

Rivista mensile - Anno XIV, Numero 8

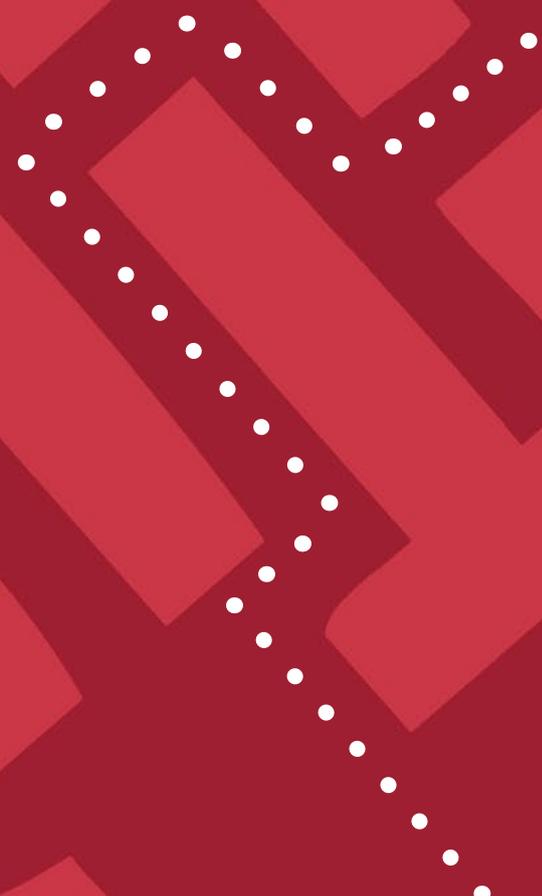
novembre
2024

MEDIA APPALTI

**I RUP
ed i responsabili di fase nel
decreto correttivo del codice**

**CCNL e contratti pubblici
tra chiarimenti
ed istanze irrisolte**

**Il titolare effettivo
nel PNRR**



**“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**

novembre
2024

Un chiodo

Allora, è proprio vero: il batter d'ali di una farfalla in Brasile può provocare un tornado in Texas. L'effetto farfalla enunciato dal matematico e meteorologo statunitense Edward Lorenz non è solo un neologismo. È una legge di natura. È realtà. Ne abbiamo avuta prova il 2 ottobre scorso. La teoria del caos si è rivelata coinvolgendo 500mila viaggiatori in tutta Italia, messi in difficoltà da un chiodo. Un chiodo, quel battito d'ali di farfalla che ha generato confusione su tutta la linea ferroviaria italiana.

Un operaio compie un errore apparentemente piccolo. Le sue conseguenze sono enormi. La ditta appaltatrice per la quale quell'operaio lavorava è stata sospesa. Si prospettano ricorsi e richieste di risarcimento danni. Il chiodo conficcato maldestramente in una canalina elettrica alla periferia di Roma ha fatto saltare l'erogazione di energia bloccando la stazione Termini. Più di cento treni cancellati. Alta velocità, intercity, regionali, tutti fermi o in viaggio con ritardi che superano le quattro ore.

L'evento scatenante, il chiodo nei cavi elettrici, è stato per l'appunto un evento. Perché il "pasticcio" si compisse è stato necessario che almeno un altro imprevisto gli si affiancasse. Lo ammetterà RFI: saltata l'alimentazione elettrica della cabina direttamente collegata al cavo manomesso, si sarebbe attivato il sistema ausiliario che ha provveduto ad erogare energia ma senza emanare quel segnale d'allarme che avrebbe potuto allertare i preposti responsabili per un immediato intervento.

Così, perché ci si accorgesse che gli impianti stavano funzionando grazie al sistema ausiliario, si è dovuto attendere che questo spendesse tutta la sua riserva di energia e anch'esso smettesse di funzionare.

Non si è mai soli quando qualcuno compie un errore. L'esecutore materiale è sempre accompagnato da complicità più o meno consapevoli che contribuiscono alla realizzazione di una fatalità e ad espanderne le conseguenze.

I contorni della realtà cominciano a delinearsi sfogliando i giornali. Leggendo dichiarazioni e analizzando i dati. Soprattutto i dati. Perché i numeri, come nessun'altra cosa può fare, fotografano la realtà per quella che è senza concedere spazio a opinioni e ipotesi. Se ne può prendere atto, si possono commentare, si può lavorare per modificarli e migliorarli.

Servono a questo le analisi dei dati. In qualsiasi ambito. Così tra i dati che sono stati snocciolati nelle ore successive al mercoledì nero delle ferrovie, quelli che più fanno male sono quelli raccontati dal Corriere della Sera. In una ricerca condotta proprio dal quotidiano diretto da Luciano Fontana, se ne evidenzia soprattutto uno: negli ultimi anni il traffico è cresciuto in maniera esponenziale. "Sulla tratta Milano-Roma si è passati da 1 milione di passeggeri del 2009 ai 3,6 milioni del 2023, e il numero dei treni da 16.439 è salito a 51.358".

Sempre più viaggiatori decidono di spostarsi con il mezzo più ecologico a disposizione. Questo è un bene. Ma la crescita del volume dei viaggiatori e dei treni presuppone per i gestori di treni e reti ferroviarie un ingente impegno in termini di manutenzione e assistenza. I ritardi, i continui ritardi a cui i viaggiatori sono costretti con quotidiana puntualità mettono a nudo tutta la vulnerabilità del sistema. È un corpo che cresce e si fa adulto ma che si alimenta come un bambino. Presto non avrà la forza per sostenersi sulle gambe. Il bilancio 2022 di Trenitalia, si ricorda sul Corriere della Sera, afferma che "si è registrata una flessione di performance più accentuata nei mesi centrali dell'anno, da ricondurre ad un generale incremento dei volumi del traffico e all'aumento dei guasti dell'infrastruttura e al materiale rotabile".

Siamo al punto, non nuovo, se vogliamo, in tema di lavori pubblici: la manutenzione.

Ancora una volta è di questo che peccano le infrastrutture del nostro paese. Si realizzano opere, si potenziano servizi, ma non si è ancora capaci di dotarsi di un piano di manutenzione efficiente, dove per efficiente non si intende solo la programmazione degli interventi da eseguire ma anche la qualità. E spesso, la qualità del lavoro eseguito dipende dalla qualità delle condizioni in cui una persona esegue il proprio lavoro.

Il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti Matteo Salvini nelle ore in cui le stazioni andavano in tilt chiedeva i connotati dell'operaio che aveva conficcato il chiodo tra i cavi elettrici. Chissà se oltre a cercare l'esecutore materiale del guasto abbia pensato di indagare anche sul mandante.

Si può supporre che un errore grossolano come quello commesso nella notte del 2 novembre possa essere stato "commissionato" dalla qualità e quantità di lavoro a cui si sottopongono oggi gli operai? Un'ipotesi che ci viene suggerita da un articolo della CGIL che afferma come "oggi sia negli appalti pubblici che in quelli privati assistiamo a un aumento esponenziale dei ritmi di lavoro, con una media di 10 ore al giorno su 6 giorni lavorativi".

In queste condizioni diventa probabile che qualcosa possa andare storto fino al punto che un'intera nazione possa essere mandata in confusione anche solo per un chiodo.

sommario

Editoriale

Un chiodo

4

In evidenza

I RUP ed i responsabili di fase nel decreto correttivo del codice

7

Sotto la lente

CCNL e contratti pubblici tra chiarimenti ed istanze irrisolte

12

Hanno collaborato a questo numero:

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

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

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

Avv. Paola Cartolano
Esperta in materia di appalti pubblici

Dott. Andrea Magagnoli
Docente in ambito giuridico. Articolista per diverse testate del settore giuridico

Avv. Matteo Corbo
Ph.D. - Socio Studio WST, docente presso Università di Padova; Avv. Irene Bonifaccio - Associate Studio WSY; Luigi Vacilotto - praticante avvocato

Avv. Marco Voza
Esperto in materia di appalti pubblici, urbanistica ed edilizia, pubblico impiego, responsabilità amministrativa, concessioni demaniali

Avv. Antonio Ragazzo
Funzionario legale, esperto in materia di contratti pubblici presso Agenzia delle Entrate

Direttore Responsabile
dott. Enzo de Gennaro

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

Responsabile Web
Lorenzo Antonicelli

Responsabile Ufficio Grafico
Leonardo Todisco

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

Il Punto

L'art. 97 del D.lgs. 36/2023 e la modifica dell'RTI in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti in capo a un suo componente

20

La verifica dei requisiti nel D. Lgs. n. 36/2023 ed il (non agevole) rapporto con la fase di aggiudicazione della commessa pubblica

27

L'accesso agli atti nel nuovo codice dei contratti pubblici, tra esigenze di trasparenza e tutela dei concorrenti: le criticità applicative

35

Provvedimento di mancata aggiudicazione dell'affidamento di un servizio pubblico. Necessaria una adeguata motivazione

40

In materia di clausole di revisione dei prezzi: tra clausole 'tautologiche', (nuovi) obblighi normativi e questioni di giurisdizione

47

Il titolare effettivo nel PNRR

53

Pareri & Sentenze

58

A Domanda Rispondiamo

64

In pillole

68

I RUP ed i responsabili di fase nel decreto correttivo del codice

di Stefano Usai

IN
EVIDENZA

Premessa

È stato reso noto, nelle scorse settimane, lo schema di decreto correttivo del codice - licenziato dal Governo e destinato, probabilmente, ad entrare in vigore al 1° gennaio 2025.

Si tratta, evidentemente, di atto composito che sostanzia un vero e proprio "tagliando" al codice efficace dal 1° luglio 2023 (ed entrato in vigore al 1° 2023).

Tra le tante disposizioni una prima lettura può essere rivolta alle nuove disposizioni in tema di RUP e, segnatamente, sulle modifiche che riguardano l'allegato I.2 come noto documento fondamentale che disegna/declina i compiti del RUP (e del responsabile di fase dell'affidamento, si pensi alla prerogativa di questo, se nominato, di acquisire il CIG al posto del RUP).

I responsabili di fase - previsti nel comma 4 dell'articolo 15 del codice dei contratti - sono definiti come meri responsabili di procedimento e, pertanto, collaboratori del responsabile unico del progetto.

In quanto responsabili di procedimento la loro nomina è rimessa al dirigente/responsabile del servizio evidentemente su richiesta/indicazione del RUP.

La disposizione richiamata prevede la possibilità di individuare due collaboratori, uno di tipo, si potrebbe dire, amministrativo, per la fase di affidamento ed uno, più squisitamente tecnico per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto.

Il codice, ovviamente non definisce le prerogative/compiti, se non in casi specifici, visto che introduce la possibilità, in generale, di prevedere questo modulo organizzativo in cui innestare le due figure.

Tra i compiti definiti, ad esempio, l'allegato I.2 prevede che se nominato, il responsabile per la fase di affidamento, deve acquisire il CIG al posto del RUP (si registra, quindi, un mutamento importante rispetto all'impostazione tradizionale (che vedeva sempre il RUP come soggetto destinato ad acquisire il CIG).

Il correttivo - si anticipa - prevede una ampia possibilità di delega, sia del RUP sia dei responsabili di fase che, a prima lettura, risultano di particolari e delicate implicazioni.

1. Le modifiche

Come premessa si può annotare che l'articolo 64 dello schema di decreto correttivo del codice prevede, *in primis*, anche un nuovo articolo 226-bis (rubricato "*Disposizioni di semplificazione normativa*") che determinerà (evidentemente una volta in vigore), tra gli altri, anche l'effetto di espungere/abrogare l'ultimo periodo (con il comma 1, punto 2) del comma 5 dell'articolo 15 (disposizione che riscrive la configurazione del RUP in termini di responsabile unico del progetto e non più in termini di mero responsabile di procedimento *ex lege* 241/90) e, pertanto, il riferimento all'allegato I.2 che potrà essere sostituito (come i vari allegati) – chiarisce il secondo comma del nuovo articolo in commento - "*con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti*".

