l'Allegato II.14 ribadisce tale concetto nella parte in cui precisa che <<le attività di verifica hanno,

altresì, lo scopo di **accertare che i dati risultanti dalla contabilità e dai documenti giustificativi corrispondano fra loro e con le risultanze di fatto**, fermi restando gli eventuali accertamenti tecnici previsti dalle leggi di settore>> e, anche quando le particolari caratteristiche dell'oggetto contrattuale non consentono la verifica di conformità per la totalità delle prestazioni contrattuali, il legislatore suggerisce di effettuare adeguati controlli a campione, svolti con modalità idonee a garantire una puntuale ed effettiva verifica della corretta esecuzione contrattuale.

“ **Il nuovo Codice, improntato al principio del risultato, secondo cui le stazioni appaltanti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, considera la tempestiva ed efficace esecuzione di un appalto importante quanto se non di più della procedura per il suo affidamento.** ”

3. La delibera ANAC n. 244 del 24 maggio 2024: un monito per le stazioni appaltanti ad eseguire, in fase di esecuzione, controlli effettivi e non soltanto pro forma.

Come accennato in premessa, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha avviato un'indagine conoscitiva di carattere generale volta ad acquisire elementi utili all'analisi del corretto operare delle stazioni appaltanti, in particolar modo nella fase esecutiva dei contratti di servizi e forniture.

Oggetto dell'indagine è stata, tra le altre, una procedura aperta indetta dalla Regione Piemonte per il "Servizio di vigilanza armata e di televigilanza presso la sede regionale sita in Torino ed il noleggio, la manutenzione, conduzione e aggiornamento software di un impianto di video sorveglianza TVCC e registrazione", della durata di un anno,

rinnovabile di un ulteriore anno ed eventuale proroga tecnica, da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ai fini dell'indagine, l'ANAC ha chiesto alla stazione appaltante di illustrare, tra l'altro, <<gli **accertamenti ed i controlli concretamente eseguiti** in conformità alle prescrizioni contenute nei documenti contrattuali e nelle condizioni offerte in sede di aggiudicazione o affidamento, indicando le relative previsioni>>, nonché di trasmettere <<**documentazione che attesti i controlli effettuati dall'amministrazione in corso di esecuzione** nel rispetto della norma di riferimento e secondo quanto specificatamente previsto nei documenti contrattuali>>.

Tra la documentazione trasmessa, per gli aspetti relativi ai controlli in fase esecutiva dei contratti, sono stati inviati il verbale di avvio dell'esecuzione del servizio, taluni verbali definiti "di accertamento dell'esecuzione dei servizi" con i relativi documenti contabili e la documentazione relativa all'unica penale applicata.

Oggetto di esame è stato, in primo luogo, il contenuto della documentazione di gara predisposta dalla Regione Piemonte con specifico riferimento alla fase esecutiva.

In merito ai controlli sull'esecuzione del servizio, l'art. 8 del capitolato tecnico infatti individuava la figura del Direttore dell'Esecuzione del contratto, prevedendo che lo stesso avesse <<il compito di approvare la pianificazione del servizio, nonché assicurare eventuali autorizzazioni necessarie per operare da parte della Stazione Appaltante>> e che dovesse <<verificare la corretta esecuzione del contratto nonché fornire parere favorevole sull'andamento del servizio ai fini del pagamento delle fatture e dell'applicazione delle penali>>.

L'art. 6 del capitolato, invece, prevedeva che il DEC dovesse effettuare i necessari accertamenti e rilasciare il certificato attestante l'avvenuta ultimazione delle prestazioni e che l'appalto fosse soggetto a verifica di conformità, rinviando perciò alla disciplina codicistica. Nel documento nessun richiamo veniva invece fatto alle Linee guida ANAC n. 3 e al D.M. 49/2018. L'art. 9 del capitolato individuava infine, genericamente, le penalità per l'appaltatore in caso di mancato adempimento alle prescrizioni contrattuali.

Anche al fine di comprendere la portata dei rilievi mossi dall'ANAC alla stazione appaltante destinataria dell'indagine, occorre ribadire che l'appalto esaminato è stato espletato nella vigenza del vecchio Codice dei contratti, quando la normativa in tema di effettività ed efficacia delle verifiche in fase esecutiva era - come abbiamo avuto modo di vedere - senza dubbio più sfumata rispetto a quella attuale.

Ciononostante, nella delibera in esame, l'Autorità ha concluso rilevando di aver riscontrato <<approssimazioni e carenze nell'attività di direzione, controllo e verifica in fase di esecuzione del contratto da parte del Direttore dell'esecuzione e del Responsabile del procedimento, i quali non risultano aver adeguatamente assolto alle funzioni di direzione, coordinamento e di controllo>>.

Per comprendere meglio le conclusioni cui è giunta l'Autorità va esaminata la condotta posta in essere dalla stazione appaltante. Secondo quanto sostenuto dal RUP dell'appalto, gli accertamenti sulla regolare esecuzione del servizio erano stati svolti mediante sopralluoghi presso la sede oggetto del servizio, tramite una interlocuzione informale ma costante con il referente responsabile tecnico dell'Appaltatore, nonché con la verifica delle ore/importo del servizio svolto mensilmente e l'autorizzazione, per le vie brevi, alla fatturazione del corrispettivo dovuto per il servizio effettivamente svolto. Tuttavia, la stazione appaltante non ha prodotto alcun verbale di sopralluogo, ma soltanto alcuni verbali "di accertamento esecuzione servizi" redatti ai sensi dell'art. 102 del d. lgs. 50/2016 e alcuni verbali "di accertamento regolare esecuzione del servizio" redatti ai sensi dell'art. 111 comma 1 del D. lgs. 50/2016 e dell'art. 26 del D.M. 49/2018. Secondo l'Autorità, non è stata prodotta alcuna documentazione in grado di testimoniare le verifiche effettivamente eseguite, da cui poter evincere le valutazioni ed i controlli specifici eseguiti nonché "i criteri di misurabilità ed i parametri oggettivi utilizzati" per la verifica secondo quanto prescritto dal Codice.

In altre parole, l'ANAC denuncia il fatto che la documentazione prodotta si limiti ad attestare un controllo di carattere <<**più formale che sostanziale**, non idoneo alla luce dei contenuti degli stessi a refertare adeguatamente e con completezza ed esaustività gli esiti degli accertamenti/verifiche operati/e>>.

“ **Secondo l'ANAC, un sistema di controllo e verifica che, di fatto, si attivi esclusivamente al riscontrarsi di eventuali inadempimenti segnalati dai fruitori del servizio, non risulta conforme alla norma né funzionale alle finalità per cui è stato pensato, oltre ad essere in antitesi con i compiti di verifica in itinere della corretta esecuzione contrattuale che la normativa assegna al DEC e al RUP.** ”

L'ANAC ha inoltre contestato l'approssimazione e superficialità delle parti del capitolato tecnico di gara proprio nei paragrafi dedicati alla verifica del corretto svolgimento delle prestazioni da parte dell'appaltatore.

Ad una richiesta di integrazione documentale volta a attestare l'esecuzione di controlli più efficaci e sostanziali, il RUP ha risposto – senza allegare alcun altro documento – sostenendo che, considerato che la sede in cui si svolgeva il servizio di vigilanza era la sede istituzionale principale, molto frequentata dai visitatori e dagli utenti, un qualunque minimo disservizio sarebbe stato subito fatto rilevare dall'utenza stessa.

L'assenza di qualsivoglia lamentela era, secondo il RUP, la chiara dimostrazione della corretta esecuzione delle prestazioni.

Anzi, in presenza di un'unica penale irrogata durante tutto il periodo contrattuale, il RUP ha concluso come <<il controllo della corretta esecuzione del servizio, più che basato su una serie di verifiche a campione, sia stato, come poche volte risulta possibile, effettuato sulla praticamente totalità dell'operato e il riscontro stesso di una unica contestazione effettuata [...] è testimonianza [...] della validità del sistema di controllo operato>>.

L'Autorità, come è facile intuire, ha respinto una simile conclusione. Appare evidente – secondo l'ANAC – che <<un sistema di controllo e verifica che, di fatto, si attivi esclusivamente

al riscontrarsi di eventuali inadempimenti/non conformità segnalati dai fruitori del servizio (...) non risulta conforme alla norma né funzionale alle finalità per cui è stato pensato>> ed appare in antitesi con il compito che la normativa assegna al DEC, di assicurare la regolare esecuzione nei tempi stabiliti e in conformità alle prescrizioni contenute nei documenti contrattuali e nelle condizioni offerte.

Nel caso dell'appalto sottoposto ad indagine, l'intervento del D.E.C. è stato eseguito per così dire a posteriori, con una funzione, ove possibile, unicamente riparatrice, non avendo dispiegato, come contesta l'Autorità <<la sua piena efficacia in termini di **iniziative ed azioni preventive di monitoraggio, controllo e direzione** dell'esecuzione del contratto, come postula la norma>>.

Il fatto che il servizio in questione si presti, per sua natura, ad una maggior esposizione a segnalazioni da parte dell'utenza non solleva la stazione appaltante dall'onere di effettuare i dovuti specifici controlli sugli aspetti quantitativo-qualitativi del servizio fornito, di cui deve peraltro restare una traccia documentale.

Alcun valore in tal senso può essere attribuito ai verbali di accertamento della regolare esecuzione del servizio forniti dal RUP nei quali erano riportate sostanzialmente delle mere clausole di stile, senza alcun riferimento, come invece richiesto dall'ordinamento, ai criteri di misurabilità utilizzati per la verifica quali/quantitativa delle prestazioni rese, né ai parametri e ai criteri oggettivi utilizzati per eseguire in concreto detta verifica.

Essi sono stati considerati espressione di <<un atteggiamento meramente formalistico e privo di concretezza nei confronti del controllo amministrativo-contabile previsto dalle norme>> e, in ogni caso, il controllo amministrativo contabile eseguito dalla Regione Piemonte per l'appalto *de quo* sarebbe valso quale controllo conclusivo, niente affatto sostitutivo rispetto alle specifiche attività di controllo *in itinere* previste dall'ordinamento, i cui esiti devono risultare analiticamente da appositi verbali.

Oltre a richiamare il RUP e il DEC dell'appalto allo svolgimento delle loro funzioni di verifica

in modo più concreto e più rispondente alla *ratio* delle norme che le prevedono, l'ANAC bacchetta la stazione appaltante anche a causa delle carenze riscontrate nella documentazione contrattuale adottata <<in termini di individuazione di un efficace e chiara disciplina dei controlli dell'operato dell'appaltatore nella fase esecutiva del contratto, nonché nella predisposizione da parte dei competenti soggetti della Stazione Appaltante della documentazione

“ Un'attività di verifica e controllo in fase esecutiva che sia concreta, costante ed effettiva è una delle più rilevanti misure contro il rischio di corruzione, considerato che, dietro la superficialità dei controlli da parte degli organi della stazione appaltante a ciò preposti, può celarsi una certa connivenza con l'appaltatore, di cui si finisce per coprire le condotte illecite. ”

relativa ai controlli amministrativo/contabili prevista dal D.M. n. 49/2018>> ed invita la stazione appaltante ad assumere, per il futuro, <<gli opportuni correttivi, da estendere a tutti gli appalti di servizi di competenza e di analoga natura, in corso di esecuzione e/o soggetti a futuro affidamento>>.

Il monito alle stazioni appaltanti espresso dall'ANAC con la delibera sin qui esaminata riveste un rilievo ancora più pregnante se solo si pensa al fatto che un'attività di verifica e controllo in fase esecutiva che sia concreta, costante ed effettiva costituisce una delle più rilevanti misure contro il rischio di corruzione negli appalti.

Atteggiamenti superficiali o meramente formalistici da parte degli organi della stazione appaltante preposti al controllo sono infatti per lo più frutto di negligenza e incapacità dei funzionari ma talvolta possono anche nascondere una certa connivenza con l'appaltatore, del quale si coprono, per interesse, le inefficienze, l'impiego di materiali o risorse non conformi, il conseguimento di risparmi non consentiti e, in generale, le condotte illecite.

L'accesso agli atti di gara nel nuovo codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 31 Marzo 2023, n. 36)

di Riccardo Gai

IL
PUN
TO

1. Inquadramento normativo

Il nuovo Codice degli appalti (d.Lgs 36/2023), agli artt. 35 e 36, presenta rilevanti novità in materia di diritto di accesso agli atti. Rispetto alla previgente disciplina, prevista dal d.Lgs. 50/2016, sono state apportate delle modifiche volte a rendere direttamente consultabili dagli operatori economici partecipanti alla gara una serie di informazioni, evitando di dover effettuare il consueto accesso agli atti "procedimentalizzato", secondo le disposizioni degli artt. 22 e seguenti della legge n. 241/90.

Significativo è che le nuove previsioni in materia di accesso nelle gare pubbliche siano sistematicamente contenute nella Parte II del Codice, dedicata alla digitalizzazione, scelta tutt'altro che casuale e volta a perseguire obiettivi di snellimento delle procedure e di trasparenza.

L'art. 35, comma 1, d.lgs. n. 36/2023 precisa che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti debbano assicurare, in modalità digitale, l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme, ai sensi degli articoli 3-bis e 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e degli articoli 5 e 5-bis del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

All'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 36/2023 viene disposto che: 1) l'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario; 2) i verbali di gara; 3) gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione, sono resi disponibili attraverso la piattaforma digitale di cui all'art. 25, utilizzata dalla stazione appaltante per lo svolgimento della gara, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 90.

Non solo la comunicazione di aggiudicazione, ma anche tutte le altre comunicazioni adottate dalla stazione appaltante (interruzione della procedura, esclusione, stipula, dati dell'aggiudicazione, motivazioni ecc...) devono essere trasmesse d'ufficio a tutti i concorrenti.

Per gli estranei alla procedura, per i partecipanti esclusi e per quelli che hanno diritto ad una parziale conoscibilità d'ufficio degli atti di gara, l'accesso a quanto di interesse va richiesto secondo le previsioni "ordinarie" degli articoli 22 e della legge n. 241/90, nonché degli articoli 5 e 5 bis, d.lgs. n. 33/2013 (accesso civico), nei limiti di quanto previsto dall'articolo 35 del nuovo codice (in materia di differimento obbligatorio, esclusione ed eccezione all'esclusione): ne consegue che essi

dovranno presentare un'istanza di accesso, cui seguirà un contraddittorio procedimentale, come previsto dalla normativa ordinaria.