Una delle modifiche di maggior interesse riguarda per la valorizzazione del RUP e dei responsabili di fase decisa con la modifica dell'allegato I.2.

Si tratta, a parere di chi scrive, di una valorizzazione in relazione alle prerogative/competenze dei principali attori del procedimento/procedura che non possono essere sottovalutate. Si evidenzierà, altresì, come la prevista modifica pare attingere anche da interventi legislativi regionali che forniscono delle attuali norme una lettura importante.

2. Lo schema di correttivo e l'allegato I.2

Le modifiche si leggono, in particolare nell'articolo 67 dello schema, e, come detto, coinvolgono il principale "documento" di lavoro del responsabile unico di progetto ovvero l'allegato I.2 (si tratta dell'allegato, sui requisiti e compiti del RUP che è riprodotto solo parzialmente riprodotto delle pregresse linee guida dell'autorità anticorruzione n. 3 appositamente dedicate al RUP).

Al comma 1, lett. a) della norma citata si opera una opportuna quanto necessaria abrogazione delle parole (riferite al RUP) "*di ruolo*" rimasto per la modifica intervenuta in fase di

approvazione definitiva del codice per cui oggi il RUP può essere anche un dipendente a tempo determinato, che evidentemente, non può essere definito di ruolo.

Per effetto di quanto, il primo comma dell'articolo 1 dell'allegato I.2 – non appena lo schema sarà divenuto decreto legislativo in vigore previo parere del Consiglio di Stato, della Conferenza Unificata e delle Commissioni parlamentari – disporrà (al primo periodo) che "*Il RUP è individuato, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 15, comma 3, del codice, e dagli articoli 4 e 5 del presente allegato, tra i dipendenti anche non aventi qualifica dirigenziale*".

Si conferma, quindi, che il RUP non deve essere di qualifica dirigenziale e che, pertanto, non deve coincidere con l'apicale dovendosi privilegiare, in ogni caso, il dato esperienziale come oggi previsto nell'allegato I.2

Annotazione rilevante, poi, che ribadisce l'esigenza di valorizzare i responsabili di fase riguarda la prevista sostituzione integrale dell'attuale secondo periodo del comma sopra riportato che oggi prevede che "*Il RUP svolge i propri compiti con il supporto dei dipendenti della stazione appaltante*".

Il periodo in parola viene arricchito grazie ad una integrale sostituzione che contiene la conferma – e l'innesto/introduzione – di un ampio potere di delega non solo del responsabile unico del progetto ma degli stessi responsabili di fase.

Il periodo (nuovo) in argomento prevede che "*Il RUP, o il responsabile di fase nominati ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice svolgono i propri compiti con il supporto dei dipendenti della stazione appaltante. Ferma restando l'unicità del RUP, il RUP e gli eventuali responsabili di fase possono delegare al personale della stazione appaltante, dell'ente concedente, della centrale di committenza ovvero del soggetto aggregatore per lo svolgimento di attività operative nell'ambito del ciclo di vita digitale dei contratti pubblici, incluso l'accesso alle piattaforme di cui all'articolo 25 e ai servizi messi a disposizione dall'ANAC*".

Il comma pare, a chi scrive, di così tanta rilevanza che occorre una lettura ed un commento articolato.

3. La collaborazione dei dipendenti

“Il RUP, o il responsabile di fase nominati ai sensi dell’articolo 15, comma 4, del codice svolgono i propri compiti con il supporto dei dipendenti della stazione appaltante”.

L’estensore del comma ha ritenuto quindi opportuno evidenziare che non solo il RUP opera con la collaborazione diffusa (occorrerà capire poi quanto concreta stante la carenza degli organici delle stazioni appaltanti) dei dipendenti della stazione appaltante ma gli stessi responsabili di fase.

La sottolineatura, oggettivamente, non pare necessaria ma, evidentemente, prelude ad una considerazione maggiore di soggetti che – lo stesso comma 4 dell’articolo 15 come visto – configura come semplici responsabili di procedimento (e quindi ai sensi della legge 241/90).

L’inciso però pone, inevitabilmente, una questione pratico/operativa ovvero come si possa ottenere questo coinvolgimento: potrà chiederlo, semplicemente il RUP o il responsabile di fase o sarà necessario l’intervento dei responsabili di servizio coinvolti (o coinvolto)? Non è di poco conto comprendere se i primi due soggetti possono agire autonomamente impartendo disposizioni (ordini di servizio?) o se invece tale attività debba essere intermediata dal soggetto che ha la responsabilità dei servizi. Nel secondo caso, ovviamente, il rallentamento dell’azione amministrativa è evidente. Nel primo caso il rischio è la confusione organizzativa. Difficilmente si può ipotizzare, ad esempio, che il responsabile di fase possa disporre di personale sia del proprio servizio sia del servizio altrui di “pari” grado (o addirittura di ruoli differenti).

Questo vale anche per il RUP salvo ipotizzare che questi abbia un ruolo dirigenziale.

Per essere diretti non si può non evidenziare che di una formula priva o con poca sostanza si è

data una estensione che non sembra apportare benefici concreti visto che la possibilità di far collaborare i dipendenti prescinde da una espressa disposizione di legge.

Ben altra efficacia, ad esempio, poteva avere la richiesta di creazione di strutture ad hoc con benefici concreti, ad esempio, possibilità di accedere a formazione gratuita per gli enti che istituissero strutture ad hoc debitamente apprestata e/o allo svolgimento delle attività contrattuali (ad esempio ampliando la possibilità dell’incentivo e/o similari).

4. La questione della delega delle prerogative

Oggettivamente pare foriera di tante implicazioni pratico/operative – non necessariamente positiva a parere di scrive la disposizione del secondo periodo che attribuisce anche ai responsabili di fase (oltre che al RUP) una possibilità di delegare attività operative *“al personale della stazione appaltante, dell’ente concedente, della centrale di committenza ovvero del soggetto aggregatore (...) nell’ambito del ciclo di vita digitale dei contratti pubblici, incluso l’accesso alle piattaforme di cui all’articolo 25 e ai servizi messi a disposizione dall’ANAC”.*

Anche di questa disposizione occorre dare una lettura articolata per provare a comprenderne senso e limiti.

Nella sua interezza il periodo in commento prevede che *“Ferma restando l’unicità del RUP, il RUP e gli eventuali responsabili di fase possono delegare al personale della stazione appaltante, dell’ente concedente, della centrale di committenza ovvero del soggetto aggregatore per lo svolgimento di attività operative nell’ambito del ciclo di vita digitale dei contratti pubblici, incluso l’accesso alle piattaforme di cui all’articolo 25 e ai servizi messi a disposizione dall’ANAC.”*

Il primo inciso ricorda che pur nella prevista delega rimane ferma l’unicità del RUP. Le due precisazioni/previsioni, onestamente paiono in contraddizione anche per l’ampio

potere di delega che la previsione consente (come si vedrà a breve).

La previsione, evidentemente da chiarire, di un potere di delega generalizzato anche a soggetti (come i responsabili di fase) che sono semplicemente dei responsabili di procedimento potrebbe generare qualche *anarchia* di comportamenti.

Sembra ovvia la considerazione di come si possa ritenere ferma l'unicità di responsabilità con soggetti – appunto i responsabili di fase (che dovrebbero essere considerati sotto-ordinati al RUP) - che hanno un così ampio potere di delega.

Si prospetta poi il rischio di delega di prerogative a loro volta delegate (almeno nel caso dei poteri del RUP). **Necessariamente il RUP perde contezza di questi accadimenti/passaggi non restando più centrale ma, paradossalmente, quasi periferico.**

D'altronde un potere di delega si può concepire solo se "libero"/autonomo altrimenti non si può esercitare o lo si può esercitare con forti limitazioni fino ad annullarlo. Si pensi al caso in cui nell'ordine di servizio/decreto di nomina il responsabile di fase, il dirigente/responsabile di servizio, decida di contingentare il potere di delega. Naturalmente l'applicazione pratica/operativa, sempre che la norma venga formalizzata, consegnerà ulteriori spunti di approfondimento/considerazione.

Il rischio è che il delegato (responsabile di fase) a sua volta deleghi ulteriormente le proprie prerogative (si pensi alla questione dell'acquisizione del CIG che compete, se nominato, al responsabile di fase dell'affidamento e non al RUP).

5. Delega "al personale della stazione appaltante"

In generale la delega è riferita allo "svolgimento di attività operative nell'ambito del ciclo di vita digitale dei contratti pubblici, incluso l'accesso alle piattaforme di cui all'articolo 25 e ai servizi

messi a disposizione dall'ANAC."

Occorre rammentare che questo potere di delega non sarebbe solo del RUP (e quindi il responsabile del progetto magari, in questo modo, anche giustificabile) ma addirittura di "semplici" responsabili di procedimento rispetto ai quali un potere di delega appare realmente inimmaginabile.

L'ulteriore questione, poi, è l'ampiezza di questa prerogativa ed il dato, si potrebbe dire "soggettivo" (ovvero la platea dei destinatari). La delega investe lo svolgimento di attività operative dell'intero ciclo di vita dell'appalto. Se lo si intende nel suo dato letterale – salvo limiti insiti non rilevabili – questo comporta che il RUP potrebbe delegare le proprie competenze/prerogative: si pensi all'obbligo di adottare il provvedimento di esclusione (laddove necessario) c'è da immaginarsi che l'atto in parola sarà il primo ad essere delegato per le sue ovvie delicatissime implicazioni.

Ovviamente se atto/competenza delegata non potrà, a sua volta (non dovrebbe a sua volta) essere consentita l'ulteriore delega. Il problema pratico, però, è che occorre porsi nella posizione di colui che riceve la delega e, magari, appartenente ad una "categoria" differente (magari gerarchicamente inferiore al livello del RUP).

Le implicazioni sono così tante, ed anche ovvie che probabilmente non è necessario dilungarsi. Un problema su tutti, poi, non trascurabile è che tale disposizione finisce per incidere anche sui criteri di riparto/assegnazione degli incentivi per funzioni tecniche (appare a questo punto inevitabile visto che grandi responsabilità devono essere premiate in modo adeguato).

Altra questione è il *modus operandi* che si sostanzia nell'ambito della stessa stazione appaltante in cui alcuni operano in un modo (ad esempio massimizzando la delega) altri magari riducendola fino ad azzerarla. Ciò non può che determinare grande confusione per gli stessi operatori economici partecipanti alle competizioni che dovrebbero essere "illuminati" sulla gestione (modello) delle delega (altrimenti

i contenziosi necessariamente finiranno per proliferare).

6. L'ambito soggettivo (la platea dei destinatari della delega)

Se appare di una ampiezza oggettiva assolutamente inaccettabile – ed ingiustificabile – la delega pare ampia – e difficile da gestire e- anche in relazione ai potenziali destinataria che possono anche non appartenere alla stazione appaltante di appartenenza delle figure in commento.

Effettivamente ciò pare davvero pericoloso (sotto il profilo dell'obbligo di assicurare una chiara organizzazione lavorativa).

I destinatari possono appartenere, infatti, alla stessa stazione appaltante, all'ente concedente, alla centrale di committenza ovvero al soggetto aggregatore.

Il primo problema pratico/operativo è se questo personale possa essere delegato circa l'adozione di atti specifici (es. da RUP ad altro RUP ed allora occorre chiedersi che senso ha nominare i responsabili di fase, stesso ragionamento tra responsabili di fase). Maggiormente preoccupante è il caso in cui destinatario della delega sia un soggetto (collaboratore/responsabile del procedimento) diverso dai soggetti riconducibili a questo gruppo di lavoro.

Da notare che un meccanismo di delega così ampio e generale – a prescindere dal fatto se possa o meno essere configurato – potrebbe essere utilizzato non per i fini "nobili" per cui è pensato e/o addirittura per una ricalibratura sui carichi di lavoro e/o similari. Per gestire la delega a questo punto è necessario immaginare anche una ovvia necessità di disciplinarla nel modello organizzativo introdotto dalla stazione appaltante (che a questo punto, però, deve essere introdotta a livello regionale con apposito provvedimento legislativo come, ad esempio, accaduto in certe regioni).

Più problematico, ovviamente, è immaginare che destinatari della delega siano dipendenti di altri enti concedenti/altre stazioni appaltanti.

La previsione, infatti, consente delega al personale "della centrale di committenza ovvero del soggetto aggregatore".

Quest'ultima delega non può che essere intesa in modo davvero relativo e limitato alle implicazioni/utilizzo delle piattaforme visto che, in realtà, la delega avviene già nel momento in cui la stazione appaltante decide di delegare attività (e quindi con provvedimento di carattere generale/organizzativo che esige anche la stipula di apposita convenzione in cui si declina "chi fa che cosa") ad un soggetto abilitato (qualificato) e/o altrettanto qualificato ma con maggiori possibilità di espletare le procedure e/o altre fasi.

In questo caso, evidentemente, la delega non è "soggettiva" e/o ad uso di soggetti come il RUP o i responsabili di fase ma si tratta (e quindi è implicita) di una delega di tipo generale decisa dall'ente (non dai singoli dipendenti/incaricati). Sembra logico concludere precisando che se la disposizione non venisse definita/meglio specificata anche in relazione alla sua applicazione pratica e/o concretezza, a questo punto, è meglio che la stazione appaltante non adotti modelli organizzativi che prevedono i responsabili di fase e/o la possibilità delle deleghe (da notare che dovrebbe essere la regione – come sembra emerge in questi ultimi tempi – ad adottare uno specifico provvedimento che autorizzi l'adozione di modelli organizzativi diversi da quello generale).

CCNL e contratti pubblici tra chiarimenti ed istanze irrisolte

di Stefano de Marinis

SOTTO
LA
LENTE

1. Contratti pubblici tra chiarimenti ed istanze irrisolte

Tra le questioni più dibattute a seguito dell'introduzione del nuovo codice appalti vi è senz'altro quella riguardante la corretta applicazione delle disposizioni in materia di tutela dei lavoratori, ricondotte dall'articolo 11 del d.lgs. n.36 del 2023 nell'ambito dei (dieci) principi generali che ispirano la più recente ricostruzione del quadro legislativo regolante l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici, ripresa anche in altre previsioni che testimoniano la maggiore sensibilità che si registra sul tema rispetto alla codificazione precedente.

Numerosi interrogativi hanno, peraltro, avuto modo di porsi nel corso del primo anno di efficacia delle nuove disposizioni: in particolare sull'obbligo di applicazione dei congruenti contratti collettivi di lavoro, specie quelli sottoscritti in ambito nazionale dalle Organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative ed i relativi limiti.

Ci si riferisce, tra gli altri, all'obbligo di espressa menzione, nella documentazione di gara, del CCNL applicabile, la cui mancanza, secondo alcuni, non determinerebbe l'illegittimità della procedura; alla facoltà dei concorrenti,

generalmente ammessa, di indicarne in sede di offerta uno diverso, salva la necessità di affermarne e verificarne l'equivalenza sul piano delle tutele, con conseguenti implicazioni, anche di natura organizzativa e procedurale interna alle singole committenze; all'applicazione delle relative condizioni all'intera filiera, a valle dell'affidamento principale, lungo tutta la catena di subappalti e/o subcontratti; ecc.

Al di là delle interpretazioni rese ad opera della giurisprudenza amministrativa, dall'Anac e del Ministero delle Infrastrutture (MIT), significativa appare oggi la proposta che compare nello schema di decreto correttivo approvato in prima lettura dal Consiglio dei Ministri il 21 ottobre u.s. per l'inserimento di un nuovo allegato, il numero I.01, nel Codice dei contratti.

Al riguardo va infatti evidenziato che seppur vero che al momento trattasi di mera proposta, peraltro in larghissima parte riproduttiva dei contenuti del punto 7 della nota illustrativa che accompagna il Bando tipo n.1/2023, riguardante gli affidamenti dei contratti di servizi e forniture nei settori ordinari di importo superiore alle soglie europee adottato dall'Anac, proposta peraltro suscettibile di modifiche nel corso dell'iter approvativo che ancora attende lo schema in parola, detti contenuti appaiono comunque utili per supportare l'operatività quotidiana delle stazioni appaltanti.

Ciò anche in considerazione del fatto di costituire, a questo punto di elaborazione, il frutto di scelte ponderate e condivise a livello istituzionale che possono considerarsi come interpretazione autentica delle sovrastanti disposizioni di cui all'articolo 11, peraltro del tutto invariate nella formulazione attuale del correttivo.

In questo senso vanno lette anche le modifiche proposte al primo comma dell'articolo 57, che mirano al rinvio piatto all'articolo 11 in luogo delle meno chiare indicazioni attualmente previste.

D'altro canto, se è vero che il proposto allegato I.01 consolida le indicazioni già rese dall'Anac, integrandone alcuni profili, non tutte le questioni aperte sembrano trovare adeguata risposta nell'attuale formulazione che, quindi, potrebbe ancora venire utilmente integrata.

2. L'identificazione del CCNL da indicare in gara

Tanto premesso, il nuovo allegato si occupa in primo luogo di ricapitolare come le stazioni appaltanti debbano procedere nell'identificazione del CCNL di riferimento, necessariamente da indicare, ai sensi dell'art.11, comma 2 del codice, nel bando di gara o nell'invito.

In linea con la legge e la nota illustrativa dell'Anac rileva anzitutto l'articolo 2 dell'allegato in parola, che conferma (comma 2) come *le stazioni appaltanti e gli enti concedenti* debbano individuare *il contratto collettivo nazionale o territoriale di lavoro applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione previa valutazione della stretta connessione dell'ambito di applicazione del contratto stesso rispetto alle prestazioni oggetto dell'appalto o della concessione*, valutazione da eseguire anche in termini di prevalenza.

L'individuazione del contratto collettivo applicabile è da compiersi in base a due specificati criteri:

1. l'attività da eseguire, *identificando* - anche qui in linea con la predetta nota - *il rispettivo codice ATECO, secondo la*

classificazione delle attività economiche adottata dall'ISTAT, eventualmente anche in raffronto con il codice per gli appalti pubblici (CPV) indicato nel bando o nell'invito, considerando i sottosectori con cui sono stati classificati i contratti collettivi nazionali depositati nell'Archivio nazionale dei contratti e degli accordi collettivi di lavoro istituito presso il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro;

2. la maggiore rappresentatività comparata delle associazioni sindacali e delle associazioni datoriali firmatarie del contratto collettivo applicabile.

Per la verifica di cosa debba intendersi per associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale il comma 4 riporta i seguenti parametri:

- a. numero complessivo dei lavoratori associati;
- b. numero complessivo delle imprese associate;
- c. diffusione territoriale, con riferimento al numero di sedi presenti sul territorio a livello nazionale e agli ambiti settoriali;
- d. numero dei contratti collettivi nazionali di lavoro sottoscritti.

Trattasi di parametri noti, già ricavabili dalla consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione, e fissati dall'allora Ministero del lavoro e delle politiche sociali nella risposta ad un'istanza di interpello espressamente formulata sul punto, la n. 27 del 15 dicembre 2015. Da notare, come, con riferimento alla lettera a), mentre l'indicazione ministeriale parlava di lavoratori "occupati" la formula attualmente prevista parli di "associati".

Il comma 5 conferma la possibilità di aggiungere ai predetti parametri di valutazione la *presenza di rappresentanti delle associazioni firmatarie dei contratti collettivi di lavoro nel Consiglio del CNEL*.

Il riferimento alle associazioni comparativamente più rappresentative, da individuarsi come detto, lo si ritrova anche relativamente all'aspetto,

parzialmente diverso da quello delle tutele economiche e normative strettamente cui ci si è fin qui implicitamente riferiti, inerente il costo del lavoro (che lo schema di decreto correttivo intende peraltro definire "medio"), da indicarsi in modo autonomo e distinto dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti anch'esso nei documenti di gara, ai sensi dell'articolo 41 comma 14 del d.lgs. 36/2023, e da ricavarsi dalle apposite tabelle ministeriali.

Se non disponibili dette tabelle, dispone il comma 4 dell'articolo 2 che, *in presenza di più contratti collettivi di lavoro strettamente connessi all'attività oggetto dell'appalto o della concessione* cui potersi riferire *ai fini della verifica delle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale le stazioni appaltanti e gli enti concedenti* applicano i medesimi indicati parametri.

Resta, altresì, definitivamente stabilito che *le stazioni appaltanti non possono imporre, a pena di esclusione, nel bando di gara o nell'invito, l'applicazione di un determinato contratto collettivo quale requisito di partecipazione* (art.2, comma 2). In tal senso, ai fini dell'osservanza di quanto previsto dai commi 3 e 4 dell'articolo 11 del codice, il concorrente dovrà indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo che intende applicare, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente dichiarandone espressamente, in sede di offerta, l'equivalenza.

3. L'equivalenza tra contratti collettivi diversi

Successivamente all'indicazione rileva, quindi il tema dell'equivalenza del CCNL diversamente prescelto rispetto alla committenza, ad opera dell'operatore economico aggiudicatario.

L'articolo 3 del proposto allegato I.01, considera anzitutto equivalenti *i contratti collettivi nazionali e territoriali di lavoro sottoscritti dalle medesime organizzazioni sindacali con organizzazioni datoriali diverse in base alla*

dimensione o alla natura giuridica delle imprese; ciò a condizione che ai lavoratori dell'operatore economico sia applicato il contratto collettivo di lavoro corrispondente alla dimensione o alla natura giuridica dell'impresa.

Al di fuori del caso predetto, l'articolo 4 stabilisce che per la prescritta valutazione di equivalenza occorra procedere in modo specifico, considerando sia le tutele economiche che quelle normative.

In specie, la valutazione di **equivalenza economica** va effettuata in relazione alle componenti fisse della retribuzione globale annua, costituite dalle voci: a) retribuzione tabellare annuale; b) indennità di contingenza; c) elemento distinto della retribuzione (EDR); d) eventuali mensilità aggiuntive e) eventuali ulteriori indennità previste.

Per la valutazione di **equivalenza delle tutele normative** si procede considerando: a) la disciplina concernente il lavoro supplementare; b) le clausole relative al lavoro a tempo parziale; c) la disciplina del lavoro straordinario, con particolare riferimento ai limiti massimi; d) la disciplina compensativa relativa alle festività soppresse; e) la durata del periodo di prova; f) la durata del periodo di preavviso; g) la durata del periodo di comporta in caso di malattia e infortunio; h) la disciplina dei casi di malattia e infortunio, con particolare riferimento al riconoscimento di eventuali integrazioni delle relative indennità; i) la disciplina relativa alla maternità e alle indennità previste per l'astensione obbligatoria e facoltativa dei genitori; l) il monte ore di permessi retribuiti; m) la disciplina relativa alla bilateralità; n) la previdenza integrativa; o) la sanità integrativa.

Prevede inoltre l'allegato I.01 che le stazioni appaltanti possono **ritenere sussistente l'equivalenza delle tutele quando il valore economico complessivo delle componenti fisse della retribuzione globale annua risulta almeno pari a quello del contratto collettivo di lavoro indicato nel bando di gara o nell'invito e quando gli scostamenti rispetto ai parametri rappresentativi delle tutele normative sono marginali.**

In quest'ottica si rammenta il suggerimento recato dalla relazione del l'Anac nel senso di procedere effettuando per prima la valutazione dell'equivalenza economica.