Il legislatore ha, dunque, innovativamente, disposto la diretta "messa a disposizione" in piattaforma digitale dell'offerta dell'aggiudicataria, per cui l'offerta dell'operatore economico aggiudicatario, insieme a tutti i verbali di gara e agli atti, dati e informazioni presupposti all'aggiudicazione, saranno resi disponibili, attraverso la piattaforma digitale utilizzata dalla stazione appaltante, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi al momento della comunicazione digitale dell'aggiudicazione.

Il nuovo Codice dei contratti ha, innovativamente, disposto la diretta "messa a disposizione" in piattaforma digitale dell'offerta dell'aggiudicataria, per cui l'offerta dell'operatore economico aggiudicatario, insieme a tutti i verbali di gara e agli atti, dati e informazioni presupposti all'aggiudicazione, saranno resi disponibili, attraverso la Piattaforma di e-procurement utilizzata dalla stazione appaltante, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi al momento della comunicazione digitale dell'aggiudicazione.

Rilevante è anche la disposizione recata dal comma 2 dell'art. 36, il quale prevede che agli operatori economici collocatisi nei primi cinque posti in graduatoria sono resi reciprocamente disponibili, attraverso la stessa piattaforma, gli atti di cui al comma 1, nonché le offerte dagli stessi presentate.

Come si può notare, in questo ultimo caso, l'accesso (reciproco) all'offerta riguarda solo i primi 5 classificati: la scelta è stata quella di evitare, in tal modo, che chi non si sia aggiudicato la gara non subisca un pregiudizio

in conseguenza della messa a disposizione delle informazioni presenti nella propria offerta.

Inoltre, il limite dei soli primi cinque classificati evita il rischio di partecipazioni pretestuose da parte di operatori economici che intervengono per il solo fine di poter conoscere le offerte degli altri, con evidente risparmio di tempo per la procedura che altrimenti rischierebbe di essere appesantita da una partecipazione massiva (come si diceva, pretestuosa).

La *ratio* della norma è quella di ridurre i tempi dell'eventuale contenzioso post gara consentendo un immediato orientamento al potenziale ricorrente in ordine alla decisione di rivolgersi al giudice amministrativo.

2. Digitalizzazione, trasparenza ed accesso civico generalizzato

L'art. 35, operando un rinvio esterno alle previsioni specifiche di cui alla legge sull'accesso agli atti e all'accesso civico generalizzato, sancisce l'obbligo in capo alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di assicurare l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici in modalità digitale, prevedendo, con esclusione dei contratti secretati, i momenti esatti delle fasi ove l'esercizio del diritto di accesso si realizza concretamente e dei casi specifici di esclusione dell'accesso (ad esempio, relazioni riservate, pareri legali, ecc. ...), fatti salvi i casi di indispensabilità ai fini della difesa in giudizio (da parte del concorrente).

Già il primo comma fissa dei punti fondamentali sulla nuova disciplina dell'accesso agli atti: la piena realizzazione della "digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti" nonché il riconoscimento per tutti i cittadini della possibilità di richiedere, attraverso l'istituto dell'accesso civico generalizzato, la documentazione di gara secondo quanto disciplinato dagli artt. 5 e 5-bis del d. lgs. n. 33/2013.

La digitalizzazione diventa dunque uno strumento per modernizzare i contratti pubblici, in un'ottica volta a raccogliere le spinte derivanti dallo sviluppo tecnologico attraverso lo snellimento dei rapporti tra amministrazioni pubbliche ed operatori.

La nuova disciplina stata è stata varata alla

luce degli indirizzi forniti dalla giurisprudenza e, conferendo operatività all'accesso civico, si proietta su un piano di maggiore trasparenza, con l'obiettivo della totale digitalizzazione degli appalti e della relativa disciplina.

Il richiamo agli articoli 5 e 5 bis del d.lgs. 33/2013 sancisce il diritto per tutti i cittadini ad esercitare l'accesso civico generalizzato sugli atti di gara, seppur nei limiti stabiliti e secondo i principi di riservatezza che costituiscono importanti limiti da valutare prima di consentire l'accesso civico generalizzato.

Per cogliere la portata di tale riconoscimento, è bene ricordare che l'accesso civico generalizzato consente al comune cittadino l'esercizio del diritto di accesso, non sottoponendolo ad alcun limite particolare quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e senza alcun onere di motivazione circa l'interesse alla conoscenza, riconosciuto e tutelato, ai sensi dell'art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 33 del 2013, <<allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico>>.

“ **L'accesso civico generalizzato consente al comune cittadino l'esercizio del diritto di accesso, non sottoponendolo ad alcun limite particolare quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e senza alcun onere di motivazione circa l'interesse alla conoscenza, riconosciuto e tutelato, ai sensi dell'art. 5, comma 2, del d. lgs. n. 33 del 2013, <<allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico>>** ”

Questa rilevante novità muove dal presupposto, espresso dalla nota sentenza del Consiglio di Stato (Adunanza plenaria n. 10/2020), secondo la quale l'accesso civico generalizzato si applica a tutte le fasi dei contratti pubblici essendo un diritto fondamentale che contribuisce al miglior soddisfacimento degli altri diritti fondamentali che l'ordinamento giuridico riconosce alla persona.

Anche la Relazione del Consiglio di Stato al nuovo Codice, sul punto, ha evidenziato che <<il Consiglio di Stato con l'Adunanza plenaria n. 10/2020 ha affermato che detto strumento si applica a tutte le fasi dei contratti pubblici, chiarendo che il principio di trasparenza, che si esprime nella conoscibilità dei documenti amministrativi, rappresenta il fondamento della democrazia amministrativa in uno stato di diritto, assicurando anche il buon funzionamento della pubblica amministrazione attraverso l'intelligibilità dei processi decisionali e l'assenza di corruzione. Partendo da queste premesse, l'Adunanza plenaria è giunta a chiarire che l'accesso civico generalizzato sostanzia un diritto fondamentale che contribuisce al miglior soddisfacimento degli altri diritti fondamentali che l'ordinamento giuridico riconosce alla persona. La natura fondamentale del diritto di accesso generalizzato secondo il Consiglio di Stato si rinviene oltre che nella Carta costituzionale (artt. 1, 2, 97 e 117) e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 42) anche nell'art. 10 della CEDU in quanto la libertà di espressione include la libertà di ricevere informazioni e le eventuali limitazioni, per tutelare altri interessi pubblici e privati in conflitto, sono solo quelle previste dal legislatore, risultando la disciplina delle eccezioni coperta da riserva di legge. Con l'accesso civico generalizzato il legislatore ha voluto introdurre il diritto della persona a ricercare informazioni, quale diritto che consente la partecipazione al dibattito pubblico e di conoscere i dati e le decisioni delle amministrazioni al fine di rendere possibile quel controllo "democratico" che l'istituto intendere perseguire. La conoscenza dei documenti, dei dati e delle informazioni amministrative consente, in conclusione, la partecipazione alla vita di una comunità, la vicinanza tra governanti e governati, il consapevole processo di responsabilizzazione (accountability) della classe politica e dirigente del Paese>>.

Sulla scorta delle anzidette considerazioni, è evidente che il nuovo codice intenda garantire, anche per gli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, forme diffuse di trasparenza e controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

Riprendendo le considerazioni svolte dal Consiglio di Stato all'indomani dell'introduzione dell'accesso civico generalizzato, si può certamente affermare che tale forma di accesso segna, adesso anche nel settore dei contratti pubblici, <<il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere>>, in una sorta di <<"rivoluzione copernicana" per il nostro ordinamento giuridico, che richiama la nota immagine della Pubblica Amministrazione trasparente come una "casa di vetro">> (Cds, parere n. 515 del 24.02.2016).

Sul punto, inoltre, la giurisprudenza amministrativa (da ultimo Cds, sez. V, 04.06.2024 n. 5013) ha ricordato che:

- a) il principio di trasparenza risponde anche all'esigenza di un controllo sull'azione amministrativa, particolarmente avvertita nella materia dei contratti pubblici e delle concessioni;
- b) l'accesso agli atti nella materia dei contratti pubblici non è un sistema normativo compiuto e chiuso.

È noto che gli istituti dell'accesso documentale e dell'accesso civico generalizzato si pongono in rapporto di concorrenza integrativa, preordinata alla migliore fruizione dell'interesse conoscitivo; concorrenza che consente, peraltro, la possibilità di strutturare in termini alternativi, cumulativi o condizionati la pretesa ostensiva: un'istanza di accesso documentale, non accoglibile per l'assenza di un interesse attuale e concreto, potrà quindi essere accolta sotto la veste dell'accesso civico generalizzato.

3. Differimento ed esclusione del diritto di accesso agli atti

Il comma 2 dell'articolo 35 precisa che, fatta salva la disciplina prevista dal Codice per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, l'esercizio del diritto di accesso è differito:

- a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;
- b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti o degli enti concedenti, dei nominativi dei candidati da invitare;
- c) in relazione alle domande di partecipazione e agli atti, dati e informazioni relativi ai requisiti di partecipazione di cui agli articoli 94, 95 e 98 e ai verbali relativi alla fase di ammissione dei candidati e offerenti, fino all'aggiudicazione;
- d) in relazione alle offerte e ai verbali relativi alla valutazione delle stesse e agli atti, dati e informazioni a questa presupposti, fino all'aggiudicazione;
- e) in relazione alla verifica della anomalia dell'offerta e ai verbali riferiti alla detta fase, fino all'aggiudicazione.

In relazione a quanto previsto dal previgente d.lgs. 50/2016, le ipotesi di differimento dell'accesso risultano sostanzialmente confermate; rispetto a quanto previsto dal comma 2 dell'art. 53 del d.lgs. n. 50/2016 è stata aggiunta l'ipotesi di cui alla lett. c) dell'art. 35, in cui si differisce l'accesso "in relazione alle domande di partecipazione e agli atti, dati e informazioni relativi ai requisiti di partecipazione di cui agli articoli 94, 95 e 98 e ai

verbali relativi alla fase di ammissione dei candidati e offerenti, fino all'aggiudicazione".

Inoltre, a norma dello stesso art. 35, comma 4, lett. a), il diritto di accesso agli atti ed ogni forma di divulgazione possono essere esclusi se le informazioni fornite nell'offerta o nel corso di giustificazioni della stessa costituiscono, seconda motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali.

Il diritto di accesso agli atti ed ogni forma di divulgazione possono essere esclusi se le informazioni fornite nell'offerta o nel corso di giustificazioni della stessa costituiscono, seconda motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali.

Devono, invece, essere esclusi, a norma dell'art. 35, lett. b), le informazioni legate ai pareri legali per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici, alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto, ed infine in relazione alle informazioni sulle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante o dall'ente concedente.

Tuttavia, qualora tali informazioni fossero indispensabili ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici, il concorrente avrà comunque il diritto di esercitare l'accesso agli atti.

Pertanto, come si vede, l'art. 35 del nuovo Codice ha introdotto una distinzione tra le ipotesi "discrezionali", di esclusione dell'accesso, previste nella lettera a), e quelle "vincolate", previste dalla lettera b), di esclusione dal diritto di accesso e di ogni forma di divulgazione salvo quanto disposto per le eccezioni previste nel seguente comma 5.

Proprio l'art. 35, comma 5, amplia la portata applicativa dell'eccezione all'esclusione dal diritto di accesso rispetto a quanto disposto dal sesto comma del "vecchio" art. 53 del d.lgs. 50/2016, estendendola non solo alle ipotesi sub a), ma anche alla n. 3 (informazioni sulle piattaforme digitali e alle infrastrutture informatiche utilizzate dalla stazione appaltante o dall'ente concedente) delle ipotesi sub b).

Tali eccezioni saranno applicabili solo in caso di indispensabilità <<ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici rappresentati in relazione alla procedura di gara>>.

Dal testo della norma, sembrerebbe dunque che l'accesso ai segreti tecnici e commerciali contenuti nelle offerte - al di là dell'ipotesi di cui al comma 5 che poc'anzi abbiamo visto - non sia escluso *tout court* ma rimesso a non meglio precisate valutazioni di opportunità da parte della stazione appaltante

Tuttavia, come statuito anche dalla giurisprudenza amministrativa, <<L'amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono svolgere alcuna valutazione sulla influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo all'amministrazione o allo stesso giudice amministrativo nel giudizio di accesso; pertanto la legittimazione all'accesso non può essere valutata facendo riferimento alla legittimazione della pretesa sostanziale sottostante, ma ha consistenza autonoma, indifferente allo scopo ultimo per cui viene esercitata (Consiglio di Stato sez. III, 3 novembre 2022, n. 9588). ciò che compete all'Amministrazione (e successivamente al Giudice, in sede di sindacato sull'operato di questa), sulla base della motivazione della richiesta di accesso, è la verifica dell'astratta inerenza del documento richiesto con la posizione soggettiva dell'istante e gli scopi che questi intende perseguire per il tramite dell'accesso. Ne consegue che l'Amministrazione non può subordinare l'accoglimento della domanda alla (propria) verifica della proponibilità e/o ammissibilità di azioni in sede giudiziaria; ciò in quanto il Giudice dell'accesso non è e non deve essere il Giudice della "pretesa principale" azionata o da azionare (Consiglio di Stato sez. IV, 1° marzo 2022, n. 1450)>> (Cds, sez. V, n. 5013/2024).

Sembra, pertanto, che natura e portata della "indispensabilità" richiamata dalla norma in esame, saranno decifrate dall'interpretazione giurisprudenziale o da successivi interventi legislativi esplicativi.

È evidente, ad ogni modo, la portata maggiormente restrittiva della norma in esame rispetto al passato, laddove prescrive che l'accesso sia "indispensabile" al fine di superare il divieto di ostensione di "*informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali*" sancito al comma 4.

Ebbene, l'analisi congiunta degli artt. 35 e 36 mostra che la nuova disciplina dell'accesso agli atti di gara introdotta dal d.lgs. n. 36/2023 ha l'obiettivo di garantire un equilibrio tra il diritto di accesso degli operatori economici e la tutela dei segreti tecnici o commerciali degli offerenti.