Al di là dei summenzionati riferimenti, in prospettiva è previsto che *i criteri per la determinazione delle modalità di attestazione dell'equivalenza delle tutele* siano definiti con un decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

4. Il procedimento per la verifica della congruità dell'offerta

Rileva a questo punto riportare il procedimento che l'articolo 5 dell'allegato I.01 intende fissare per consentire alle stazioni appaltanti ed agli enti concedenti di verificare in modo corretto la congruità dell'offerta, ciò che per legge deve avvenire anche ai sensi dell'articolo 110 del codice.

Al riguardo risulta anzitutto confermato che gli operatori economici debbano trasmettere *la dichiarazione di equivalenza di cui all'articolo 11, comma 4, del codice in sede di presentazione dell'offerta* salvo poi provvedere alla verifica dei relativi contenuti *prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione*.

Per la valutazione di congruità dell'offerta, le stazioni appaltanti/enti concedenti devono *verificare che il contratto collettivo oggetto della dichiarazione di equivalenza non preveda condizioni riconducibili alle ipotesi di cui all'articolo 110, comma 4, lettera a)*, che come è noto non ammette giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge.

La legge peraltro non chiarisce, tantomeno fin qui lo fanno le proposte modifiche al codice, chi debba operare la predetta verifica; l'articolo 7 dell'allegato I.2 sembra fissare la competenza in capo al RUP, ma non è chiaro come questa vada ripartita e possa operare nel caso in cui sia previsto un responsabile di fase per l'aggiudicazione della gara anche in rapporto

alle attività da svolgersi dalle commissioni giudicatrici. Trattasi di un tema che involge l'intero contesto riguardante la valutazione di anomalia delle offerte, che neanche il nuovo comma 3 bis dell'articolo 99 sembra, al momento, definire in modo certo.

5. L'applicazione del CCNL lungo la filiera

Anche sul fronte dell'applicazione del CCNL lungo la filiera lo schema di correttivo offre interessanti indicazioni a chiarimento.

La proposta di modifica del comma 12 dell'articolo 119, prevede infatti che il subappaltatore debba *applicare il medesimo contratto collettivo di lavoro del contraente principale*, oppure uno diverso purché quest'ultimo *garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello applicato dall'appaltatore, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto oppure riguardino le lavorazioni relative alla categoria prevalente e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale*.

6. Le questioni aperte

Nonostante l'evidente intendimento di chiarire la portata dell'obbligo di osservanza della contrattazione collettiva nazionale che il nuovo codice fissa all'articolo 11, alcune questioni al tema legate rimangono aperte.

La prima riguarda la possibilità di indicare nella documentazione di gara, da parte di stazioni appaltanti/enti concedenti, una pluralità di contratti collettivi ai quali i concorrenti siano ugualmente legittimati a riferirsi.

E' quanto accaduto nel caso esaminato dal TAR Brescia, nell'ambito della decisione n.773, resa dalla sezione II, in data 1°ottobre 2024, dove un'Azienda sanitaria, per un appalto di adeguamento degli impianti di gas medicinali aveva individuato ben tre differenti contratti collettivi nazionali applicabili: quelli dell'Edilizia Artigianato, del Settore Elettrico e dei Frigoristi; il concorrente, in un primo tempo escluso per

averne indicato un quarto, ritenuto all'esito di verifiche non congruo, è stato ri ammesso a seguito dell'esito positivo del ricorso dallo stesso intentato, avendo i giudici ritenute legittime le condizioni proposte, in quanto "mediane" tra le diverse alternative individuate a monte.

La stessa questione, anche se con connotazioni in parte diverse, risulta del resto alla base del quesito posto al servizio giuridico del MIT con riferimento ad un appalto di fornitura di beni con relativa attività di posa in opera, dove l'amministrazione si poneva il problema se indicare anche il CCNL riguardante la posa in opera, economicamente residuale, oltre a quello riferito alla fornitura.

Nel dare risposta, con parere n. 2389 reso in data 26 febbraio 2024, il supporto giuridico del MIT ha ritenuto essere necessario indicare entrambi i riferimenti, accedendo anche in questo caso, pur su differenti basi, alla tesi secondo la quale il CCNL da individuarsi a norma dell'art. 11 del nuovo codice nel bando di gara o nell'invito, può essere, anzi deve nel caso di specie, essere più d'uno.

Ancora aperto è, poi, il tema della sanabilità tramite soccorso istruttorio o, diversamente, a mezzo di soccorso procedimentale, dell'eventuale assoluta carenza di indicazione, da parte del concorrente, del CCNL da applicare: Tale possibilità è generalmente esclusa in base al doppio presupposto del riferimento all'offerta, quale necessaria sede in cui detta indicazione deve comparire, e del fatto che il soccorso istruttorio non può riferirsi alle componenti dell'offerta mentre quello procedimentale può solo chiarire elementi in essa già presenti.

In tal senso, il Tribunale Amministrativo Regionale di Perugia, con decisione n. 581 del 29 luglio 2024 ha ricordato l'impossibilità di far valere il soccorso istruttorio, in un caso di specie, stante la chiara formulazione dell'articolo 101, comma 1, d.lgs. n. 36 del 2023 oltre alla pacifica non soccorribilità, per acquisita giurisprudenza in materia (ex multis, C.d.S., sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870), sia in termini integrativi sia in funzione sanante, degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta tecnica od economica.

Al riguardo è peraltro da notare come nel caso esaminato dal MIT, dove in sede di verifica l'offerente aveva addirittura abbandonato l'opzione precedentemente da lui stesso dichiarata per aderire a quella indicata dall'amministrazione nel bando di gara, tale possibilità non sia stata esclusa a priori dal parere reso, pur restando condizionata al fatto che il cambiamento non (incida) modifichi in termini sostanziali l'offerta presentata.

In particolare, il parere n. 2518 del 21 giugno 2024 del MIT subordina detta possibilità al solo caso in cui le dichiarazioni già rese dall'operatore economico non abbiano carattere strettamente circostanziato e l'offerta tecnica ed economica non subisca variazioni, rilevando che, comunque occorrerà procedere alle verifiche ai sensi degli artt. 57 (Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale), 102 (Impegni dell'operatore economico) e 110 (Offerte anormalmente basse) c. 4 e che saranno altresì necessarie verifiche in corso di esecuzione dell'appalto in rapporto al rispetto del CCNL dichiarato.

All'opposto, la questione si pone anche nell'ipotesi in cui vi sia completa omissione, nella documentazione di gara, dell'indicazione del CCNL applicabile, in diretto contrasto con quanto richiesto dal comma 4 dell'articolo 11.

L'illegittimità di un siffatto comportamento, con la conseguente possibilità di impugnare l'intera procedura resta al momento esclusa dalla giurisprudenza fin qui espressasi (TAR Catania, sez. III, 6 giugno 2024, n. 2137). Ciò sulla scorta della considerazione per la quale detta omissione non è *preclusiva tout court della possibilità per gli operatori di formulare un'offerta adeguata* ciò che si ricava, in primo luogo, dalla previsione contenuta nel comma 1 del citato art. 11 che con formulazione chiara prevede che "Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello

il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente", nonché dal successivo comma 3 che, ispirato alla tutela della libertà di iniziativa economica, consente comunque agli operatori economici – anche nel caso di individuazione da parte della stazione appaltante di uno specifico CCNL – di indicare il differente contratto che essi applicano, a condizione che questo assicuri un certo standard di tutela. Ne discende che la contestata omissione non preclude la formulazione di un'offerta demandando all'impresa partecipante la facoltà d'indicare un diverso contratto.

Sono quelli riportati solo alcuni dei profili dubbi afferenti la normativa qui trattata, che il proposto allegato I.01 potrebbe contribuire a chiarire arricchendosi di indicazioni decisive nell'ulteriore iter di approvazione che lo attende.

Ecco il calendario formativo dei prossimi mesi

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

Percorsi Base / Avanzati

L'applicazione del Codice dei Contratti

XVII Edizione

20 crediti formativi C.N.F. - 60 crediti C.N.I.

Docenti: Cacciari, Fasano, Faviere, Fianza, Monassi, Porzio, Riso

WEBINAR, 15 incontri (60 ore) dal 21 Ottobre

(termine percorso: 11 Aprile 2025)

Percorso per la formazione base dei RUP

Docenti: Morolla, Rizzi

WEBINAR, 5 incontri (20 ore) dal 21 Novembre

ABC degli Appalti Pubblici

Docente: Morolla

WEBINAR, 3 incontri - dal 21 Novembre

RUP: Funzioni e Responsabilità

Il RUP e i Responsabili di fase: ruoli, attività e responsabilità

CAGLIARI, 06 Dicembre - *Docente: Toschei*

Gli incentivi per le funzioni tecniche

Docenti: Puliatti, Rappa, Vella

WEBINAR, 25 e 26 Novembre

Gli obblighi Antiriciclaggio e le Stazioni Appaltanti

Docente: Fasano

WEBINAR, 02 Dicembre

La rendicontazione ReGiS

Docente: Giofrè

WEBINAR, 02 e 05 Dicembre

Redazione Atti di Gara

Una guida per la gestione delle gare sotto e sopra soglia e per la redazione degli atti amministrativi più rilevanti

Docenti: Cacciari, Faviere, Fianza

WEBINAR, 5 incontri (20 ore) dal 25 Novembre

Laboratorio: La redazione degli affidamenti diretti e la gestione delle procedure negoziate.

Docente: Fianza

WEBINAR, 25 Novembre

I Sottosoglia, il CCT e la gestione amministrativa della gara: dalla determina all'aggiudicazione

Docenti: Faviere, Toschei

ROMA, 03 Dicembre

La gara d'appalto tra procedura e redazione atti

Docente: Cacciari

WEBINAR, 03 e 12 Dicembre

Gli utilizzi dell'intelligenza artificiale nel mondo degli appalti

Docenti: F. Fianza, P. Fianza

WEBINAR, 06 Dicembre

Il RUP, IL DEC e la redazione dei capitolati di servizi e forniture

Docente: Miniero

TRIESTE, 19 Dicembre

Novità e Giurisprudenza

Analisi delle questioni più importanti del Nuovo Codice dei Contratti

GENOVA, 19 Novembre - *Docente: Fianza*

PARMA, 03 Dicembre - *Docente: Fianza*



Lavoriamo ogni giorno sulla nostra offerta formativa.
Visita il nostro sito per scoprire tutti i nuovi corsi >>>



Sottosoglia, Procedure, Esecuzione

I contratti sotto soglia: micro affidamenti, affidamenti diretti e procedure negoziate

Docente: Maceroni

BARI, 21 Novembre

Il ruolo centrale dell'esecuzione nel Nuovo Codice dei Contratti

Docente: Fasano

WEBINAR, 22 e 29 Novembre

Focus sui sottosoglia: affidamenti diretti e procedure negoziate.