4. L'oscuramento dei segreti tecnici e commerciali: il nuovo rito "accelerato" sull'accesso agli atti

La stazione appaltante o l'ente concedente, a norma del terzo comma dell'art. 36, devono dare atto, all'interno della comunicazione sull'aggiudicazione di cui al comma 1, delle decisioni prese in merito alle richieste di oscuramento – avanzate a norma del previamente esaminato art. 35 comma 4 lett. a) – di parti delle offerte dei primi cinque operatori in graduatoria.

Dunque, già nella fase procedimentale di valutazione delle offerte, la P.A. ha modo di considerare la sussistenza e rilevanza delle ragioni di segretezza dichiarate dai partecipanti per la presenza di segreti tecnici e commerciali.

Proprio per ottimizzare i tempi, quindi, già in tale fase si valuterà se l'offerta, nel caso in cui dovesse risultare selezionata come aggiudicataria (o con riguardo alle altre 4 collocatesi in graduatoria dopo la prima), potrà essere estesa a tutti i partecipanti (o ai primi cinque classificati) nella sua interezza, oppure andranno mantenute coperte, purché ritenute segrete, le parti indicate.

Sulla materia decide in autonomia la Stazione appaltante (salvo darne conto) al momento di valutazione delle offerte: non è previsto un preliminare avviso all'offerente, quale controinteressato, circa l'intenzione di rendere visibili le parti di offerte indicate come segrete, né viene disciplinato un contraddittorio sul punto prima dell'aggiudicazione.

In caso di messa a disposizione sulla piattaforma dell'offerta selezionata, con indicazione delle parti oscurate, il procedimento di accesso, nella sua fase amministrativa, si intende concluso, per cui coloro che hanno interesse a conoscere le parti riservate dovranno adire direttamente il Giudice amministrativo.

Nel caso in cui, di contro, l'amministrazione ritenga di non condividere le ragioni di segretezza rappresentate dall'offerente (o anche dagli altri 4 collocatisi in graduatoria dopo il primo), le parti oscurate saranno rese disponibili solo dopo che siano decorsi i termini per adire il giudice amministrativo.

A norma dell'art. 36 comma 4, le decisioni sulle richieste di oscuramento, infatti, devono essere impugnate, come detto senza previo contraddittorio con la P.A., con ricorso giurisdizionale da notificarsi entro e non oltre 10 giorni dalla comunicazione digitale dell'aggiudicazione, secondo il rito previsto dall'art. 116 c.p.a.

“ A norma dell'art. 36 comma 4, le decisioni sulle richieste di oscuramento devono essere impugnate, senza previo contraddittorio con la P.A., con ricorso giurisdizionale da notificarsi entro e non oltre 10 giorni dalla comunicazione digitale dell'aggiudicazione, secondo il rito previsto dall'art. 116 c.p.a. ”

Nel caso in cui la stazione appaltante o l'ente concedente ritengano insussistenti le ragioni poste alla base di una richiesta di oscuramento, non sarà comunque possibile l'ostensione dell'offerta prima del decorso del termine di 10 giorni previsto dal comma 4 (ricordiamo che la pubblicazione delle offerte avviene contestualmente alla comunicazione dell'aggiudicazione), permettendo così al richiedente di poter agire entro il termine di 10 giorni senza che venga lesa il suo diritto (cfr. art. 36, comma 5).

Inoltre, per scongiurare la comune pratica tra gli operatori di indicare come segrete parti delle offerte che non soddisfano i presupposti richiesti dall'art. 35, nel caso di ricorso avverso alla decisione sull'oscuramento la stazione appaltante o l'ente concedente può inoltrare una segnalazione all'ANAC, <<la quale può irrogare una sanzione pecuniaria nella misura stabilita dall'articolo 222, comma 9, ridotta alla metà nel caso di pagamento entro 30 giorni dalla contestazione, qualora vi siano reiterati rigetti di istanze di oscuramento>> (art. 36, comma 6).

Per quanto concerne il rito di impugnazione di fronte al Giudice amministrativo delle decisioni della stazione appaltante circa le richieste di oscuramento, di cui all'art. 36 comma 4, il successivo comma 7 dispone una disciplina accelerata per cui la camera di consiglio è fissata d'ufficio nei termini pari alla metà di quelli previsti dall'art. 55 c.p.a.

Inoltre, il ricorso <<è deciso alla medesima udienza con sentenza in forma semplificata, da pubblicarsi entro cinque giorni dall'udienza di discussione, e la cui motivazione può consistere anche in un mero richiamo delle argomentazioni contenute negli scritti delle parti che il giudice ha inteso accogliere e fare proprie>> (art. 36, comma 7).

5. Cenni giurisprudenziali

Attesa la novità della disciplina in esame, e dell'intero Codice dei contratti pubblici introdotto dal d.lgs. n. 36/2023, la l'attuale casistica giurisprudenziale è ancora scarsa ma, comunque, già piuttosto significativa.

Basti avere riguardo ad una pronuncia del TAR Puglia, ad avviso della quale, <<Come è noto, il nuovo Codice Appalti 2023 (cfr. D.Lgs. n. 36/2023) ha introdotto una nuova disciplina dell'accesso agli atti di gara che è oltre modo significativo rispetto alle tendenze ideologico culturali, oltre che ovviamente giuridiche, verso le quali il sistema sta evolvendo.

Una novità rilevante è sicuramente prevista all'art. 36: con la comunicazione digitale dell'aggiudicazione, verranno rese note anche le decisioni assunte dalla Stazione appaltante sulle richieste di oscuramento di parti delle offerte, formulate dagli offerenti a tutela dei loro segreti tecnici o commerciali.

In tal modo si vuole palesemente accelerare la procedura; gli operatori non dovranno più formulare alcuna istanza di accesso.

Inoltre, ai primi cinque classificati in graduatoria, sarà consentito visionare reciprocamente le rispettive offerte, sempre attraverso le piattaforme informatiche.

Ma si noti che tutto verrà deciso in autonomia dalla Stazione appaltante al momento di valutazione delle offerte: non è previsto un preliminare avviso all'offerente, quale controinteressato, circa l'intenzione di rendere visibili le parti di offerte indicate come segrete, né viene disciplinato un contraddittorio sul punto prima dell'aggiudicazione.

Le decisioni sulle richieste di oscuramento, comunicate appunto contestualmente all'aggiudicazione, potranno essere impugate solamente per le vie giudiziali, nel breve termine – ai limiti del giugulatorio – di dieci giorni.

Il quadro che emerge è, per l'appunto, quello della pubblicizzazione integrale della gara pubblica e l'eradicazione, si spera definitiva di tutto il contenzioso sviluppatosi negli ultimi anni sulla, spesso strumentale, difesa del c.d. know how industriale e commerciale>> (TAR Puglia – Bari, 1.12.2023, n. 1388).

Nell'fattispecie esaminata, si verteva in tema di legittimità di un provvedimento di diniego della stazione appaltante ad un'istanza di accesso agli atti di gara.

Si tratta di una lettura già molto "orientata" dell'istituto dell'accesso agli atti e ai documenti di gara, al fine di garantire, specie nelle procedure pubbliche di scelta del contraente, il principio della trasparenza amministrativa che, in tale

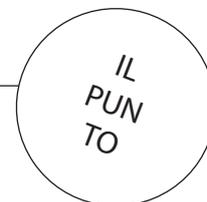
contesto, assurge a bene giuridico autonomo..

Sulla scorta di quanto sopra, il Collegio, svolgendo una ricognizione sul tema dell'accesso agli atti nel nuovo codice dei contratti pubblici in tema di accesso, ne ha cristallizzato le novità come segue:

- con la comunicazione digitale dell'aggiudicazione, verranno rese note anche le decisioni assunte dalla stazione appaltante sulle richieste di oscuramento di parti delle offerte, formulate dagli offerenti a tutela dei loro segreti tecnici o commerciali. In tal senso, gli operatori economici non dovranno necessariamente formulare una formale istanza di accesso, e ciò – secondo il TAR – in un'ottica acceleratoria della procedura (si tratterebbe, quindi, di un accesso agli atti di tipo "automatico", analogo a quello che era stato a suo tempo ragionevolmente introdotto dal d.Lgs. n. 163/2006, e che – poco comprensibilmente – il d.Lgs. n. 50/2016 aveva eliminato);
- ai primi cinque classificati in graduatoria sarà consentito di visionare reciprocamente le rispettive offerte, sempre attraverso le piattaforme "di approvvigionamento digitale" (cioè, le piattaforme digitali che, dal 1° gennaio 2024, dovranno necessariamente essere impiegate dalle stazioni appaltante per la gestione della procedura in base, alle nuove disposizioni legislative sulla digitalizzazione dei contratti pubblici);
- ogni decisione in merito all'accesso reciproco alle offerte verrà assunta dalla stazione appaltante al momento della valutazione delle offerte, senza che sia indispensabile un preliminare avviso ai concorrenti, quali controinteressati, circa l'intenzione di rendere visibili le parti di offerte indicate come riservate, e senza che sia necessario un contraddittorio sul punto prima dell'aggiudicazione;
- le decisioni sulle richieste di oscuramento, comunicate contestualmente all'aggiudicazione, potranno essere contestate dai concorrenti solamente per le vie giudiziali, nel brevissimo termine previsto dal nuovo Codice che, sul punto, ha introdotto un apposito rito processuale.

Collegi Consultivi Tecnici: dal nuovo Codice conferme e rilancio

di Stefano de Marinis



Premessa

Tempo fa scrivevamo sulle colonne di questa rubrica della generale freddezza e delle difficoltà con le quali, specie da parte della committenza, risultava esser stata accolta l'importante novità costituita dall'intervenuta riconfigurazione, ad opera del decreto legge n.76 del 2020, del preesistente istituto del Collegio Consultivo Tecnico¹, un atteggiamento rimasto tale nonostante il rafforzamento che lo stesso istituto aveva ricevuto ad opera del successivo analogo decreto, n.77 del 2021.

Parlavamo, allora, di norma inattuata, di risposta fredda da parte degli operatori al limite dell'inverosimile in quanto, nonostante l'obbligo di costituirli sempre, a partire dai lavori in corso di esecuzione al 17 luglio 2020 nei successivi 30 giorni, in presenza di appalti d'importo comunitario, l'intervenuta possibilità di invocare i poteri sostitutivi in caso di inerzia e la conferma del regime di favore sul fronte della responsabilità per danno erariale che l'adesione alle relative indicazioni espressamente implicava - peraltro con conseguenze del tutto opposte nel caso di comportamenti omissivi quali devono considerarsi le mancate costituzioni - ne risultavano attivati un numero trascurabile.

In tale contesto, ed in vista dell'adozione del nuovo codice era dunque lecito attendersi che del Collegio Consultivo Tecnico il sistema potesse

fare tranquillamente a meno, specie nel quadro di una complessiva riscrittura di regole che altresì codificava un regime di responsabilità per danno erariale più favorevole rispetto al passato.

Il decreto 36 e la legge delega

Ebbene è andata tutt'altro che così, nel senso che non solo l'istituto del Collegio Consultivo Tecnico risulta confermato, smentendo la tesi di una sua sostanziale estemporaneità riferibile alle sole scelte della disciplina cosiddetta "in deroga", ma la relativa portata è stata addirittura ampliata, in quanto estesa ai contratti di forniture e servizi di importo superiore al milione di euro.

Conferma e rilancio per il Collegio Consultivo Tecnico: l'estensione alle forniture ed ai servizi

Ciò a testimonianza della validità delle scelte già operate anche alla luce delle indicazioni in tal senso recate dalla legge delega, n.78 del 2022.

Al riguardo, infatti, tra i criteri ivi indicati per indirizzare la stesura del nuovo codice, all'articolo 1, comma 2, lettera II), è prevista espressamente *l'estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto.*

1. L'istituto introdotto con l'art. 207 del d.lgs. n. 50/2016, poi cancellato dal decreto correttivo del 2017, è stato reintrodotta a titolo temporaneo con l'art. 1, commi 11-14, d.l. n. 32/2019.

1. La nuova disciplina

In attuazione del riferito principio di delega, il d.lgs. 36/2023 dedica ben cinque articoli, dal 215 al 219, all'istituto del Collegio Consultivo Tecnico, oltre ad un intero allegato, il V.2.

Espressi richiami ad esso compaiono, poi, nella nuova disciplina delle sospensioni dell'esecuzione dei contratti, di cui all'articolo 121 ed in quella del successivo 124 che si occupa dell'esecuzione e del completamento di lavori, servizi e forniture, nell'ipotesi di insolvenza o impedimento alla prosecuzione dell'affidamento con l'esecutore designato.

Nel confermare come la stabilizzazione dell'istituto in parola corrisponda effettivamente all'attuazione del menzionato criterio di delega, la relazione che accompagna il codice, ne evidenzia altresì l'originaria *ratio*, quale rimedio generale destinato a dirimere sul nascere i possibili contenziosi tra committente e appaltatore che, in quanto tali, rischierebbero di pregiudicare l'esecuzione tempestiva e a regola d'arte del contratto di appalto.

2. Finalità dei CCT: evitare che dispute e contrasti ostacolino la messa a terra degli investimenti

La creazione, obbligatoria per gli appalti sopra le individuate soglie, di un organismo definito come *consultivo e di mediazione e conciliazione* destinato ad accompagnare l'esecuzione del contratto sin dal momento iniziale e per tutta la sua durata - continua la relazione - è finalizzata ad evitare che dispute e contrasti che possono insorgere tra le parti ritardino o ostacolino l'esatto adempimento delle prestazioni contrattuali.

Altresì confermata dalla relazione è la lettura per la quale il nuovo codice pone sostanzialmente a regime il sistema già disegnato dagli articoli 5 e 6 del dl 16 luglio 2020, n. 76, come integrato dalle linee guida predisposte dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici e approvate con decreto del Ministero delle Infrastrutture e delle Mobilità Sostenibili del 17 gennaio 2022, i cui contenuti sono in larga parte trasposti nell'allegato V.2. Dette linee guida risultano, peraltro, tuttora direttamente vigenti, in attesa dell'emanazione delle nuove,

come previsto dall'art.1, comma 3, ultimo periodo, dell'allegato V.2, per lo meno per quanto riguarda l'individuazione dei requisiti professionali e dei casi di incompatibilità dei membri e del Presidente del Collegio consultivo, così come i criteri preferenziali per la loro scelta ed i compensi.