Docente: Ponti

WEBINAR, 05 Dicembre

Il Partenariato Pubblico Privato e le concessioni

Docente: Riso

WEBINAR, 10 Dicembre

La progettazione: contenuti, responsabilità, digitalizzazione e progettazione nell'appalto integrato

Docente: Gianforte

WEBINAR, 17 Dicembre

Sanità, Settori speciali e Società in house

Le gare in sanità: tutte le problematiche ad un anno dall'introduzione del Nuovo Codice

Docenti: Castelli, Stefanelli

CAGLIARI, 08 Novembre

La disciplina sui Settori Speciali alla luce del d.lgs. n. 36/2023

Docente: Galli

WEBINAR, 20 e 27 Novembre

Le novità in materia di società in house

Docente: Di Fava

WEBINAR, 02 Dicembre

Adempimenti e MePA

Gli adempimenti obbligatori pre e post gara

Docente: Rizzi

WEBINAR - III edizione, 10 e 13 Dicembre

Guida pratica su come gestire sul MePA affidamenti diretti e procedure negoziate

Docente: Porzio

WEBINAR, 29 Novembre e 04 Dicembre

La gestione degli affidamenti diretti tramite il MePA Consip

Docente: Porzio

WEBINAR, 29 Novembre

La gestione delle procedure negoziate tramite il MePA Consip

Docente: Porzio

WEBINAR, 04 Dicembre

BIM e Project Management

Corso base + avanzato di Project Management

Docenti: D'Orazi, Tramontana,

WEBINAR, 14 incontri (64 ore) - dal 18 Novembre

Corso base di Project Management (ISIPM-Base®)

Docente: D'Orazi

WEBINAR, 6 incontri (30 ore) - dal 18 Novembre

Corso avanzato di Project Management (ISIPM-Avanzato®)

Docente: Tramontana

WEBINAR, 8 incontri (34 ore) - dal 22 Novembre

Il BIM per la PA: come istituire un Ufficio BIM

Docente: Farinati

WEBINAR, 4 incontri - dal 04 Novembre

L'art. 97 del D.Lgs. 36/2023 e la modifica dell'RTI in caso di sopravvenuta perdita dei requisiti in capo a un suo componente

di Paola Cartolano

IL
PUN
TO

Premesse

In termini generali un raggruppamento temporaneo di imprese (di seguito "RTI"), quale operatore economico plurisoggettivo, cumula i requisiti delle singole imprese riunite e partecipa alla gara presentando un'unica offerta congiunta, con il conseguente obbligo, in caso di aggiudicazione, di eseguire congiuntamente le prestazioni oggetto dell'appalto.

La disciplina degli RTI è storicamente fondata sul principio della non modificabilità della composizione, salvo specifiche ed enumerate eccezioni in prevalenza riferite alla fase dell'esecuzione del contratto. La questione della modificabilità soggettiva dell'RTI durante la fase di gara per la perdita dei requisiti di partecipazione da parte di un suo componente ha però da sempre formato oggetto di ampio dibattito.

Fra le **novità del D.Lgs. n. 36/2023** (di seguito "Codice dei Contratti Pubblici" o anche solo "Codice") vi rientra l'innovativa previsione di cui all'**art. 97** rubricato "Cause di esclusione di partecipanti di raggruppamenti", la cui peculiare disciplina ha attuato «l'art. 63 paragrafo 1 comma 2 della direttiva 24/2014

considerando l'interpretazione resa da Corte di giustizia, sez. IX, 3 giugno 2021, in causa C-210/20» (cfr. Relazione al Codice).

Con la nuova disciplina dell'art. 97 del Codice è stata, infatti, valorizzata la portata dell'**art. 63, paragrafo 1 comma 2 della direttiva appalti 24/2014** – rubricato "Affidamento sulle capacità di altri soggetti" – nella parte in cui, nel prevedere la possibilità per gli operatori economici di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, ha introdotto la verifica da parte dell'amministrazione aggiudicatrice dei requisiti dell'operatore economico ausiliario che devono soddisfare i criteri di selezione, prevedendo che:

- può essere imposto dall'amministrazione aggiudicatrice all'operatore economico ("ausiliato") di sostituire il soggetto ("ausiliario") «che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione»;
- l'amministrazione aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro di «imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione».

La direttiva appalti 24/2014, quindi, in caso di mancato soddisfacimento dei criteri di selezione o dei motivi di esclusione obbligatoria prevede già la sostituzione del soggetto che presta i requisiti e, conseguentemente, non esclusione dell'operatore per tale circostanza.

Come si legge nella Relazione al Codice, ai fini della stesura della norma di cui all'art. 97, la citata previsione della direttiva appalti 24/2014 è stata interpretata alla luce della **pronuncia della Corte di Giustizia UE, sez. IX, 3 giugno 2021 (causa C-210/20, Rad Service Srl Unipersonale)**, con cui la Corte ha definito i limiti di compatibilità della disciplina nazionale (art. 89, comma 1, quarto periodo, D.Lgs. n. 50/2016), che prevedeva l'esclusione automatica dell'operatore economico che ha partecipato alla gara per l'ipotesi di mancata dichiarazione di una condanna penale dell'impresa ausiliaria con la quale intercorre un rapporto di avvalimento.

La Corte di Giustizia UE si è, infatti, espressa nel senso di ritenere che «*L'articolo 63 della direttiva n. 2014/24/UE [...] in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 4, lettera h), di tale direttiva e alla luce del principio di proporzionalità, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, **senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto***».

Ai fini della nuova previsione di cui all'art. 97 del Codice, sempre la Relazione al Codice illustra pertanto che «*Si è ... provveduto a **disciplinare l'applicazione di detto principio ai raggruppamenti temporanei di impresa**, che operano in qualità di mandatarie delle imprese della compagine, ripetendo i requisiti di qualificazione attraverso di esse e così rappresentando una modalità alternativa*

rispetto all'avvalimento (oggetto della pronuncia della Corte di Giustizia) per consentire di partecipare a gare d'appalto a soggettività non munite dei necessari requisiti di qualificazione».

“ **L'art. 97 del D.Lgs. 36/2023 ha voluto differenziare le cause d'esclusione per gli operatori economici facenti parte di RTI, ammettendo una generalizzata possibilità di “sostituzione” od “estromissione” del partecipante all'RTI** ”

1. La disciplina dell'art. 97 del Codice dei Contratti Pubblici

È bene innanzi tutto chiarire l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 97 del Codice il quale, per espressa previsione e in conformità all'art. 63 della direttiva appalti 24/2014, fa riferimento sia alle cause automatiche o non automatiche di esclusione di cui agli **artt. 94 e 95** dello stesso Codice sia ai requisiti di qualificazione di cui all'**art. 100** del Codice.

Passando ad esaminare nel dettaglio la nuova disciplina introdotta dal legislatore, l'**art. 97 comma 1** del Codice dispone testualmente che «*1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 96, commi 2, 3, 4, 5 e 6, **il raggruppamento non è escluso** qualora un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione, **se si sono verificate le condizioni di cui al comma 2 e ha adempiuto ai seguenti oneri:***

a) in sede di presentazione dell'offerta:

*1) ha comunicato alla stazione appaltante la **causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta e il venir meno, prima della presentazione dell'offerta, del requisito di qualificazione**, nonché il soggetto che ne è interessato;*

2) **ha comprovato le misure adottate ai sensi del comma 2** o *l'impossibilità di adottarle prima di quella data;*

*b) ha adottato e comunicato le **misure di cui al comma 2 prima dell'aggiudicazione, se la causa escludente si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta o il requisito di qualificazione è venuto meno successivamente alla presentazione dell'offerta**.*

Con la disposizione in parola, dunque, al comma 1 dell'art. 97 il legislatore ha riconosciuto la possibilità che nel caso in cui un membro di un RTI abbia perso uno dei requisiti (sia di carattere generale che di carattere speciale) l'RTI stesso non venga escluso dalla procedura di gara purché (i) si siano verificate entrambe le condizioni indicate al successivo comma 2 (che andremo ad esaminare) e (ii) l'RTI abbia adempiuto agli oneri ivi indicati.

A tale riguardo la disposizione in parola distingue:

- il caso in cui la causa escludente o il venir meno del requisito di qualificazione si siano verificati **prima** della presentazione dell'offerta: in tal caso l'RTI, per non incorrere nella misura espulsiva dalla gara deve aver già nell'ambito dell'offerta:
 - comunicato la specifica causa escludente ex artt. 94 o 95 e il venir meno del requisito di qualificazione ex art. 100, oltre che il componente dell'RTI interessato da dette circostanze;
 - comprovato le misure adottate ai sensi del comma 2 o in alternativa l'impossibilità di adottarle prima della data di presentazione dell'offerta;
- il caso in cui la causa escludente o il venir meno del requisito di qualificazione si siano verificati **dopo** la presentazione dell'offerta: in tal caso l'RTI, per non incorrere nella misura espulsiva dalla gara deve aver comunicato prima dell'aggiudicazione le misure adottate ai sensi del comma 2.

L'art. 97 del Codice, così come lo strumento del cd. *self cleaning* di cui all'art. 96 dello stesso Codice, istituisce pertanto una modalità di superamento/deroga della regola generale secondo cui «*le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura d'appalto, qualora risulti che questi si trovi, a causa di atti compiuti od omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95*» (art. 96 comma 1).

“ **L'art. 97 al comma 1 disciplina le specifiche ipotesi in cui la causa escludente o il venir meno del requisito di qualificazione del componente RTI si siano verificati prima della presentazione dell'offerta o dopo la presentazione dell'offerta** ”

A questo punto, per cogliere la completezza della disposizione, è essenziale andare ad esaminare la disciplina prescritta dall'**art. 97 comma 2**.

Testualmente la norma prevede che «*2. Fermo restando l'articolo 96, se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può **comprovare** di averlo **estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata**.*

Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata».

Con il comma 2 dell'art. 97 il legislatore ha, dunque, introdotto una disposizione *ad hoc* con riferimento alle cause di esclusione dalla procedura per gli operatori economici componenti di un RTI prevedendo la possibilità per l'RTI stesso di procedere all'estromissione o alla sostituzione del componente che sia incorso in una causa escludente o nel venir meno di un requisito di qualificazione, salvaguardando quindi le altre imprese dell'RTI.

Come riporta la Relazione al Codice «*La facoltà di sostituire o estromettere l'operatore è stata riconosciuta per le cause escludenti che si verificano in corso di gara e per le cause che si verificano in precedenza per le quali l'offerente abbia comprovato l'impossibilità di farvi fronte prima della presentazione dell'offerta, così ritenendo di **contemperare il principio di par condicio con la pretesa del candidato di partecipare alla gara, sacrificando la posizione di colui che non ha posto rimedio per tempo alla causa (pur potendolo fare) a favore della parità di trattamento con gli altri offerenti che si sono adoperati per presentare un'offerta ammissibile e della velocità della procedura***».

Resta infine inteso che, per espressa previsione normativa, è rimessa alla stazione appaltante la valutazione discrezionale circa l'idoneità o meno delle misure adottate dall'RTI e, quindi, sul mantenimento dei requisiti in capo all'RTI a seguito delle misure adottate ai sensi del comma 2, **a condizione che l'offerta resti sostanzialmente immutata**.

“ **L'art. 97 al comma 2 dispone che le misure che l'RTI deve comprovare per evitare l'esclusione dalla gara sono l'estromissione o la sostituzione del membro carente del requisito** ”

2. Estromissione e sostituzione dall'RTI ai sensi dell'art. 97 del Codice

Come rilevato nei paragrafi precedenti, la norma dell'art. 97 del Codice trae origine dall'art. 63 della direttiva appalti 24/2014 che prevede espressamente l'ipotesi della sostituzione dell'operatore economico carente dei requisiti. Il nostro legislatore va oltre e accanto all'ipotesi della **sostituzione** del membro dell'RTI introduce anche l'ipotesi dell'**estromissione**, quindi una modifica per riduzione dell'RTI.

Torna utile la consultazione della Relazione al Codice in cui sul punto viene riferito circa l'art. 97 che «*Il comma 2 è stato formulato sulla scorta della convincione che l'istituto di cui all'art. 63, paragrafo 1, comma 2, della direttiva 24/2014 possa applicarsi non solo alla **sostituzione**, prevista espressamente dalla direttiva medesima, ma anche alla **modifica per riduzione dell'operatore economico con identità plurisoggettiva**, in ragione del minore impatto di tale ultimo fenomeno sull'identità dell'operatore economico offerente e delle pronunce dell'Adunanze plenarie nn. 5 del 2021, 9 del 2021 e 2 del 2022, che hanno ammesso detta ultima tipologia di modificazione*».

Già sotto la vigenza del D.Lgs. 50/2016 si era, infatti, registrato un contrasto giurisprudenziale in ordine alle modifiche degli operatori economici plurisoggettivi in caso di perdita dei requisiti di cui all'art. 80 dello stesso D.Lgs. 50/2016.