Sottolinea, infine, la Relazione, l'ulteriore rilevante aspetto per cui resta in facoltà delle parti decidere se limitare il Collegio Consultivo Tecnico ad una funzione soltanto consultiva o attribuire alle sue decisioni valore di determinazione direttamente costitutiva di diritti e obblighi in capo alle parti (vedi *infra*).

Tanto premesso, l'articolo 215 del d.lgs. 36/2023 ribadisce, al comma 1, che per prevenire le controversie o consentire la rapida risoluzione delle stesse o delle dispute tecniche di ogni natura che possano insorgere nell'esecuzione dei contratti, ciascuna parte può chiedere la costituzione di un Collegio Consultivo Tecnico formato con le modalità fissate nell'allegato V.2.

L'espressa e codificata attribuzione di detta facoltà ad entrambe le parti contrattuali, da leggersi come appaltatore e committente, potrebbe lasciare spazio a considerazioni di ultroneità, considerato che, in prima battuta sembrerebbe essere l'appaltatore il soggetto interessato all'attivazione dello strumento e, d'altro canto, nella maggioranza dei casi la sua costituzione per le stazioni appaltanti è un obbligo sanzionato per il caso di mancato seguito; cionondimeno, e come avrà modo di notarsi di seguito, l'interesse è comune anche alla committenza, posto che sin dall'articolo 50 del decreto legge n.77 del 2021, comma 2, l'attivazione dei poteri sostitutivi poteva avvenire anche d'ufficio.

3. CCT strumento di protezione dell'Amministrazione verso la responsabilità erariale

Al riguardo rileva, infatti, anche il tema della copertura dalla responsabilità amministrativa che tale strumento offre.

Il comma 3 dell'articolo 215 conferma, infatti, che l'inosservanza dei pareri o delle determinazioni del Collegio Consultivo è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno

erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali; all'opposto, l'osservanza delle determinazioni è causa di esclusione, per il soggetto agente, della responsabilità per danno erariale, salva l'ipotesi di condotta dolosa.

Tale aspetto, unitamente alla salvaguardia del profilo strettamente realizzativo destinato a garantire, anche per questa via, l'obiettivo primario dell'efficace messa a terra degli investimenti, continua a rappresentare l'elemento di maggior interesse per l'impiego dell'istituto.

Ed infatti, una volta esaurito lo speciale regime fissato dall'articolo 21 del citato decreto legge n.76 del 2020, la disciplina applicabile in tema di responsabilità erariale sarà quella da ultimo codificata dal comma 3 dell'articolo 2 del nuovo codice, secondo la quale tornerà rilevante la colpa grave, esclusa solo laddove la violazione o l'omissione dell'operatore risulti determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.

In quest'ottica, l'adesione alle indicazioni del Collegio costituisce, in prospettiva, l'unico elemento in grado di escludere con certezza, e a priori, la responsabilità di chi opera sul fronte della amministrazione pubblica, in primo luogo dei RUP. Passando ad esaminare gli ulteriori profili della nuova disciplina codicistica, resta confermato che il Collegio Consultivo Tecnico si esprime, secondo i casi, con determinazioni o pareri.

In tal senso si esprime il comma 2 dell'articolo 215 aggiungendo che, in assenza di espressa volontà contraria delle parti, le determinazioni assumono natura di lodo contrattuale, ex art. 808-ter cpc. Analogamente dispone l'articolo 217, comma 1, anche per i pareri non obbligatori.

4. La facoltà di limitare il CCT a sola funzione consultiva va esercitata a monte

Secondo quanto in termini generali conferma l'articolo 2, comma 2, dell'allegato V.2, detta volontà contraria va formalizzata, a pena di decadenza, successivamente alla nomina del Presidente e non oltre il momento dell'insediamento del Collegio. In questo senso va rilevata l'indicazione più netta

rispetto alla precedente formulazione legislativa di cui al comma 3 dell'articolo 6 del decreto legge 76, peraltro integrata conformemente al nuovo codice dal punto 3.1.3 delle linee guida ministeriali.

Per quanto riguarda i pareri obbligatori, questi vanno resi in tutti i casi di sospensione dell'attività esecutiva del contratto, volontarie o coattive che siano, restando espressamente esclusa a priori, ai sensi dell'articolo 217, comma 1, secondo periodo, la possibilità che le relative indicazioni possano assumere valore di lodo per quelli resi a margine di sospensioni coattive.

Da sottolineare inoltre che, ai sensi del comma 2 dell'articolo 215, è precisato che, laddove la pronuncia abbia valore di lodo, l'attività di mediazione e conciliazione è comunque finalizzata alla scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte, aspetto questo che contribuisce a rendere speciale l'istituto in esame.

5. Conseguenze della mancata applicazione delle indicazioni del CCT confermate in sede giurisdizionale

Da sottolineare ancora sono poi le indicazioni di cui all'articolo 3, comma 5, dell'allegato V.2, volte a regolare il caso in cui le parti che decidano di non aderire alle indicazioni rivenienti dal Collegio e, di conseguenza, affidino la definizione delle vicende occorse agli organi della giurisdizione.

Stabilisce il relativo testo che laddove il provvedimento che definisce il giudizio corrisponda interamente al contenuto della determinazione del Collegio, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che non l'ha osservato, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto.

Il tutto al netto della possibilità di applicare gli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile, rispettivamente in tema di responsabilità aggravata per lite temeraria e condanna alle spese per singoli atti.

6. Le conferme della previgente disciplina

Venendo ad alcune conferme rispetto alla previgente disciplina ed al di là della già evocata parziale sopravvivenza delle Linee Guida ministeriali del 2022, in merito alla composizione dei Collegi, l'articolo 1, comma 1, dell'allegato V.2, ribadisce la sua formazione, a scelta delle Stazioni Appaltanti, con 3 componenti, o 5 se trattasi di opera complessa o siano richieste professionalità eterogenee, con esperienza e qualificazione professionale adeguate alla tipologia dell'opera.

L'individuazione dei membri va effettuata tra ingegneri, architetti, giuristi ed economisti con comprovata esperienza nel settore degli appalti, delle concessioni e degli investimenti pubblici, anche in relazione all'oggetto specifico del contratto.

Ai sensi del successivo comma 2, i componenti possono essere scelti dalle parti di comune accordo, oppure queste possono concordare che ciascuna di esse nomini 1 o 2 componenti, individuati anche tra il proprio personale dipendente o tra persone a esse legate da rapporti di lavoro autonomo o di collaborazione anche continuativa in possesso dei prescritti requisiti e che il presidente sia scelto dai componenti di nomina di parte; per l'ipotesi di conflitto d'interessi si rinvia al recente parere MIT n. 2514, del 17 aprile 2024. In base al comma 4, i componenti non assumono la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio.

Resta altresì confermato dall'articolo 2, comma 5, dell'allegato V.2 che in mancanza di accordo sulla designazione del presidente entro 10 giorni dall'avvio dell'esecuzione del contratto, nei successivi 5 provvedono il MIT per le opere di interesse nazionale, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano o le Città metropolitane per le opere di rispettivo interesse; resta in parte scoperta la disciplina del caso di chi sia titolato a decidere in sostituzione laddove del contratto di rilevanza locale risulti essere direttamente titolare una regione o una Città metropolitana.

Nel caso in cui sia la designazione dei membri a mancare, la parte non inadempiente può rivolgersi al presidente del tribunale ordinario ove ha sede la SA, individuata quale sede del CCT.

Altresì confermato è che il Collegio va costituito,

ad iniziativa della committenza, prima dell'avvio dell'esecuzione o comunque non oltre 10 giorni da tale data, così come il fatto che l'inottemperanza o il ritardo, nel caso di affidamenti superiori alle soglie d'obbligo, è valutabile sia ai fini della responsabilità dirigenziale ed erariale, sia, nei rapporti tra stazione appaltante ed operatore economico, sotto il profilo della buona fede contrattuale. Scompare, ovviamente la previsione che in origine ne imponeva l'immediata attivazione per i contratti in corso di esecuzione avviati in assenza dell'obbligo di legge; ciò in quanto si ritiene che da giugno 2020 ad oggi i contratti nati in precedenza siano esauriti ciò che peraltro potrebbe non esser sempre vero; in tali circostanze v'è da chiedersi se sussista tuttora un obbligo o questo sia venuto meno in ragione del superamento della norma transitoria del decreto legge 76.

Ribadito dall'articolo 4 dell'allegato V.2 è che ogni componente non può ricoprire più di 5 incarichi contemporaneamente e comunque non può svolgerne più di dieci ogni due anni e dall'articolo 5 che, a tali fini, i Presidenti dei CCT trasmettono all'Osservatorio permanente per il monitoraggio delle relative attività costituito presso il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici gli atti di costituzione e di scioglimento del Collegio e le principali pronunce assunte.

7. Conferma anche per i Collegi consultivi "ante contratto"

Confermata è altresì la facoltà di costituire Collegi Consultivi Tecnici prima dell'individuazione del contraente privato, ciò che il codice definisce all'articolo 218 come Collegi facoltativi.

Trattasi di ciò che in passato veniva definito come Collegio "ante operam" e che oggi, data l'estensione dell'istituto alle forniture ed ai servizi possiamo definire "ante contratto".

Dispone la richiamata norma che le stazioni appaltanti SA e gli enti concedenti, tramite il RUP, possono attivare un Collegio Consultivo Tecnico formato da 3 componenti per risolvere problemi tecnici o giuridici di ogni natura suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente alla esecuzione del contratto, ivi comprese le determinazioni delle caratteristiche delle opere e le altre clausole e condizioni del bando o dell'invito,

nonché la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione e dei criteri di selezione e di aggiudicazione.

Dei 3 componenti, 2 sono nominati dalla SA ed il terzo, per le opere di interesse nazionale dal MIT; per quelle d'interesse locale, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e Bolzano o dalle città metropolitane con sostituzione di uno dei componenti designati dalla SA con uno di nomina privata. In tal caso, le funzioni di componente del Collegio Consultivo Tecnico non sono incompatibili con quelle di componente del Collegio ordinario nominato ai sensi delle regole vigenti.

Il fatto che l'articolo 218 classifichi tali Collegi come facoltativi pone l'interrogativo se siano, a questo punto solo questi a poter essere definiti tali, in tal modo azzerandosi l'ulteriore casistica di quelli da costituire per scelta concorde delle parti a margine di contratti di importo inferiore alle soglie obbligatorie fissate dalla legge.

8. CCT facoltativi: due casi

Soccorre a chiarire il punto, non fosse altro che sul piano della terminologia, l'articolo 219 comma 1, del nuovo codice che ripropone la previsione, anch'essa già contenuta nel decreto legge 76, a tenore della quale il Collegio Consultivo è sciolto al termine dell'esecuzione del contratto o anche in un momento anteriore su accordo delle parti laddove non ne è obbligatoria la costituzione, ciò che dimostra l'esistenza di due distinte ipotesi di Collegi facoltativi: quelli *ante* contratto e quelli sotto le soglie d'obbligo.

In entrambi i casi, ma soprattutto vale conclusivamente sottolinearlo per i secondi, operano le previsioni di tutela e salvaguardia per i dipendenti pubblici fissate per le ipotesi di costituzione obbligatoria.

Pareri & Sentenze

PARERI
E SEN-
TENZE

TAR Umbria, Sez. I, 26/6/2024, n. 486

"l'anticipazione dell'allegazione dei curricula all'interno della "busta virtuale" contenente la documentazione amministrativa non comporta alcuna violazione del principio di segretezza delle offerte o del divieto di commistione tra le diverse componenti dell'offerta"

"... l'anticipazione dell'allegazione dei curricula all'interno della "busta virtuale" contenente la documentazione amministrativa non comporta alcuna violazione del principio di segretezza delle offerte o del divieto di commistione tra le diverse componenti dell'offerta (e quindi ancora una volta alcun vulnus alla par condicio tra i partecipanti), dovendo quest'ultimo essere correttamente riferito ad ipotesi di commistione tra elementi dell'offerta tecnica e dell'offerta economica (che non ricorre nel caso in esame). Al riguardo, il Collegio ritiene di condividere la recente giurisprudenza che, con riferimento ad una fattispecie per molti versi analoga, ha affermato che «l'anticipazione del contenuto dell'offerta tecnica nella busta "virtuale" contenente la documentazione amministrativa non comporti la violazione del divieto di commistione tra le diverse componenti dell'offerta. Tale divieto, invero, costituisce applicazione del principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica che trae fondamento dall'obiettivo di evitare che elementi di valutazione di carattere automatico possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali, sicché trova applicazione nei soli casi in cui sussista effettivamente il pericolo di compromissione della garanzia di imparzialità della valutazione. ... Nessun vulnus può derivare, pertanto, al corretto svolgimento delle fasi della procedura di gara, dall'erronea anticipazione della sola proposta tecnica nella busta contenente la documentazione amministrativa il cui esame non è caratterizzato, come è noto, da alcuna valutazione di tipo discrezionale richiedendosi alla stazione appaltante solo di verificare il possesso di tutti i requisiti di partecipazione in capo alle imprese concorrenti previa attivazione, ove necessario, del soccorso istruttorio» (T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 2 febbraio 2024, n. 87)."

TAR Liguria, Sez. I, 25/06/2024, n. 462

"l'art. 104 del nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al D.lgs. n. 36/2023 contempla una definizione più ristretta dell'avvalimento che non comprende più la tipologia "di garanzia"... la possibilità di porre in essere un avvalimento di garanzia o, più precisamente, un affidamento sulle capacità di altri soggetti per acquisire alcuni requisiti economico-finanziari non posseduti dall'operatore economico, è tuttora ammessa in forza dell'applicazione diretta delle suddette disposizioni autoesecutive, quantomeno negli appalti sopra-soglia come quello oggetto del presente giudizio"

La giurisprudenza elaborata sotto la vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici D.lgs n. 50/2016 ha distinto due tipologie di avvalimento riconducibili all'art. 89 del citato Codice:

- quello "tecnico-operativo" finalizzato a mettere a disposizione i requisiti tecnico-organizzativi, per il quale è necessaria l'indicazione specifica delle dotazioni tecniche, strumentali e delle risorse umane prestate;
- quello "di garanzia" finalizzato a mettere a disposizione la capacità economico-finanziaria dell'impresa ausiliaria, senza necessità di messa a disposizione (e, quindi, di specifica indicazione) delle risorse tecniche, strumentali ed umane, in quanto logicamente configurabili solo per l'avvalimento operativo.

Invero l'art. 104 del nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al D.lgs. n. 36/2023 contempla una definizione più ristretta dell'avvalimento che non comprende più la tipologia "di garanzia".

Il primo comma, infatti, configura l'operazione negoziale dell'avvalimento come obbligo da parte dell'impresa ausiliaria di mettere a disposizione del concorrente le "dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali" precisando poi che deve essere prevista "l'indicazione specifica delle risorse messe a disposizione".

Tale formulazione è chiaramente riferita al solo avvalimento tecnico-operativo, non consentendo più di ricondurvi (come avvenuto per l'art. 89 del precedente Codice) quello di garanzia nel quale l'impresa ausiliaria non presta dotazioni o risorse ma, al pari di un garante, si obbliga a rendere disponibile la propria capacità economico-finanziaria al fine di integrare quella dell'ausiliata per far fonte alle obbligazioni assunte, oltre a rispondere in solido in caso di inadempimento.

Nel senso che l'art. 104 del nuovo Codice non sia applicabile all'avvalimento di garanzia è stato rilevato anche dalla recente giurisprudenza secondo cui "3.5. ... l'art. 104 del d.lgs. n. 36 del 2023, che definisce l'avvalimento come "il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto", risulta tagliato in relazione al cd. "avvalimento operativo", non in relazione all'avvalimento di garanzia, ove per consolidata giurisprudenza non è necessaria la concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche" (T.A.R. Veneto, sez. I, 10.6.2024, n. 1389; cfr. anche T.A.R. Lombardia-Brescia, sez. I, Ord. 23.5.2024, n. 166).

L'espunzione dell'avvalimento di garanzia dall'art. 104 del nuovo Codice non ne comporta, tuttavia, l'inapplicabilità, atteso che la Direttiva appalti n. 2014/24/UE (di cui anche il D.lgs. n. 36/2023 è attuativo) prevede lo strumento equipollente del contratto di "affidamento".

Tale Direttiva, infatti, ha stabilito:

- all'art. 58, comma 3, che "Per quanto riguarda la capacità economica e finanziaria, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano la capacità economica e finanziaria necessaria per eseguire l'appalto. A tal fine, le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere in particolare che gli operatori economici abbiano un determinato fatturato minimo annuo [cd. fatturato GENERICO, n.d.e.], compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto" [cd. fatturato SPECIFICO, n.d.e.];
- all'art. 63 ("Affidamento sulle capacità di altri soggetti") che: "Per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4, un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. [...] Se un operatore economico vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, dimostra all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno assunto da detti soggetti a tal fine. [...] Se un operatore

economico si affida alle capacità di altri soggetti per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, l'amministrazione aggiudicatrice può esigere che l'operatore economico e i soggetti di cui sopra siano solidalmente responsabili dell'esecuzione del contratto.""

TAR Veneto Venezia, Sez. I, 21/6/2024, n. 1560

Indicazioni su costo della manodopera e tutela dei lavoratori, in una logica di equiparazione tra lavoratori del concorrente e lavoratori dell'impresa subappaltatrice

"In tema di indicazioni del costo della manodopera la giurisprudenza amministrativa ha chiarito (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 8; Cons. Stato, Sez. V, 17 febbraio 2022, n. 1191):

a) che la mancata separata indicazione dei costi della manodopera (dunque anche della sicurezza) comporta l'esclusione dell'impresa dalla gara;

b) che tale omissione non può essere sanata mediante la procedura del soccorso istruttorio (dunque neppure mediante giustificativi presentati in sede di verifica di congruità dell'offerta);

c) che l'esclusione dalla gara va spiccata anche in assenza di specificazione ossia di espressa comminatoria, in tal senso, ad opera della legge di gara. Ciò dal momento che la normativa italiana è sufficientemente chiara in ordine a tale formale obbligo;

d) che in questa specifica direzione, i suddetti costi della sicurezza e della manodopera non possono essere neppure ricostruiti in via postuma, sempre in sede di verifica di congruità, attraverso la eventuale dimostrazione che un tale dato era comunque compreso nell'offerta economica ... anche se non espressamente indicato (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 8, cit.). Tali costi debbono in altre parole essere espressamente "indicati" e giammai soltanto "considerati" o comunque contemplati (cfr., sul punto, la distinzione contenuta nella sentenza del TAR Sicilia, sez. III, 5 luglio 2018, n. 1553);

e) che unica eccezione a tale regola generale (si ripete: esclusione dalla gara per omessa separata indicazione di costi sicurezza e manodopera senza soccorso istruttorio ed anche in assenza di espressa comminatoria di esclusione del bando di gara) è costituita dalla presenza di clausole e di modelli che non consentano ai concorrenti di indicare espressamente tali costi nell'ambito della propria offerta economica. Deve trattarsi in altre parole di disposizioni fortemente ambigue o fuorvianti, tali da ingenerare "confusione" nel concorrente, nonché di modelli predisposti dalla stazione appaltante in modo tale da rendere materialmente impossibile (es. assenza di "spazio fisico" nella domanda di partecipazione e nel relativo schema di offerta) il loro effettivo inserimento. A tutela del "legittimo affidamento", dunque, in siffatte ipotesi deve essere consentita una sanatoria o meglio rettifica postuma del dato (mediante soccorso istruttorio oppure giustificativi in sede di giudizio di anomalia).

In tema di costo della manodopera delle prestazioni oggetto di subappalto, la giurisprudenza amministrativa, in relazione alla disciplina dettata dal d.l.gs. n. 50 del 2016, ha aggiunto che: "Il concorrente che intenda avvalersi del subappalto ha l'onere di rendere puntualmente edotta l'amministrazione dell'effettivo costo del personale fornitogli dal subappaltatore, al fine di consentirle un effettivo controllo della sostenibilità economica dell'offerta" (cfr. Cons. St., Sez. V, 8 marzo 2018, n. 1500; Tar Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 7 ottobre 2020, n. 348). Infatti, "la previsione (articolo 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016) non può che essere estesa a tutti i costi che l'offerente, direttamente o indirettamente, sostiene per adempiere alle obbligazioni contrattualmente assunte. La norma, invero, si presterebbe a facili elusioni, se si consentisse di scorporare dal costo totale della manodopera il costo sostenuto dai subappaltatori (cfr. TAR Milano, 6 novembre 2018, n. 2515)" (TAR Veneto, Sez. II, 13 ottobre 2021, n. 1216).

.... La stessa legge delega per la redazione del Codice (legge n. 78 del 21 giugno 2022) all'art. 1, comma 2, lett. m), n. 2), poneva alle stazioni appaltanti l'obiettivo di "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, nonché garantire le stesse tutele economiche e

normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare". ... in attuazione di tali disposizioni il Nuovo Codice dei contratti, oltre a prevedere all'art. 108, comma 9, che nelle offerte economiche presentate per l'aggiudicazione di pubblici appalti, l'operatore economico concorrente è tenuto ad indicare - sotto espressa comminatoria di esclusione dal procedimento selettivo - i costi della manodopera, ha altresì stabilito:

- all'art. 11, commi 4 e 5, che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti "acquisiscono la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele...";

- al comma 5, del medesimo art. 11, che "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano, in tutti i casi, che le medesime tutele normative ed economiche siano garantite ai lavoratori in subappalto";

- all'art. 102, comma 1, lett. b), che nella legge di gara le stazioni appaltanti devono richiedere agli operatori economici di assumere l'impegno di "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";

- all'art. 119, comma 12, che "Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale. Il subappaltatore è tenuto ad applicare i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale. L'affidatario corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso".

Con tale complessivo assetto normativo, il Codice ha introdotto norme maggiormente pregnanti e vincolanti, garantendo maggiore certezza nell'individuazione del contratto collettivo applicabile e assicurando un più elevato livello di effettività alla tutela dei lavoratori, in una logica di equiparazione tra lavoratori del concorrente e lavoratori dell'impresa subappaltatrice."

TAR Campania, Sez. II, 13/06/2024, n. 3732

Ribassabilità dei costi della manodopera

"Come condivisibilmente affermato dal TAR Toscana (sent. 120/2024), "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. Inoltre, la tesi sostenuta dal ricorrente, dell'inderogabilità assoluta dei costi della manodopera individuati dalla stazione appaltante, determinerebbe un'eccessiva compressione della libertà d'impresa, in quanto l'operatore economico potrebbe dimostrare ad esempio che il ribasso è correlato a soluzioni innovative e più efficienti, oppure, soprattutto in ipotesi di appalto di servizi, come quello di cui si discute, alla sua appartenenza ad un comparto, per il quale viene applicato un CCNL diverso da quello assunto come riferimento dalla stazione appaltante."

TAR Campania, Sez. I, 13/06/2024, n. 3735

CCNL e principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale

“In particolare, l'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che i contratti di appalto possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento, ove la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste o imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice, tra le quali “la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti” (co. 1, lett. c), n. 2).

È da ritenersi che in quest'ambito vi debbano rientrare i contratti collettivi nazionali di lavoro, in ragione della loro inderogabilità e per la natura che rivestono (dall'art. 2 del d.lgs. n. 40/2006 che, modificando l'art. 360 c.p.c., ammette al n. 3 il ricorso per cassazione per violazione di norme dei contratti accordi collettivi nazionali di lavoro, la dottrina giuslavoristica ne ha finanche desunto la riconducibilità alle fonti di diritto).

In conclusione, la questione prospettata dalla ricorrente rientra tra i rimedi manutentivi del contratto, di tal che non può essere predicata l'illegittimità dell'aggiudicazione.

La giurisprudenza ha evidenziato che, anche prima della stipula del contratto, possa addivenirsi alle modifiche necessitate da particolari circostanze (cfr. TAR Piemonte - sez. II, 20/2/2023 n. 180: “la legislazione in materia di appalti pubblici è sì ispirata al rispetto del principio di tutela della concorrenza e parità di trattamento, ma è anche informata ai criteri di efficacia ed economicità che, in presenza di particolari circostanze, possono condurre alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali sia in corso d'esecuzione che prima della stipula del contratto (Cons. Stato, sez. V, 11.04.2022, sent. n. 2709). Costituisce oramai consolidato principio quello secondo il quale l'immodificabilità del contratto non ha carattere assoluto e le variazioni contrattuali non violano sempre e comunque i principi fondamentali in materia di evidenza pubblica (cfr. Corte di Giustizia UE, sez. VIII, nella sentenza del 7 settembre 2016, in C. 549-14)”).

Per inciso, va osservato che il riequilibrio contrattuale costituisce oggi principio espressamente affermato nel nuovo codice dei contratti pubblici (art. 9 del d.lgs. n. 36/2023).”

TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 11/6/2024, n. 1778

Affidamento diretto previa consultazione di preventivi e procedura negoziata sottosoglia: differenze

“... non palesa la volontà di indire una procedura negoziata la decisione dell'amministrazione di interpellare cinque operatori: l'art. 50, c. 1, lett. b), d.lgs. n. 36/2023 consente l'affidamento diretto dei servizi e forniture, di importo inferiore a 140.000 euro, “anche senza” consultazione di più operatori economici e l'art. 3, allegato I.1 del codice dei contratti prevede espressamente la facoltà per la stazione appaltante di interpellare più operatori.

Inoltre, come già affermato dalla giurisprudenza in fattispecie analoghe, “la mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori (procedimentalizzazione che, peraltro, corrisponde alle previsioni contenute nelle Linee Guida n. 4 per tutti gli affidamenti diretti; cfr. il par. 4.1.2 sull'avvio della procedura), non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze” (cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, 23.04.2021 n. 3287; in termini, TAR Venezia, Sez. I, 13.06.2022 n. 981; TAR Basilicata, Sez. I, 11.02.2022 n. 108; TAR Marche, Sez. I, 07.06.2021 n. 468).

Non assumono, pertanto, rilievo la richiesta di un'offerta tecnica e un'offerta economica, da formularsi previa effettuazione di un sopralluogo, l'indicazione di un importo “a base d'asta” e la predeterminazione

di criteri di valutazione.

Non trasforma certo l'affidamento diretto in una procedura di gara neppure la richiesta del possesso, in capo agli operatori, di requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale che è, anzi, conforme a quanto previsto all'art. 17, c. 2, d.lgs. n. 36/2023 in forza del quale, in caso di affidamento diretto, la decisione di contrarre "individua l'oggetto, l'importo e il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale".

Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA N. 252 del 24 maggio 2024

UPREC-PRE-0107-2024-S-PREC

"L'eventuale aumento dei costi e/o dei prezzi in pendenza della gara non può in generale incidere sulla legittimità – o meno – dell'aggiudicazione, bensì eventualmente sulla successiva fase esecutiva, attenendo tale profilo all'istituto della revisione dei prezzi nei contratti pubblici ad esecuzione periodica o continuativa, come noto, volto ad assicurare, in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni determinata dall'aumento dei costi gravanti sull'esecutore privato, il mantenimento della convenienza del contratto per il privato medesimo e, correlativamente, della qualità delle prestazioni a favore della pubblica amministrazione, contestualmente evitando che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto."

"... la questione controversa sottoposta all'Autorità verte precipuamente sul duplice rilievo per cui il prezzo orario posto a base di gara, già ab origine, sarebbe stato non capiente rispetto al costo del personale ex CCNL di riferimento (che non avrebbe consentito di inserire gli ulteriori costi necessari a coprire efficacemente l'offerta tecnica), oltre al fatto che lo stesso CCNL di riferimento è stato aggiornato all'indomani del termine di scadenza delle offerte, con un aumento dei costi del personale di circa il 13%. ... con riferimento alla seconda questione, segnatamente basata sulle conseguenze scaturenti dalla approvazione del nuovo CCNL in pendenza della procedura di gara, stante l'intervenuta sospensione (...), deve ritenersi condivisibile quanto osservato da autorevole giurisprudenza secondo cui "l'eventuale aumento dei costi e/o dei prezzi in pendenza della gara non possa in generale incidere sulla legittimità – o meno – dell'aggiudicazione, bensì eventualmente sulla successiva fase esecutiva, attenendo a ben vedere la doglianza di cui si discorre all'istituto della revisione dei prezzi nei contratti pubblici ad esecuzione periodica o continuativa, come noto, volto ad assicurare, in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni determinata dall'aumento dei costi gravanti sull'esecutore privato, il mantenimento della convenienza del contratto per il privato medesimo e, correlativamente, della qualità delle prestazioni a favore della pubblica amministrazione, contestualmente evitando che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto (in tal senso, ex multis, questo T.A.R., Sezione I, 9 novembre 2020, n. 11577)" (cfr. TAR Lazio n. 11309 del 4.11.2021);"

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 278 del 05 giugno 2024
UPREC-PRE- 0123-2024- L**

"In ragione della diversa funzione assolta dal subappalto necessario rispetto a quello facoltativo, l'operatore economico, sfornito dei requisiti per l'esecuzione in proprio delle lavorazioni scorporabili a qualificazione obbligatoria, è tenuto a rendere una chiara e univoca manifestazione di volontà circa l'intenzione di ricorrere al subappalto necessario."