Ai fini del presente contributo si ritiene sufficiente richiamare i principi di diritto espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato al fine di conciliare le diverse correnti ermeneutiche, dai quali il legislatore del D.Lgs. n. 36/2023 è partito ai fini della stesura dell'art. 97 oggetto di commento.

Tra queste, la pronuncia del **Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, 25 maggio 2021 n. 9** ha affermato il principio secondo cui «*l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione, nella fase di gara, del*

mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese, che abbia presentato domanda di concordato in bianco o con riserva a norma dell'art. 161, comma 6, l. fall, e non sia stata utilmente autorizzato dal tribunale fallimentare a partecipare a tale gara, **solo se tale sostituzione possa realizzarsi attraverso la mera estromissione del mandante, senza quindi che sia consentita l'aggiunta di un soggetto esterno al raggruppamento;** l'evento che conduce alla sostituzione interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità procedimentalizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara».

Di rilievo inoltre, per la portata innovativa, è la stata la pronuncia del **Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, 25 gennaio 2022 n. 2** la quale ha ritenuto in punto di diritto che «la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei contratti pubblici) da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita **non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara**, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del medesimo Codice. Ne consegue che, laddove si verifichi la predetta ipotesi di perdita dei requisiti, la stazione appaltante, in ossequio al principio di partecipazione procedimentale, è tenuta ad interpellare il raggruppamento e, laddove questo intenda effettuare una riorganizzazione del proprio assetto, onde poter riprendere la partecipazione alla gara, provveda ad assegnare un congruo termine per la predetta riorganizzazione».

Conciliando detti principi, il legislatore del D.Lgs. n. 36/2023 è giunto, quindi, a cristallizzare la disciplina dell'art. 97 prevedendo la possibilità che, al fine di evitare una misura espulsiva

in fase di gara, un RTI può legittimamente modificare la propria composizione sia in termini di sostituzione che di estromissione, senza poter far ricorso ad addizioni di nuovi membri esterni.

“ **Con l'art. 97 il legislatore ha superato il principio di immutabilità dell'RTI in fase di gara prevedendo fra le misure da comprovare la sostituzione o l'estromissione del membro carente del requisito, senza poter far ricorso ad addizioni di nuovi membri esterni** ”

3. I primi arresti giurisprudenziali sulla portata dell'art. 97 del Codice

Considerata la portata innovativa della disposizione in commento, si sono già registrati alcuni contenziosi in sede di applicazione all'esito dei quali è stato chiarito che la norma ammette la sostituzione del partecipante al raggruppamento a determinate condizioni.

Di recente il giudice amministrativo si è espresso con riferimento all'art. 97 del Codice rilevando che «La norma, invero, consente alla stazione appaltante di non procedere all'esclusione del raggruppamento a condizione che si siano **verificate non solo le condizioni di cui al comma 2** (ciò che, in sintesi, parte ricorrente reclama) **ma, altresì, che il concorrente abbia adempiuto agli oneri di cui al comma 1 lett. a) quanto alle cause di esclusione preesistenti alla presentazione dell'offerta** – ipotesi in cui rientra il caso in esame – **ovvero di cui alla lett. b)** con riferimento alle cause escludenti verificatesi successivamente alla presentazione dell'offerta, **ciò che è reso evidente dall'uso della congiunzione «e» nell'ambito del periodo «si sono verificate le condizioni di cui al comma 2 e ha adempiuto ai seguenti oneri».**

Nel caso in esame la mancaza del requisito della regolarità c.d. contributiva, previsto quale causa automatica di esclusione dall'art. 94 comma 6 del d.lgs. 36/2023, come detto preesisteva alla presentazione dell'offerta, pertanto il raggruppamento partecipante, al fine di evitare l'esclusione, avrebbe dovuto porre in essere gli adempimenti comunicativi di cui al comma 1 lett. a), non potendo diversamente beneficiare della speciale disciplina dettata dal comma 2 della disposizione.

Aderire alla tesi sostenuta da parte ricorrente determinerebbe – oltre alla violazione del chiaro tenore della norma – l'inaccettabile conseguenza di consentire l'ammissione e la partecipazione alla procedura di un soggetto privo di un essenziale requisito di partecipazione, e per di più in forza di una dichiarazione (DGUE) rivelatasi – anche eventualmente solo per colpa, essendo comunque in proposito irrilevante l'elemento soggettivo – non veritiera.

La più volte citata disposizione si rivela peraltro, ad avviso del Collegio, conforme a quanto disposto dall'art. 63 della direttiva 2014/14/UE, nonché alla giurisprudenza della Corte di Giustizia richiamata nella Relazione del Consiglio di Stato, che impone agli Stati membri di consentire la sostituzione – nell'ambito dei partecipanti plurisoggettivi – del componente «che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione», non essendo previsto dalle richiamate fonti sovranazionali che la sostituzione del componente possa avvenire in qualsiasi stadio della procedura, come infondatamente sostenuto da parte ricorrente. ...» (TAR Lazio - Latina, sentenza 5 marzo 2024 n. 175).

Ancora, di interesse un altro precedente del giudice amministrativo con riferimento ai consorzi, a cui si applica la disciplina dell'art. 97 del Codice per espressa previsione del comma 3. Ad avviso dei giudici siciliani «non è necessario disporre l'esclusione degli R.T.I., qualora uno dei partecipanti al raggruppamento sia interessato da una causa di esclusione (o dal venir meno di un requisito di qualificazione) **purché ricorrano due condizioni**. In primo luogo, è

onere del raggruppamento di comunicare all'Amministrazione in fase di presentazione delle offerte la causa di esclusione verificatasi (o la mancanza di un requisito di qualificazione) nonché l'impresa interessata; esplicitando al contempo le misure adottate per ovviare alla situazione ovvero le ragioni che non hanno consentito l'adozione statim di tali misure. In secondo luogo, **deve fare riscontro a questo primo adempimento anche l'adozione di rimedi congrui**, quali l'estromissione del soggetto interessato o la sua sostituzione con un'altra impresa, fatta salva l'immodificabilità oggettiva dell'offerta presentata. Dal canto suo l'Amministrazione dopo aver ricevuto tale comunicazione ed aver valutato le misure adottate, è tenuta a determinarsi sulla richiesta del raggruppamento, potendo rigettarla soltanto nel caso di rimedi intempestivi oppure insufficienti. In considerazione di questa premessa si dimostrano fondati i profili di gravame sviluppati dalla parte ricorrente con il primo motivo di ricorso. Invero l'Amministrazione resistente è incorsa effettivamente in errore, laddove ha ritenuto inapplicabile l'art. 97 c.c.p. all'ipotesi della mancanza del requisito della regolarità fiscale o previdenziale. Al contrario la legge consente espressamente di estromettere ovvero di sostituire l'impresa carente di questo requisito con un'altra consorziata. Invero come correttamente dedotto dal consorzio ricorrente l'impossibilità di fare ricorso al diverso meccanismo del self-cleaning nel caso delle irregolarità tributarie (ai sensi di quanto disposto dall'art. 96 c.c.p.) non trova alcun riscontro in quanto previsto dall'art. 97 c.c.p., che è applicabile invece in tutte le ipotesi di carenza dei requisiti generali di partecipazione (comma 1 dell'art. 97 c.c.p.)» (TAR Sicilia - Palermo, sentenza 22 gennaio 2024 n. 218).

Ancora, la giurisprudenza ha riconosciuto la possibilità di sostituire un membro del raggruppamento (ma lo stesso vale per i consorzi) carente di un requisito di partecipazione, a condizione però che la non conoscenza dell'esistenza della causa di esclusione **non dipenda da colpa degli altri membri del raggruppamento**. Perché possa trovare applicazione lo strumento

sanante della sostituzione occorre, infatti, che il raggruppamento dimostri di aver tenuto un comportamento diligente e che ciononostante sia rimasto all'oscuro della causa di esclusione.

In particolare, si segnala l'interessante pronuncia con cui i Giudici di Palazzo Spada hanno rilevato che al momento di presentazione dell'offerta, deve presumersi che il raggruppamento conosca la situazione dei propri componenti e presenti una domanda di partecipazione che tenga conto della situazione di ciascuno.

Pertanto, la mera dichiarazione della mandataria di non essere a conoscenza della carenza di un requisito di partecipazione in capo ad una mandante e di averne appreso l'esistenza soltanto in sede di verifica dei requisiti non è di per sé sola sufficiente per supportare la declaratoria di illegittimità della decisione della stazione appaltante di ritirare l'aggiudicazione disposta a favore del raggruppamento medesimo.

In tali termini si è espresso **Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 2 agosto 2024, n. 6944** secondo cui dal principio di auto-responsabilità che grava in capo a ciascun operatore deriva che «il raggruppamento non può farsi scudo della posizione individuale dei partecipanti allo stesso che hanno ritenuto di non partecipare singolarmente ma di presentare un'offerta unica insieme ad altre soggettività giuridiche, dovendo sopportare le conseguenze della scelta imprenditoriale effettuata. Mina infatti lo stesso principio di parità di trattamento consentire ai partecipanti del raggruppamento di ovviare alla mancanza dei requisiti di ammissione attraverso la semplice dichiarazione di non essere a conoscenza del motivo escludente del soggetto con il quale hanno presentato la domanda in quanto fa venir meno la cogenza degli obblighi dichiarativi connessi alla domanda di partecipazione, che costituiscono espressione della par condicio e richiedono l'esercizio dei doveri di autoresponsabilità. E ciò in quanto la dichiarazione costituisce un'attività agevole per chi la rende (priva di costi, di ogni tipo), nonché effettuabile a posteriori da parte del soggetto, il raggruppamento, che può beneficiare delle conseguenze positive di detta affermazione

e che, anche per tali motivi, non costituisce uno strumento idoneo ad assicurare la tutela di quelle situazioni particolari che meritano di essere attenzionate. Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, che "costituiscono la base delle norme dell'Unione relative ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici", con lo "scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed effettiva tra le imprese", presuppongono infatti che gli offerenti "devono trovarsi su un piano di parità sia al momento in cui preparano le loro offerte sia al momento in cui queste sono valutate dall'amministrazione aggiudicatrice e costituiscono la base delle norme dell'Unione relative ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici" (Cgue, Grande Sezione, 24 maggio 2016, n. C-396/14)».

“ **Il Giudice Amministrativo ha in più riprese confermato che ai fini dell'applicazione dell'art. 97 l'RTI deve aver rispettato tutte le condizioni previste dalla norma e adempiuto ai corrispondenti oneri** ”

4. Conclusioni

È evidente la portata innovativa della nuova disposizione del D.Lgs. n. 36/2023 rispetto al precedente impianto normativo in tema di modificazione soggettiva della compagine di un RTI in fase di partecipazione a una procedura di gara.

Un'innovazione che, superando il principio di immodificabilità dell'RTI, consentirà agli operatori economici riuniti di fronteggiare eventuali ipotesi di esclusione che colpiscono un componente sulle cui capacità l'RTI intende fare affidamento nel rispetto di tutte le stringenti condizioni indicate all'art. 97 del Codice, ferma restando la valutazione dell'idoneità o meno delle misure adottate dall'RTI rimessa al giudizio discrezionale della stazione appaltante.

La verifica dei requisiti nel D. Lgs. n. 36/2023 ed il (non agevole) rapporto con la fase di aggiudicazione della commessa pubblica

di Marco Vozza

IL
PUN
TO

Premessa

Il D. Lgs. n. 36/2023 prosegue nel percorso già avviato con il D. Lgs. n. 163/2006, confermando, ancora una volta, la scansione in fasi della procedura di affidamento di una commessa pubblica.