" ... alla luce delle diverse funzioni assolte dal subappalto qualificante rispetto a quello facoltativo, la giurisprudenza ha precisato che il concorrente è tenuto, in sede di presentazione dell'offerta, a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto per supplire al requisito di qualificazione mancante. "Detto più chiaramente, l'operatore economico deve dichiarare sin dalla domanda di partecipazione la volontà di avvalersi del subappalto c.d. necessario (in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 1° luglio 2022, n. 5491, ove è ben evidenziata la diversità di presupposti e di funzioni delle due dichiarazioni, di ricorrere al subappalto facoltativo oppure a quello necessario, in quanto "...nella dichiarazione di subappalto "necessario" viene in rilievo non una mera esternazione di volontà dell'operatore economico quale è la dichiarazione di subappalto "facoltativo", bensì una delle modalità di attestazione del possesso di un requisito di partecipazione, che non tollera di suo il ricorso a formule generiche o comunque predisposte ad altri fini, pena la violazione dei principi di par condicio e di trasparenza che permeano le gare pubbliche"; cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2022, n. 2365) ... la mancata dichiarazione della volontà di far ricorso al subappalto c.d. necessario non può essere oggetto di soccorso istruttorio una volta che la stazione appaltante abbia accertato la carenza dei requisiti di partecipazione coerenti con la percentuale di lavori che l'impresa s'è impegnata a realizzare (secondo Cons. Stato, n. 5491 del 2022, già precedentemente citata, ove fosse consentito il soccorso istruttorio la stazione appaltante darebbe la facoltà ad un operatore di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione dell'offerta in contrasto con la par condicio competitorum; nello stesso senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2019, n. 471) (Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596), (cfr. Delibera 506 dell'8.11.2023);"

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 275 del 05 giugno 2024
UPREC/PRE/0118/2024/S/PREC**

"Appalto pubblico – Servizi – Progettazione del servizio – Costi della manodopera – Stima – Tabelle ministeriali – Approvazione nuove tabelle prima della pubblicazione del bando – Obbligo adeguamento - Sussiste"

"Qualora, nelle more della pubblicazione del bando di gara, vengano approvate nuove tabelle ministeriali comportanti un aumento del costo del lavoro, la Stazione appaltante è tenuta ad aggiornare il progetto del servizio, adeguando la stima dei costi della manodopera agli importi recati dalle nuove tabelle."

Autorità Nazionale Anticorruzione

**DELIBERA N. 277 del 05 giugno 2024
UPREC-PRE- 0113-2024**

"Appalto pubblico – In genere – Contributo ANAC – Omesso Pagamento – Soccorso istruttorio- Limiti"

"In relazione al contributo a favore dell'ANAC, il soccorso istruttorio può essere utilizzato solo per comprovare l'avvenuto pagamento entro la scadenza dei termini per la presentazione dell'offerta e non già per effettuare tardivamente il versamento dovuto."

A Domanda Rispondiamo

A.
D.
R.**1**

Nelle procedure negoziate senza bando di tipo aperto è consentita l'inversione procedimentale?

L'art. 107 comma 3 del codice dispone "Nelle procedure aperte, la stazione appaltante può disporre negli atti di gara che le offerte siano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Se si avvale di tale possibilità, la stazione appaltante garantisce che la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente". Pertanto, il codice dei contratti pubblici sembrerebbe limitare l'inversione procedimentale alle sole procedure aperte.

2

Gli operatori economici possono spendere in una gara di servizi i requisiti posseduti dai loro soci?

La possibilità di utilizzare, per la partecipazione alle gare pubbliche, **i requisiti posseduti dai soci** è stata prevista espressamente all'art. 66, comma 2, D.Lgs. n. 36/2023 **solo per le gare relative ai servizi di ingegneria ed architettura, per un periodo di cinque anni dalla costituzione** delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa.

Inoltre, per le stesse gare, possono essere utilizzati, sempre entro i cinque anni dalla loro costituzione, **i requisiti posseduti dai direttori tecnici o dai professionisti dipendenti della società** con rapporto a tempo indeterminato qualora costituite nella forma di società di capitali.

Pertanto, fatta eccezione per le gare relative ai servizi tecnici e di ingegneria, i requisiti di partecipazione devono essere posseduti dai soggetti giuridici partecipanti alla procedura di gara, intendendosi per tali gli "operatori economici" elencati all'art. 65 del D.lgs. n. 36/2023 e non potendosi estendere tale definizione fino a comprendere i soci componenti gli stessi, soggetti giuridici distinti dalle società di capitali di cui, appunto, sono soci.

3 La presenza di elementi tecnici nella busta contenete la documentazione amministrativa determina l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara?

Sebbene L'ANAC sembra irragionevolmente aver adottato un approccio rigido al tema, motivando nella relazione al Bando Tipo la propria scelta di prescrivere l'inserimento del contratto di avvalimento premiale nell'offerta tecnica con il rischio di contaminazione tra elementi amministrativi e tecnici, la giurisprudenza amministrativa più recente invece, è dell'avviso che il principio di separazione possa condurre nel caso di violazione all'esclusione solo nel caso di commistione di elementi tecnici ed economici o di elementi amministrativi ed economici (nel caso di criterio del miglior rapporto qualità/prezzo), determinandosi invece in tutti gli altri casi l'irrilevanza della contaminazione **(Cfr. TAR Umbria, sez. I, 26.6.2024 n. 486)**

4 Il principio di rotazione è rispettato in caso di affidamento diretto previa indagine di mercato aperta a tutti?

Il principio di rotazione non si applica, 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. Applicando il richiamato principio ermeneutico il TAR Catanzaro con sentenza n. 848 del 29.05.2024 ha ritenuto illegittimo l'operato della stazione appaltante che ha impedito la partecipazione del gestore uscente alla procedura selettiva finalizzata ad un affidamento diretto in quanto l'indagine di mercato aperta a tutti gli operatori economici interessati e basata sul criterio dell'offerta più congrua e conveniente, esclude una potenziale lesione del principio di rotazione.

5 E' ammissibile l'affidamento diretto di un accordo quadro?

L'accordo quadro è uno strumento contrattuale applicabile a tutti i tipi di appalti che rispondono ad esigenze consolidate, ripetute nel tempo, il cui numero, così come l'esatto momento del loro verificarsi, non sia noto in anticipo flessibile in grado di semplificare l'attività contrattuale riducendo sia gli adempimenti amministrativi sia le tempistiche connesse ad un corretto affidamento, nel rispetto comunque del principio di rotazione degli affidamenti previsti per le procedure sottosoglia.

Pertanto, a condizione che siano rispettati i limiti imposti dal comma 1 dell'art. 59 del D.Lgs. n. 36/2023 nessuna attuale disposizione del codice sembra vietare il possibile ricorso all'affidamento diretto di un accordo quadro, nel caso in cui ricorrano le condizioni di cui all'articolo 50, comma 1, lettere a) e b), ossia nel caso di lavori il cui importo massimo stimato per l'intera durata dell'accordo sia inferiore a 150.000 euro e nel caso di servizi, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura, o forniture il cui importo massimo stimato sempre per l'intera durata dell'accordo sia inferiore a 140.000 euro, e sempre che non ricorra un interesse transfrontaliero certo **(Cfr. Comunicato del presidente dell'ANAC del 5 giugno 2024).**

6 In presenza di una sola offerta, la gara deve essere dichiarata deserta?

Ai sensi dell'art. 69 del R.D. n. 827/192 "l'asta deve rimanere aperta un'ora per la presentazione delle offerte ed è dichiarata deserta ove non ne siano presentate almeno due, a meno che l'avviso d'asta non preveda espressamente che si procederà all'aggiudicazione anche nel caso di presentazione di una sola offerta".

Tale norma ad oggi in vigore consente alle stazioni appaltanti di selezionare il miglior contraente sul presupposto che un effettivo confronto concorrenziale delle offerte sia possibile soltanto in presenza di una pluralità di partecipanti alla gara.

Pertanto, se non diversamente previsto nella lex specialis di gara, deve ritenersi corretta la scelta dell'Amministrazione di non procedere all'esame dell'offerta e di procedere alla dichiarazione di gara deserta **(Cfr. TAR Napoli, 22.05.2024, n. 3258)**.

7 La stazione appaltante può esercitare la facoltà di cui all'art. 120 comma 9 D.Lgs. 36/2023 indicando un valore inferiore al quinto dell'importo del contratto con riferimento all'obbligo per l'appaltatore di eseguire le prestazioni alle stesse condizioni originariamente previste?

Come noto, l'ANAC, nel Bando tipo n. 1/2023 "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", ha ritenuto che nel valore stimato dell'appalto va compreso anche il c.d. 'quinto d'obbligo'.

Il MIT con la risposta al quesito n.2455 del 21/06/2024 ha affrontato la questione del sesto quinto, stabilendo che "nel nuovo codice rappresenta una autonoma fattispecie di modifica contrattuale, e, considerato il richiamo al Bando tipo Anac n.1/2023 per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari, si deduce che la fattispecie in esame ricada in tale ambito.

L'art. 120 comma 9 ricalibra la disciplina del c.d. quinto d'obbligo riconducendolo definitivamente nell'ambito delle potenziali modifiche del contratto, con la previsione di una sua doverosa (quindi a pena di illegittimità) programmazione nella documentazione di gara. Pertanto la facoltà di indicare valori inferiori sembra coerente con la previsione di cui all'art. 120 comma 9 del d. lgs. 36/2023 e la risposta è affermativa. Occorre comunque considerare che la stazione appaltante si vincola ad un utilizzo per un importo minore di quello previsto".

8

Quali requisiti deve possedere il RUP di una Centrale di Committenza a cui i Comuni hanno delegato la fase dell'affidamento?

Al quesito n.2499 ha risposto MIT il 01/07/2024, facendo riferimento alla lettera dell'art. 15 comma 9 e all'art. 62 comma 13 del nuovo codice d.lgs. n. 36/2023 nonché all'art. 9 comma 5 dell'Allegato I.2. In base alle suddette disposizioni risulta letteralmente che le centrali e le S.A. qualificate, che svolgono attività di committenza ausiliarie per conto di altri enti, nominano un RUP che cura i necessari raccordi con la stazione appaltante beneficiaria dell'intervento, la quale a sua volta nomina un responsabile per attività di propria competenza.

In base alla disposizione di cui all'art. 15 comma 2 si ricava il principio secondo cui il RUP è un soggetto in possesso dei requisiti di cui all'allegato I.2 e delle competenze professionali adeguate in relazione ai compiti al medesimo affidati. Nell'Allegato I.2, agli articoli 4 e 5 sono declinati i requisiti di professionalità del RUP.

Per quanto riguarda il responsabile di procedimento di fase, si riporta la disposizione di cui all'art. 15 co. 4, secondo cui "ferma restando l'unicità del RUP, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, possono individuare modelli organizzativi, i quali prevedano la nomina di un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento. Le relative responsabilità sono ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP".

La Relazione illustrativa al Codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. n. 36/2023 chiarisce, con riferimento all'art. 15, comma 4, che "In caso di nomina dei responsabili di fase, infatti, rimangono in capo al RUP gli obblighi - e le connesse responsabilità - di supervisione, coordinamento, indirizzo e controllo, mentre sono ripartiti in capo ai primi i compiti e le responsabilità delle singole fasi a cui sono

preposti". Relativamente ai responsabili di fase, come si ricava dalle disposizioni sopra richiamate, i requisiti richiesti devono essere coerenti con le responsabilità assegnate.

Si ricorda che ai sensi dell'art. 2 comma 1 - ultimo capoverso dell'allegato I.2., "il RUP svolge i propri compiti con il supporto dei dipendenti della stazione appaltante".

In generale si rileva che il nuovo codice, dopo aver attenuato i requisiti di esperienza rispetto alle linee guida ANAC n. 3, chiarisce definitivamente la possibilità per la stazione appaltante di nominare anche un RUP privo dei requisiti e si riporta il co. 3 dell'art. 1, dell'allegato I.2: "Il RUP deve essere dotato di competenze professionali adeguate all'incarico da svolgere. Per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura il RUP deve essere un tecnico.

Ove non sia presente tale figura professionale, le competenze sono attribuite al dirigente o al responsabile del servizio nel cui ambito di competenza rientra l'intervento da realizzare. Negli altri casi, la stazione appaltante può individuare quale RUP un dipendente anche non in possesso dei requisiti richiesti."

Nel caso in cui sia individuato un RUP carente dei requisiti richiesti, il nuovo Codice valorizza le funzioni di supporto al RUP prevedendo all'art. 15, comma 6, 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".

Irregolarità o lesione del principio della segretezza dell'offerta?

IN
PIL
LOLE

Da una panoramica complessiva, con un occhio sullo spazio temporale recentissimo, interessante può risultare un piccolo focus sulle indicazioni che la Giurisprudenza, attraverso la sentenza n.486 del 26.06.2024 Sez. I del Tar Umbria, sta fornendo a proposito dell'eventuale violazione del principio di segretezza delle offerte o del divieto di commistione tra le diverse componenti dell'offerta stessa.

La questione oggetto di disamina da parte del Tar verte sulla problematica relativa alla sussistenza di una violazione del principio di segretezza delle offerte, a causa dell'anticipazione dei curricula all'interno della "busta virtuale" contenente la documentazione amministrativa.

La parte ricorrente censurava la mancata esclusione della controinteressata la quale, in violazione dell'espressa previsione della *lex specialis* (par. 15 del disciplinare), non aveva inserito nella propria offerta tecnica i *curricula vitae* delle figure professionali proposte. Tale carenza, ad avviso di parte ricorrente, attenendo al contenuto dell'offerta tecnica non sarebbe stato suscettibile di soccorso istruttorio né altrimenti sanabile.