Rispetto all'ultimo Codice dei contratti pubblici, però, il Legislatore apporta una modifica di non poca rilevanza: l'anticipazione del momento del controllo sui requisiti autodichiarati dal concorrente proposto aggiudicatario nell'ambito della rispettiva offerta, alla fase di scelta del contraente privato.

Si tratta di una decisione che, nella sua oggettiva condivisibilità, per alcuni versi rischia di non agevolare l'operato delle committenze pubbliche, le quali, da un lato e per tale scopo, dispongono di uno strumento che semplifica e accelera le operazioni di verifica dei requisiti - il fascicolo virtuale dell'operatore economico (che di seguito sarà indicato con l'acronimo FVOE)

-, il quale, tuttavia, non è ancora in grado di garantire l'integrale acquisizione istantanea di tutta la documentazione a comprova dei requisiti di partecipazione richiesti dalla legge generale e speciale al concorrente ad una procedura ad evidenza pubblica.

1. Le fasi dell'affidamento e l'attività di controllo del proposto aggiudicatario

Il D. Lgs. n. 36/2023, al pari dei suoi predecessori, si mostra fedele al principio di procedimentalizzazione dell'azione amministrativa, confermando l'intelaiatura a questo punto tipica delle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente privato.

Anche con il nuovo Codice dei contratti pubblici, infatti, si assiste alla costruzione di una procedura di affidamento contraddistinta dalla c.d. scansione in fasi¹, invero già prevista dal D. Lgs. n. 163/2006² e dal D. Lgs. n. 50/2016³.

1. S. Vinti, "I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi", pgg. 124 e ss., Padova, 2002.

2. Art. 11 del D. Lgs. 163/2006.

3. Art. 32 del D. Lgs. 50/2016.

Fasi che possono essere così suddivise:

1. fase della determinazione a contrarre;
2. fase della scelta del contraente;
3. fase dell'aggiudicazione;
4. fase della stipula del contratto.

L'art. 17 del Codice dei contratti pubblici scandisce le quattro fasi testé richiamate, dettando i tempi di azione della committenza pubblica ed indicando, per la prima volta, anche i termini entro i quali la procedura di gara deve concludersi⁴.

In ordine a tale ultimo aspetto, non può non soffermarsi sulla considerazione in forza della quale l'espressa indicazione dei termini di conclusione di un procedimento che vede nelle trattative tra il committente ed i potenziali appaltatori il suo momento centrale, tende a responsabilizzare ancor di più tanto il primo quanto i secondi, considerato che le condotte di entrambi possono agevolare ma anche ostruire il tempestivo raggiungimento dello scopo prefissato dalla procedura di gara, ovvero sia la scelta del miglior appaltatore presente sul mercato.

Da ciò, peraltro, si ricava anche la centralità del primo dei tre super-principi dettati dal D. Lgs. n. 36/2023, il principio del risultato, vera e propria stella polare⁵ dell'azione non solo delle committenze pubbliche ma anche degli operatori economici, quale assetto confermato anche dalla sua collocazione sistematica - è il primo articolo del corpo normativo -, all'interno del Codice dei contratti pubblici.

L'obiettivo, infatti, è quello di garantire il celere affidamento della commessa, ed in tal senso il chiarimento espresso sull'orizzonte temporale massimo entro il quale addivenire a tale risultato deve orientare il comportamento di tutti gli attori del procedimento a non ritardare il soddisfacimento dell'interesse pubblico sotteso alla stessa decisione della committenza pubblica di contrattare.

Nella stessa ottica di celere individuazione del contraente privato, proseguendo, viaggia il percorso tracciato dal Legislatore attraverso uno dei più rilevanti rinnovi della scansione procedimentale tesa all'aggiudicazione degli appalti (e delle concessioni).

Come già si accennava in precedenza, il D. Lgs. n. 36/2036 segna il passo della verifica dei requisiti postuma all'aggiudicazione della commessa in favore di un controllo preventivo alla definitiva scelta del contraente privato, cui consegue anche la differente individuazione del momento in cui la stessa aggiudicazione diventa efficace (si veda *infra*).

L'art. 17 del Codice dei contratti pubblici, infatti, al comma 5, dopo aver premesso che *"l'organo preposto alla valutazione delle offerte predispone la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala"*, al medesimo comma *expressis verbis* stabilisce che *"l'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace"*.



4. Cfr. art. 17, co. 3: *"Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti concludono le procedure di selezione nei termini indicati nell'allegato I.3. Il superamento dei termini costituisce silenzio inadempimento e rileva anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato I.3 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro per la pubblica amministrazione, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice"*.

5. Si veda, ad esempio, Luca R. Perfetti, *"Codice dei contratti pubblici commentato"*, pg. 4, Vicenza, 2023.

Rispetto al passato⁶, dunque, la fase di verifica dei requisiti precede l'adozione del provvedimento di aggiudicazione⁷, al quale si potrà giungere, pertanto, solo dopo aver terminato tale fase.

La scelta appare *prima facie* più che condivisibile, dovendosi pensare, tra le altre cose, che in questo modo:

- l'appaltatore (o il concessionario) viene scelto dopo aver controllato se può effettivamente essere tale e non prima, come invece accadeva in passato quando la verifica sulle sue capacità, morali ed imprenditoriali, avveniva in un momento successivo alla sua individuazione, mercé l'inevitabile gravoso dispendio di risorse (temporali, economiche, organizzative) in danno della committenza pubblica in caso di mancata conferma di tale qualità e, di riflesso, la lesione al primo dei danneggiati da tale epilogo, ovvero sia l'interesse pubblico alla veloce esecuzione della commessa;
- viene, inoltre, se non proprio eradicato (non potendosi, purtroppo, non prendere in considerazioni ipotesi che, per quanto residuali, sono astrattamente realizzabili---8---) quasi del tutto eliminato il rischio che a dare inizio all'esecuzione del contratto nelle ipotesi di inizio anticipato, anche in via d'urgenza, possa essere un soggetto privo della relativa qualificazione;
- l'eventuale appendice contenziosa si celebra a situazione definita e, dunque, sulla base di dati ed elementi certi, così garantendo a chi ha avanzato

la propria domanda di giustizia di ricevere una risposta sicuramente celere e maggiormente vicina alla realtà sostanziale delle cose, ottenendosi così un risultato più aderente al principio di effettività della tutela giurisdizionale⁹;

- sempre sotto il profilo dei benefici anche di carattere processuale, poi, può a questo punto dirsi superato l'orientamento che voleva *"la verifica del possesso dei requisiti, se basata su di una nuova istruttoria (con rinnovata ponderazione degli interessi e nuova motivazione), si configura quale "conferma in senso proprio", con valenza provvedimento autonomamente impugnabile, altrimenti, si atteggia, come chiarito dal Consiglio di Stato, sez. V, 15 settembre 2022 n. 8011, ad atto "meramente confermativo" (della pregressa aggiudicazione), quindi, non impugnabile dinanzi al giudice"*¹⁰. Con innegabili vantaggi per gli operatori economici, di certo non più in imbarazzo dinanzi a provvedimenti ambigui da parte delle committenze pubbliche eventualmente gravati solo in via cautelativa onde evitare eventuali declaratorie di improcedibilità del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione.

Momento determinante per il passaggio dalla fase della scelta del contraente e quella dell'aggiudicazione, pertanto, è il *sub-procedimento* di controllo dei requisiti, generali e speciali, che il concorrente in cui è favore è stata proposta l'aggiudicazione ha dichiarato di possedere nella rispettiva offerta.

6. L'art. 32, co. 5 del D. Lgs. 50/2016 prevedeva testualmente che *"la committenza pubblica, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 33, comma 1, provvede all'aggiudicazione"* la quale sarebbe divenuta efficace *"dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti"*.

7. Così la Relazione Illustrativa al D. Lgs. n. 36/2023: *"Il comma 5 prevede la formulazione di una proposta di aggiudicazione alla committenza pubblica o ente concedente parte del soggetto preposto alla valutazione delle offerte, a favore del concorrente che ha presentato la migliore offerta non anomala. L'aggiudicazione viene disposta dall'organo competente della committenza pubblica o ente concedente dopo effettuato positivamente il controllo dei requisiti in capo all'aggiudicatario, successivamente al quale il contratto potrà essere stipulato o ne potrà essere iniziata l'esecuzione in via di urgenza"*.

8. Si pensi, ad esempio, alle ipotesi di doverosa risoluzione del contratto ex art. 122, comma 2 del D. Lgs. n. 36/2023.

9. Art. 1 del D. Lgs. 104/2010.

10. Cfr. Consiglio di Stato, Sez. III[^], 21 giugno 2023, n. 6074.

Attività, questa, che avviene attraverso la consultazione del FVOE, alla luce di quanto previsto dall'art. 99 del D. Lgs. n. 36/2023 - divenuto efficace a partire dal 1° gennaio 2024¹¹ -, il quale, per entrambe le tipologie di requisiti, testualmente stabilisce che:

- **co. 1:** *"la committenza pubblica verifica l'assenza di cause di esclusione automatiche di cui all'articolo 94 attraverso la consultazione del fascicolo virtuale dell'operatore economico di cui all'articolo 24, la consultazione degli altri documenti allegati dall'operatore economico, nonché tramite l'interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati di cui all'articolo 50-ter del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni";*
- **co. 2:** *"la committenza pubblica, con le medesime modalità di cui al comma 1,*

verifica l'assenza delle cause di esclusione non automatica di cui all'articolo 95 e il possesso dei requisiti di partecipazione di cui agli articoli 100 e 103".

Il FVOE, oggi disciplinato dall'art. 24 del D. Lgs. n. 36/2023, *"consente la verifica dell'assenza delle cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 e dei requisiti di cui all'articolo 103 per i soggetti esecutori di lavori pubblici nonché dei dati e dei documenti relativi ai requisiti di cui all'articolo 100 che l'operatore economico inserisce".*

Definito sin dalla sua genesi come un repository *"in cui sono contenuti tutti i dati che consentono la verifica dell'assenza delle cause di esclusione e dei requisiti di partecipazione alle procedure di evidenza pubbliche"* ¹², il FVOE è divenuto operativo sotto l'egida della previgente disciplina, con l'adozione della Delibera ANAC n. 464 del 27 luglio 2022¹³, e sino ad oggi ha conosciuto due versioni di sé stesso:



11. Art. 225, co. 2 del D. Lgs. n. 36/2023.

12. Così la definizione del FVOE dettata dall'art. 1 della Delibera ANAC n. 262/2023. Per la precedente definizione si veda l'art. 1 della Delibera ANAC n. 464/2022, ove si specificava che all'interno del FVOE *"sono contenuti tutti i dati concernenti la partecipazione alle gare e il loro esito, in relazione ai quali è obbligatoria la verifica attraverso la BDNCP dell'assenza di motivi di esclusione di cui all'articolo 80 del codice dei contratti pubblici, dell'attestazione di cui all'articolo 84, comma 1, per i soggetti esecutori di lavori pubblici, nonché dei dati e documenti relativi ai criteri di selezione di cui all'articolo 83 del medesimo codice".*

13. A sua volta adottata in esecuzione dell'art. 213, co. 8 del previgente D. Lgs. 50/2016, il quale prevedeva che *"per le finalità di cui al comma 2, l'Autorità gestisce la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, nella quale confluiscono, oltre alle informazioni acquisite per competenza tramite i propri sistemi informatizzati, tutte le informazioni contenute nelle banche dati esistenti, anche a livello territoriale, onde garantire accessibilità unificata, trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi a essa prodromiche e successive. Con proprio provvedimento, l'Autorità individua le modalità e i tempi entro i quali i titolari di suddette banche dati, previa stipula di protocolli di interoperabilità, garantiscono la confluenza dei dati medesimi nell'unica Banca dati accreditata, di cui la medesima autorità è titolare in via esclusiva. Per le opere pubbliche, l'Autorità, il Ministero dell'economia e delle finanze e il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Presidenza del Consiglio dei Ministri e le Regioni e le Province autonome quali gestori dei sistemi informatizzati di cui al comma 4 dell'articolo 29 concordano le modalità di rilevazione e interscambio delle informazioni nell'ambito della banca dati nazionale dei contratti pubblici, della banca dati di cui all'articolo 13 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, della banca dati di cui all'articolo 1, comma 5, della legge 17 maggio 1999, n. 144 e della banca dati di cui all'articolo 36 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, al fine di assicurare, ai sensi del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 e del presente codice, il rispetto del principio di unicità dell'invio delle informazioni e la riduzione degli oneri amministrativi per i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1, l'efficace monitoraggio dalla programmazione alla realizzazione delle opere e la tracciabilità dei relativi flussi finanziari o il raccordo degli adempimenti in termini di trasparenza preventiva".*

- una prima versione (anche denominata FVOE 1.0), sorta sotto l'egida del previgente D. Lgs. n. 50/2016 e rinnovata a seguito della sopraggiunta efficacia del D. Lgs. n. 36/2023, la quale è rimasta attiva sino al 31 dicembre 2023, in guisa da poter provvedere alla verifica dei requisiti sulla base dell'ultrattivo, sino al 31 dicembre 2023, art. 81 del D. Lgs. n. 50/2016;
- una seconda versione (anche denominata FVOE 2.0), invece operante a partire dal 1° gennaio 2024, una volta entrata a pieno regime la disciplina in tema di digitalizzazione¹⁴ prevista dal D. Lgs. n. 36/2023.