Sul punto la giurisprudenza si è espressa affermando che il principio della segretezza dell'offerta "trae fondamento dall'obbiettivo di evitare che elementi di valutazione di carattere automatico possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali, sicché viene applicato nei soli casi in cui sussista effettivamente il pericolo di compromissione della garanzia di imparzialità della valutazione" (TAR Reggio Calabria, 02.02.2024 n.87).

Il principio si snoda in tre regole o disposizioni, per le quali:

- La componente tecnica dell'offerta e la componente economica della stessa debbano essere necessariamente inserite in buste separate e idoneamente sigillate, al fine di evitare la commistione;
- È precluso ai concorrenti l'inserimento di elementi economico-qualitativi all'interno della documentazione che compone l'offerta tecnica;
- L'apertura della busta contenente l'offerta economica deve necessariamente seguire la valutazione dell'offerta tecnica.

La peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica impone che la tutela si estenda a coprire, non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio, perché anche la possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità dell'operato dell'organo valutativo.

La rigidità della separazione del contenuto delle buste dell'offerta viene richiamato espressamente nel nuovo codice degli appalti che circoscrive i criteri di selezione alle tre componenti dell'offerta, quella amministrativa di idoneità professionale e preordinata a qualificare sul piano soggettivo dei requisiti di partecipazione l'offerente, quella economica e quella tecnica.

In termini generali, la separazione tra le fasi di valutazione dell'offerta tecnica e di quella economica, propria delle procedure di affidamento

da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è principio generale diretto ad evitare che la commissione di gara venga influenzata nella valutazione dell'offerta tecnica dalla conoscenza di elementi dell'offerta economica, con la conseguenziale esclusione dalla procedura del concorrente che abbia determinato tale sovrapposizione. Ma il principio suddetto va applicato nei casi in cui sussista effettivamente il pericolo di compromissione della garanzia dell'imparzialità della valutazione.

Ovviamente, ciò non comporta che debba essere escluso dall'offerta tecnica ogni elemento di carattere economico, possono infatti essere inclusi singoli elementi che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero singoli elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica. Deve ritenersi però escluso l'inserimento di ogni elemento che riguarda il prezzo, in documenti non contenuti nella busta dedicata all'offerta economica.

La regola della separazione fisica dell'offerta economica dall'offerta tecnica costituisce un principio di derivazione giurisprudenziale consolidato, che garantisce un ordinato svolgimento della gara ed impone, al contempo, di compiere le verifiche documentali e gli apprezzamenti tecnici in una fase antecedente a quella in cui si conoscerà l'ammontare delle offerte economiche: tale forma procedurale risponde all'esigenza di assicurare la trasparenza, l'imparzialità e segretezza delle offerte, sicché, in questa maniera, la verifica dei requisiti e la valutazione dell'offerta tecnica verranno effettuate senza condizionamenti.

Nel caso in esame il giudice, richiamando per via analoga altra corposa giurisprudenza che si è espressa sul punto, ha ritenuto che non sussistesse nessuna violazione nel caso di specie in quanto, il principio di segretezza si è posto a presidio dell'attuazione della regola costituzionale del principio di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art 97 Cost) sub specie della trasparenza e della par condicio tra i concorrenti, dovendosi garantire la libera valutazione dell'offerta tecnica. Nessun "vulnus" ne è derivato quindi dall'erronea anticipazione della sola proposta tecnica nella busta contenente

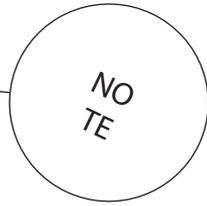
la documentazione amministrativa il cui esame non è caratterizzato da alcuna valutazione di tipo discrezionale richiedendosi alla stazione appaltante solo di verificare il possesso dei requisiti di partecipazione in capo alle imprese concorrenti previa attivazione del soccorso istruttorio. L'Amministrazione non ha provveduto all'esclusione della controinteressata essendosi trovata dinnanzi, piuttosto che ad una incompletezza dell'offerta tecnica, ad una mera irregolarità, posto che tutti gli elementi richiesti fossero di fatto presenti.

In conclusione, risulta quanto mai interessante verificare come la giurisprudenza abbia assunto un ruolo preminente, tale da operare un vero e proprio bilanciamento tra le esigenze di trasparenza e pubblicità delle pubbliche gare ed il principio della par condicio tra i concorrenti.

Si è infatti giunti al contemperamento del principio di pubblicità con quella della segretezza nella valutazione delle offerte tecniche. Sicché, la portata vincolante di tale principio è il frutto dell'esigenza di garantire che le offerte tecniche vengano valutate prima di quelle economiche, diversamente, la verifica delle offerte economiche determinerebbe una lesione dei principi inderogabili di trasparenza ed imparzialità andando ad inficiare la regolarità della gara.

Abbiamo anche potuto osservare di come la giurisprudenza, nel tempo, si sia via via rimodulata rispetto alla necessità di tutelare il principio di segretezza ed il divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica non solo rispetto al pericolo reale e concreto di violazione dei detti principi, ma anche rispetto al pericolo potenziale.

Pertanto, è centrale l'aspetto per il quale in ogni gara pubblica l'attività che viene espletata dalla Commissione sia ispirata alla tutela di tali principi nell'arco di tutta la procedura valutativa, in modo tale da preservare il gioco concorrenziale, da possibili elementi lesivi, al fine di tutelare la par condicio, pena l'illegittimità della procedura per intero.



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



MEDIAAPPALTI

Guida pratica in materia di appalti pubblici

Mediappalti ora è disponibile on line

Abbonati su www.mediappalti.it

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

MEDIAAPPALTI

Publicità: pubblicita@mediappalti.it

Servizio Abbonamenti: abbonamenti@mediappalti.it

**Medi
Graphic**

Redazione: Mediagraphic s.r.l.

Via Palmitessa, 40 - 76121 Barletta (BT)

Tel. 0883.527171 - Mail: redazione@mediappalti.it

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



Un nuovo obiettivo: un senso profondo!



sulla
Corte dei Conti

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

Medi
Graphic
MEDIAAPPALTI

Rubrica bimestrale
a cura di
Stefano Usai

luglio
2024

allegato alla Rivista mensile
MediAppalti

sommario

**Disciplina applicabile agli incentivi tra codice del 2016
e decreto legislativo 36/2023
Corte dei Conti, sez. regionale Campania deliberazione n. 123/2024**

Premessa

1. L'analisi della disciplina in tema di incentivi
2. Il tempo dell'applicazione delle nuove norme
3. L'intervento della giurisprudenza contabile
4. Il riscontro

3

**Contratto di donazione e diritti di rogito
(Corte dei Conti, sez. regionale T. Alto Adige, deliberazione n. 53/2024)**

Premessa

1. L'analisi
2. Il diritto di rogito

7

**Diritti di rogito nei contratti con opzioni di prosecuzione del contratto
(Corte dei Conti, sez. regionale T. Alto Adige, deliberazione n. 53/2024)**

Premessa

1. Riscontro

9

**La concessione nel nuovo codice: il problema della qualificazione e
degli incentivi per funzioni tecniche
(Corte dei Conti, sez. regionale Toscana, deliberazione n. 207/2024)**

1. I quesiti
2. L'analisi
3. Gli incentivi
4. Il riscontro

10

Disciplina applicabile agli incentivi tra codice del 2016 e decreto legislativo 36/2023

Premessa

Alla sezione campana vengono posti, in tema di incentivi per funzioni tecniche, i quesiti sotto riportati, in particolare se:

- “ai fini dell’individuazione della disciplina normativa applicabile in materia di incentivi, si deve considerare la disciplina vigente al momento del compimento delle attività oggetto di incentivazione (Comunicato del Presidente Anac del 6 settembre 2017) ovvero quella in vigore alla data di avvio della procedura di aggiudicazione (Quesito n. 1096 del 9.11.2021 del MiMs e Parere Funz. Cons. n. 18/2023 Anac)”;
- “nel caso di attività incentivata compiuta sotto la vigenza del D.Lgs. n. 36/2023 e ricondotta alla disciplina del D.Lgs. n. 50/2016, là dove si prescelga il criterio che fa riferimento alla data di avvio della procedura di aggiudicazione, si deve considerare il limite del 50% quale misura degli incentivi da corrispondere nel corso dell’anno al singolo dipendente, di cui all’art. 113, D.Lgs. n. 50/2016, o quello del 100%, di cui all’art. 45, D.Lgs. n. 36/2023”.

1. L'analisi della disciplina in tema di incentivi

Il Collegio si sofferma, che ciò che interessa questa analisi, sulle principali novità dell'art. 45 del nuovo codice (in tema di incentivi) rispetto al pregresso articolo 113 (del codice del 2016). Le novità principali possono essere così schematizzate:

- a) in primo luogo, l'art. 113 limitava espressamente il campo applicativo dei predetti incentivi tecnici agli "appalti di lavori, servizi e forniture", laddove il nuovo art. 45 prevede che "gli oneri relativi alle attività tecniche indicate nell'allegato I.10 sono a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti". Dunque, l'art. 45 estende tali incentivi a tutte le procedure di affidamento (cfr. Relazione illustrativa redatta dall'Ufficio studi del Consiglio di Stato)
- b) in secondo luogo, con la nuova formulazione non sono più elencate nel testo dell'articolo le attività incentivabili; l'individuazione delle stesse è demandata all'allegato I.10.
- c) la terza novità è relativa ai soggetti che attivano le procedure di affidamento che, mentre in passato coincidevano con le sole stazioni appaltanti, oggi includono anche gli enti concedenti.
- d) infine, l'ulteriore novità risiede nel comma 4 del predetto art. 45, ove prevede, a differenza della previgente disposizione normativa, un più elevato limite massimo per l'incentivo annuo che un dipendente può ottenere. Tale limite è stato infatti innalzato al 100% del trattamento economico complessivo annuo lordo, in luogo del precedente 50%.

Questa evoluzione normativa – a sommosso parere autentico passaggio culturale se si pensa l'elencazione dei servizi che, anche nel sottosoglia possono beneficiare dell'incentivo (art. 32 dell'allegato II.14) – porta, secondo la deliberazione "alla luce il mutamento della ratio legis: l'originario obiettivo del legislatore era infatti quello di collocare all'interno degli uffici l'attività di progettazione tecnica, valorizzando la professionalità dei dipendenti.

Tale obiettivo è stato gradualmente affiancato e poi sostituito **con quello di accrescere efficienza ed efficacia di attività tipiche dell'amministrazione, passibili di divenire economicamente rilevanti nella misura in cui producono risparmi in termini di rispetto dei tempi e di riduzione di varianti in corso d'opera; ma ciò pur sempre incrementando le professionalità interne all'amministrazione e il risparmio di spesa per mancato ricorso a professionisti esterni.**

2. Il tempo dell'applicazione delle nuove norme

Al fine di fornire riscontro alla domanda su come si applichi la nuova disciplina, il Collegio ricorda che ai sensi dell'art. 226, co. 2, le disposizioni di cui al D.Lgs. n. 50/2016 continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso, ossia:

"a) le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia;

b) in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data in cui il codice acquista efficacia, siano stati già inviati gli avvisi a presentare le offerte ...”.

Da quanto sopra evidenziato emerge, pertanto, che l’art. 45 del nuovo codice si applica solo alle procedure e procedimenti avviati a far data dal 1° luglio 2023 e non è suscettibile di applicazione retroattiva. Più nel dettaglio, nella deliberazione si legge che “Dal combinato disposto delle predette norme si ricava che la disciplina contenuta nell’art. 45, D.Lgs. n. 36/2023, non oggetto di deroghe specifiche, si applica soltanto alle procedure di aggiudicazione indette (attraverso la pubblicazione del bando o dell’avviso) in data successiva al 30.6.2023 e per attività incentivate svolte successivamente a tale data, altrimenti trovando applicazione la disciplina contenuta nell’art. 113 del D.Lgs. n. 50/2016”. Sia l’articolo 226 sia l’articolo 229 del nuovo codice, quindi, esprimono la volontà del legislatore che rende non praticabile un’opzione ermeneutica che giunga alla conclusione di applicare alla nuova previsione il principio della retroattività o, comunque, la regola del *tempus regit actum*, che si porrebbe in contrasto con il dato normativo di riferimento.

3. L’intervento della giurisprudenza contabile

La sezione ricorda che già la giurisprudenza contabile si è già pronunciata nel senso della irretroattività delle nuove previsioni (e delle nuove prerogative), osservando che il legislatore ha “inteso assoggettare alla vecchia regolamentazione tutti i procedimenti iniziati prima del 30 giugno: di conseguenza, l’esecuzione del contratto quale parte del procedimento avviato in vigenza del vecchio codice resterà disciplinata da quest’ultimo ... D’altro canto, vengono considerate nell’art. 225 del nuovo codice diverse eccezioni e, in particolare, al secondo comma sono evidenziati in maniera puntuale gli articoli del previgente codice cui si applicano deroghe per la decorrenza dell’applicazione ... non ricomprendendo tra queste l’art. 45 del nuovo codice, ha di fatto confermato l’applicazione dell’art. 113 del d.lgs. 50 del 2016 per tutta la durata della procedura ...” (Corte dei conti, Sez. reg. contr. per l’Abruzzo, n. 332/2023).

Pertanto, le gare che non rientrano nell’ambito del nuovo codice, avviate quindi prima del 1° luglio 2023, continueranno a subire – quanto agli incentivi – i limiti già indicati nell’articolo 113 del codice del 2016 anche se le correlate attività vengono svolte sotto l’egida del nuovo codice. Aggiunge, infatti, la deliberazione che per consolidata giurisprudenza costituzionale, il principio di non retroattività della legge costituisce un “fondamentale valore di civiltà giuridica, non solo nella materia penale”, in quanto principio connaturato allo stato di diritto, da considerarsi ricaduta dell’indispensabile coerenza complessiva dell’ordinamento giuridico, quale manifestazione del valore della certezza del diritto stesso. Sicché l’eccezionale retroattività della norma necessita di un chiaro fondamento normativo e deve trovare una ragionevole giustificazione nell’esigenza di “tutelare principi, diritti e beni costituzionali”, sul presupposto che solo imperative ragioni di interesse generale possono consentire l’esercizio di un potere di tale tipologia da parte del legislatore, che non deve porsi in contrasto con valori non obliterabili, quali, ad esempio, la ragionevolezza, la coerenza, la certezza del diritto, il

legittimo affidamento delle parti, il principio del giusto processo (ex multis, Corte, cost., 11 gennaio 2024, n. 4; Corte cost., 6 maggio 2024, n. 77).

Del resto, conclude la deliberazione, le forme di incentivazione per funzioni tecniche, costituiscono eccezione al generale principio della onnicomprensività del trattamento economico e, pertanto, possono essere riconosciute solo per le attività espressamente e tassativamente previste dalla legge (Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Puglia, deliberazioni n. 9/2018, n. 5/2017/PAR e n. 108/2017/PAR). Ciò induce a ritenere necessaria una interpretazione rigorosa del dato normativo, anche sotto il profilo della estensione temporale dello stesso.

4. Il riscontro

Nel deliberato, quindi si legge che “deve conclusivamente affermarsi che la disciplina contenuta nell’art. 45, D.Lgs. n. 36/2023 si applica soltanto alle procedure di aggiudicazione indette (attraverso la pubblicazione del bando o dell’avviso) in data successiva al 30.6.2023 e per attività incentivate svolte successivamente a tale data, altrimenti trovando applicazione la disciplina contenuta nell’art. 113 del D.Lgs. n. 50/2016, anche con riferimento alla tipologia di attività incentivabili e con riguardo al limite del 50% del trattamento economico complessivo annuo lordo quale misura degli incentivi da corrispondere al singolo dipendente”.

Contratto di donazione e diritti di rogito

Premessa

Nella deliberazione della sezione del Trentino Aldo adige, una prima questione posta ha riguardato la possibilità di richiedere i diritti di rogito per una donazione (per un contratto di donazione). La sezione pur non rispondendo direttamente evidenzia come l'ipotesi non sia affatto pacifica con un ragionamento condivisibile (che porta ad escludere, in definitiva, che si possano richiedere i diritti in parola per questo tipo di contratto).

1. L'analisi

Sotto il profilo pratico risulta di particolare interesse l'analisi sviluppata dal Collegio che sotto si sintetizza:

- In tema di assoggettabilità dei contratti di donazione ricevuti in forma pubblica amministrativa alla disciplina dei c.d. "diritti di rogito", la richiesta di parere è inammissibile poiché "la potestà rogatoria del segretario comunale in relazione ai contratti di donazione, da ricevere in forma pubblica, **risulta tutt'altro che pacifica**. In effetti, per quanto la potestà rogatoria del segretario (in forza dell'art.7, comma 68, della l. 15 maggio 1997, n. 127) sia ora estesa alla totalità dei contratti di cui sia parte l'ente, è posto in dubbio che tale potestà si estenda anche a quei contratti (quale, in forza dell'art. 769, è nell'ordinamento civilistico la donazione) che prevedono la specifica forma dell'atto pubblico (si veda, ed esempio, in senso contrario, la circolare del Ministero dell'Interno, 15 luglio 1997, n. 18). Di conseguenza, il quesito posto si risolverebbe in realtà nell'interpretazione di norme sostanziali relative alla produzione di atti giuridici" (Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per l'Abruzzo, delibera n. 3/2016/PAR).
- Il Collegio condivide la delibera della Sezione regionale di controllo per l'Abruzzo, secondo la quale appare tutt'altro che pacifica la potestà del segretario comunale di rogare donazioni e su tale indefettibile presupposto la Corte non ha competenza ad esprimersi.
- Va osservato che, nonostante le modifiche, in senso espansivo, della potestà rogatoria del segretario comunale apportate alla legge 8 giugno 1962 n. **604, non risulta emendata l'allegata tabella D che, al numero 4, consente la riscossione dei "diritti di rogito", solo ricorrendo le fattispecie contrattuali tassativamente previste.**

2. Il diritto di rogito

In deliberazione si legge che il diritto di rogito è un tributo dovuto alla pubblica amministrazione dai destinatari di alcune attività da questa compiute nello svolgimento delle sue funzioni di diritto pubblico (Corte cost. sent. 156/1990), la natura di tributo del diritto di rogito, impedirebbe comunque di accogliere la tesi prospettata, nella richiesta di parere, di un'interpretazione evolutiva del quadro normativo al modificato contesto, stante il dettato costituzionale dell'art 23 secondo il quale "Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge".

Del resto, precisa il Collegio dovrebbe ritenersi almeno "singolare che le donazioni a favore dei comuni, **esentate** dalle imposte di registrazione, ipotecaria e catastale (D.lgs 31.10.1990 n.347), venissero poi assoggettate ai "diritti di segreteria" richiesti dal comune al "destinatario" delle attività di diritto pubblico, che nel caso di specie sarebbe il donante".

In disparte, dunque, la dubbia potestà rogatoria dei segretari comunali di rogare donazioni, sembrerebbe che, comunque, nessun tributo, sub specie di diritto di rogito, possa essere imposto per le donazioni.

Diritti di rogito nei contratti con opzioni di prosecuzione del contratto

Premessa

Sempre alla sezione regionale del Trentino A. Adige, viene posta ulteriore problematica relativa ai rapporti (e calcoli) tra diritti di rogito e contratti con opzioni di durata (es, proroga, rinnovo o ripetizione). In pratica il quesito mira a comprendere quale debba essere il valore di riferimento su cui calcolare il rogito.

1. Riscontro

Il Collegio evidenzia che la stipulazione di contratti con opzioni “dovrebbe comprendere il valore delle proroghe eventuali, in base a quanto stabilito dal nuovo codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 36/2023), il quale prevede che l’imposta di bollo sia determinata sull’importo massimo del contratto, incluse opzioni o rinnovi esplicitamente stabiliti.”

Nel caso ipotizzato nella richiesta di parere ovvero di contratto a cui acceda un’opzione, per es. un contratto di servizi, con l’opzione di proroga, - segnala il Collegio -, nei ristretti limiti consentiti dalla normativa vigente (se la relativa clausola venga già inserita nel bando quale opzione da esercitarsi da parte della Stazione appaltante in favore dell’operatore economico aggiudicatario della selezione, alle condizioni fissate sin dall’inizio nella lex specialis di gara, definendosi preventivamente condizioni e termini della proroga, in modo da escludere pregiudizi alla leale concorrenza nel mercato economico di riferimento).

In questo caso il contratto da stipulare conterrebbe già le opzioni di prosecuzione fermo restando che l’attivazione concreta è rimessa alla decisione discrezionale del RUP della stazione appaltante (interessato dal contratto).

In ultima analisi, quindi, “alla determinazione del valore della stipula nel senso che debba comprendere anche il valore delle proroghe eventuali soccorre, in particolare, quanto stabilito dall’allegato I.4 del nuovo codice dei contratti pubblici approvato con D.Lgs. 36/2023, riportante la disciplina dell’imposta di bollo, disponendo espressamente che l’imposta “è determinata sulla base di scaglioni crescenti in relazione all’importo massimo previsto nel contratto, ivi comprese eventuali opzioni o rinnovi esplicitamente stabiliti”. Non si tratterebbe di estensione dell’ambito di applicazione di un tributo evidentemente non consentita, sulla base del disposto dell’art. 23 della Costituzione, come pure sopra precisato, ma delle modalità di determinazione del valore della stipulazione su cui applicare il tributo positivamente previsto, tenuto conto della natura di tributo sull’atto, **condivisa sia dall’imposta di bollo che dai diritti di rogito”**.

La concessione nel nuovo codice: il problema della qualificazione e degli incentivi per funzioni tecniche

1. I quesiti

L'Ente istante rappresenta altresì che i privati concessionari, proponenti i progetti di concessione, non sono stazioni appaltanti qualificate e che, per tale ragione, è loro intenzione di avvalersi, mediante la stipula di apposita convenzione, del Comune (dotato di qualificazione), sia per l'effettuazione delle procedure di gara sia per le restanti fasi procedurali ed in particolare quelle relative alla verifica sull'esecuzione contrattuale, ivi incluso il collaudo.

Da qui due precisi quesiti:

- a) "se le funzioni tecniche che il Comune (...), in qualità di Stazione appaltante qualificata, si impegna, in ragione di apposita Convenzione, ad effettuare per conto dei Soggetti Privati (Stazioni appaltanti non qualificate) sono incentivabili ai sensi dell'art. 45 del d.lgs. n. 36/2023 e della regolamentazione comunale attuativa";
- b) "se è incentivabile la funzione tecnica della centrale di committenza (procedure di gara) nella misura massima del 25% come previsto dall'art. 45, co. 8, e se sono altresì incentivabili le ulteriori funzioni tecniche che si riportano di seguito: Responsabile Unico del progetto e suoi collaboratori; Direzione dei lavori e rispettivi collaboratori; Collaudo tecnico amministrativo ed eventualmente collaudo statico" (così, prot. n. SEZ-CON-TOS-SC-TOS-2802/2024).

2. L'analisi

Il Collegio si sofferma, dapprima, sulle nuove norme in tema di qualificazione e sul fatto che per la concessione il legislatore ha imposto un regime rafforzato (anche per le concessioni della sottosoglia comunitario) richiedendo un livello di qualificazione almeno pari al secondo. In deliberazione si legge che "nel quadro del d.lgs. n. 36 del 2023 (d'ora in poi, anche, Codice dei contratti pubblici o Codice), l'esercizio delle funzioni di stazione appaltante è strutturato sulla base del sistema di qualificazione.

L'art. 63 del Codice, infatti, con l'intento di favorire l'accorpamento e la riorganizzazione dei contraenti pubblici in chiave di miglioramento della relativa capacità professionale (art. 1, comma 2, lett. c, della legge delega n. 78 del 2022), subordina la capacità operativa delle stazioni appaltanti all'ottenimento, nell'ambito dell'elenco tenuto dall'ANAC, di un livello di qualificazione adeguato al tipo di procedura di acquisto da effettuare, da conseguirsi dando dimostrazione del possesso di requisiti specifici nei tre ambiti procedurali in cui si articola l'attività contrattuale della pubblica amministrazione: a) la capacità di progettazione tecnico-amministrativa delle procedure; b) la capacità di affidamento e controllo dell'intera procedura; c) la capacità di verifica sull'esecuzione contrattuale, ivi incluso il collaudo e la messa in opera".

Pertanto, in carenza di qualificazione, in base all'art. 62, comma 1, del Codice, le stazioni appaltanti possono procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture e servizi:

1. di importo non superiore alle soglie previste per gli affidamenti diretti,
2. all'affidamento di lavori d'importo pari o inferiore a 500.000 euro,
3. attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate e dai soggetti aggregatori (beni e servizi nella sottosoglia e lavori di manutenzione ordinaria fino al milione di euro).

Per le procedure di acquisto di importo superiore alle predette soglie, le stazioni appaltanti non qualificate, in base al disposto dell'art. 62, comma 6, del Codice, hanno la possibilità di ricorrere ad una centrale di committenza qualificata (lettera a) ovvero, per attività di committenza ausiliaria di cui all'articolo 3, comma 1, lettera z), dell'allegato I.1, anche ad altre stazioni appaltanti qualificate per i livelli di cui all'articolo 63, comma 2, lettere b) e c), ossia di secondo e terzo livello (cfr. anche comma 11).

Parimenti, qualora non siano qualificate per l'esecuzione, possono ricorrere a una stazione appaltante qualificata, a una centrale di committenza qualificata o a soggetti aggregatori. Il successivo comma 9, dell'art. 62 del Codice, prevede che il ricorso alla stazione appaltante qualificata o alla centrale di committenza qualificata debba essere formalizzato mediante un accordo ex art. 30 del d. lgs. n. n. 267 del 2000 (d'ora in poi, anche, Tuel), o ai sensi dell'art. 15 della l. n. 241 del 1990, ovvero mediante altra modalità disciplinante i rapporti in funzione della natura giuridica della centrale di committenza.

3. Gli incentivi

In tema di incentivi nella deliberazione si rammenta che per l'attività di committenza delegata la disciplina correlata (art. 45 del nuovo codice) trova applicazione anche nelle ipotesi in cui ad avvalersi di una centrale di committenza siano stazioni appaltanti non qualificate aventi natura di soggetti privati. Al riguardo, occorre osservare che il dato letterale del richiamato comma 8 dell'art. 45 del Codice assume un perimetro molto ampio con riferimento al soggetto delegante, utilizzando i termini di "amministrazione" e di "ente" che si avvale della centrale di committenza.

Ad una lettura coerente con la prospettiva funzionale (cfr. Cons. St., sez. VI, sentenza 26/5/2015, n. 2660) che permea il Codice e che emerge anche dalle definizioni "di stazione appaltante" e di "ente concedente" (lettere a e b dell'art. 1, all. I.1), deve ritenersi che, con tale duplice locuzione, il legislatore abbia inteso richiamare in via generale tutte le ipotesi dei soggetti, pubblici e privati, tenuti, nella scelta del contraente, al rispetto delle disposizioni codicistiche.

È d'uopo, infatti, sottolineare che le norme in materia di incentivi alle funzioni tecniche, essendo disposizioni onerose, devono trovare applicazione esclusivamente entro i confini legislativamente delineati dalla norma, non essendo l'art. 45, comma 8, del Codice, suscettibile di estensione analogica in omaggio al principio di legalità ex art. 23 Cost. e non potendosi la sua attuazione tradurre in una ingiustificata attribuzione patrimoniale.

4. Il riscontro

Sull'incentivabilità delle attività svolte in committenza, il Collegio, infine, ritiene che anche in tale fattispecie trovi conferma il principio di tassatività delle funzioni che possono beneficiare dell'incentivo, al pari di quanto previsto per le procedure di acquisto direttamente gestite dalla stazione appaltante con proprio personale interno.

Milita in tale direzione, come si legge in deliberazione, sia il richiamo diretto, nel comma 8 dell'art. 45, alle risorse finanziarie e all'incentivo di cui al comma 2 e, conseguentemente, alla sua limitazione alle attività elencate nell'allegato I.10, sia la circostanza che le forme di incentivazione per funzioni tecniche "costituiscono eccezioni al generale principio della onnicomprensività del trattamento economico e pertanto possono essere riconosciuti solo per le attività espressamente e tassativamente previste dalla legge" (Sezione regionale di controllo per la Puglia, deliberazioni n. 9/2018/QMIG, n. 5/2017/PAR e n. 108/2017/PAR).