Nella sua versione 1.0, il FVOE conosce la sua specifica disciplina operativa sotto l'ambito operativo del vigente Codice dei contratti pubblici, con l'adozione della Delibera ANAC n. 262 del 20 giugno 2023¹⁵ - un vero e proprio aggiornamento della precedente Delibera ANAC n. 464 del 27 luglio 2022 -, che individua le tipologie di dati da inserire all'interno dello stesso FVOE.

Con il definitivo avvento - a far data dall'1 gennaio 2024 -, della disciplina della digitalizzazione dei contratti pubblici, ha avuto inizio la stagione del c.d. FVOE 2.0, anticipata dalla Delibera ANAC n. 582 del 13 dicembre 2023, il terzo intervento che l'Autorità ha fatto registrare *in subiecta materia*.

Ad oggi, dunque, la fase endoprocedimentale di verifica del concorrente proposto aggiudicatario dall'organo competente alla valutazione delle offerte, avviene attraverso la consultazione

del FVOE sulla base di un differente regime a seconda che la procedura di affidamento ricada sotto l'egida della disciplina antecedente o successiva al 1° gennaio 2024¹⁶.

Esaurita la fase di controllo del proposto aggiudicatario, la committenza pubblica potrà dunque provvedere all'adozione del provvedimento di aggiudicazione il quale, a differenza del passato¹⁷, è immediatamente efficace.

3. La stipula del contratto

Una volta aggiudicata la commessa, dunque, la committenza pubblica, disponendo di un provvedimento immediatamente efficace, ai sensi dell'articolo 18, comma 2 del D. Lgs. n. 36/2023 deve, nei successivi sessanta giorni, provvedere, anche in pendenza di contenzioso¹⁸, alla sottoscrizione del contratto con l'aggiudicatario.

Il Legislatore del 2023 ha confermato l'impostazione delineata già nei precedenti Codici dei contratti pubblici, indicando per l'espletamento di tale incombenza un termine di natura squisitamente ordinatoria/acceleratoria la cui inosservanza, lato committenza pubblica, comporta la possibilità per l'aggiudicatario di affrancarsi dal vincolo obbligatorio mediante atto notificato ovvero, laddove ritenuto opportuno e conveniente per quest'ultimo conseguire la conclusione del contratto, stigmatizzare l'inadempimento della committenza pubblica con ricorso ex artt. 31 e 117 cpa.

È doveroso segnalare, però, che alla luce di quanto disposto dal già richiamato comma 2

14. Cfr. art. 225, co. 2 del D. Lgs. n. 36/2023.

15. Adottata in attuazione dell'art. 24, co. 4 del D. Lgs. n. 36/2023.

16. Così la Delibera ANAC n. 582 del 13 dicembre 2023: "Fino a nuove indicazioni, la verifica del possesso dei requisiti è rispettivamente subordinata, per il FVOE 1.0 alla produzione del PassOE; per il FVOE 2.0 ai meccanismi di autorizzazione previsti dall'articolo 5 della Delibera ANAC 262/2023".

17. L'art. 32, comma 7 del D. Lgs. n. 50/2016, infatti, prevedeva che "l'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti".

18. Chiaro, in tal senso, il riferimento alle ipotesi in cui non sia intervenuto un provvedimento cautelare da parte del Giudice Amministrativo che, in sede di discussione dell'incidente cautelare, abbia sospeso l'efficacia del provvedimento di aggiudicazione.

dell'articolo 18, può essere previsto un differente termine o (i) nell'ipotesi di proposizione di ricorso giurisdizionale con contestuale domanda cautelare da cui deriva l'automatica operatività della c.d. stand-still processuale¹⁹ o (ii) nell'ipotesi di affidamento sotto-soglia, o (iii) nell'ipotesi in cui un diverso termine sia stato previsto all'interno dell'atto indittivo della procedura di affidamento ovvero, ed infine, (iv) nell'ipotesi di concordato - tra aggiudicatario e committenza pubblica -, differimento del termine di sottoscrizione purché ciò risponda all'esigenza primaria di salvaguardare gli interessi della stessa committenza pubblica.

4. Il raccordo tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto

Giunti a questo punto, è possibile rielaborare l'assetto che il D. Lgs. n. 36/2023 ha voluto imprimere al raccordo tra la fase di aggiudicazione e la fase di stipula del contratto, di certo meno tortuoso rispetto al passato, ma comunque ancora caratterizzato (quantomeno allo stato) da qualche profilo di criticità.

Difatti, pur nel qui ribadito apprezzamento della scelta compiuta dal Legislatore di anteporre all'aggiudicazione il controllo sui requisiti del proposto aggiudicatario, non può, però, non tenersi conto di un aspetto apparentemente ininfluenza ma che, nella realtà, può essere (ed

in alcuni casi lo è) foriero di incertezza in ordine al momento di adozione del provvedimento di aggiudicazione che a sua volta si riflette sulla consequenziale sottoscrizione del contratto.

Pur nella sua versione 2.0, infatti, il FVOE non garantisce, ancora oggi, l'acquisizione di tutti i documenti idonei a comprovare i requisiti generali del proposto aggiudicatario.

Segnatamente, il riferimento è, allo stato, alla comunicazione antimafia²⁰ ed alla informazione antimafia²¹ allo stato non direttamente acquisibili dal FVOE e rispetto ai quali è ancora oggi necessario, in vista della loro acquisizione, interrogare le competenti Amministrazioni pubbliche²².

L'art. 12 della Delibera ANAC n. 262 del 20 giugno 2023, a tal proposito, prevede che "a decorrere dal 1° gennaio 2024: a) fino alla completa operatività del sistema, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti effettuano le verifiche di competenza sui dati e i documenti a comprova dei requisiti generali non disponibili nel FVOE ai sensi dell'articolo 40, comma 1 del decreto del Presidente della Repubblica n. 445 del 28/12/2000, con le modalità previste dall'articolo 71, comma 2, del medesimo decreto; b) fino alla completa operatività del sistema, i dati e i documenti a comprova dei requisiti di carattere tecnico-organizzativo ed economico-finanziario non disponibili nel FVOE

19. Per la descrizione della clausola di *stand-still* processuale, si veda l'art. 18, comma 4 del D. Lgs. n. 36/2023.

20. Art. 84, co. 2 del D. Lgs. 159/2011: "La comunicazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67".

21. Art. 84, co. 3 del D. Lgs. 159/2011: "L'informazione antimafia consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67, nonché, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 91, comma 6, nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicati nel comma 4".

22. Si osservi che la documentazione antimafia concorre alla ultimazione della fase di verifica dei requisiti, come chiarito da TAR Brescia, n. 149/2020: "Nella fattispecie, non vi sono atti che hanno dichiarato l'efficacia dell'aggiudicazione, né si sono concluse le verifiche cd. antimafia, tenuto conto che il loro esito positivo è preliminare e prodromico alla stipulazione del contratto. Di conseguenza, il termine per addivenire alla stipulazione non era spirato nel momento in cui la ricorrente ha manifestato la volontà di sciogliersi dal vincolo, perché i sessanta giorni previsti ex lege per la sottoscrizione del contratto decorrono dalla data dell'atto conclusivo del sub-procedimento di verifica dei requisiti prescritti (che presuppone l'espletamento positivo dei controlli antimafia)".

sono inseriti nel sistema dagli OE; c) fino alla completa operatività del sistema le stazioni appaltanti e gli enti concedenti trasmettono all'ANAC le informazioni utili alla dimostrazione dell'assenza delle cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 del codice dalle stesse accertate, ai fini dell'annotazione nel casellario informatico, con le modalità indicate nel Regolamento per il funzionamento del Casellario adottato dall'ANAC ai sensi dell'articolo 222, comma 10, del codice. d) fino alla completa interoperabilità del FVOE con il DGUE, i dati, le informazioni e i documenti da utilizzare a comprova dei requisiti di partecipazione, laddove necessario, sono indicati dall'OE con le modalità previste dal sistema".

Quei documenti attestanti la comprova dei requisiti di ordine generale che non trovano il loro naturale sfogo all'interno del FVOE, dunque, vengono acquisiti officiosamente ex art. 71 comma 2 del DPR n. 445/2000, a mente del quale *"i controlli riguardanti dichiarazioni sostitutive di certificazione sono effettuati dall'amministrazione procedente con le modalità di cui all'articolo 43 consultando direttamente gli archivi dell'amministrazione certificante ovvero richiedendo alla medesima, anche attraverso strumenti informatici o telematici, conferma scritta della corrispondenza di quanto dichiarato con le risultanze dei registri da questa custoditi".*

Con la conseguenza che eventuali ritardi da parte delle Amministrazioni pubbliche chiamate a riscontrare le richieste della committenza pubblica procedente, ridondano esclusivamente in danno di quest'ultima, cui sarà preclusa la possibilità di provvedere all'adozione dell'atto terminale della procedura di affidamento e, di riflesso, a provvedere alla sottoscrizione del relativo contratto.

Il che, in poche parole, vuol dire che le committenze pubbliche, prima di aggiudicare la commessa e di sottoscrivere per l'effetto il contratto, devono necessariamente attendere l'esitazione delle interrogazioni eseguite nei

confronti delle competente Amministrazioni pubbliche.

Il tutto, evidentemente, con non pochi rischi di dilatazioni temporali del procedimento il quale, però, deve sempre concludersi - mercé la configurazione, in danno della committenza pubblica, della situazione prevista dal comma 3 dell'art. 17 di inerzia non significativa e, dunque, di silenzio-inadempimento tutelabile nelle forme del ricorso sul silenzio ex artt. 31 e 117 cpa -, entro i termini indicati dall'allegato I.3 al D. Lgs. n. 36/2023.

Eppure, come si è detto, il primo obiettivo che il Legislatore si è prefissato è proprio quello di perseguire la c.d. amministrazione di risultato, positivizzando un principio già invalso (anche) *in subiecta materia* e che, per questa scelta, rischia di non essere conseguito per cause che non sono imputabili né alle committenze pubbliche né agli stessi operatori economici, entrambi legati a doppio filo da quel principio della fiducia che rappresenta una vera e propria clausola di condotta che orienta il comportamento delle parti pubbliche e private.

E non è un caso, in tal senso, che qualche committenza pubblica abbia interrogato proprio l'ANAC al fine di poter comprendere se e come concludere le avviate procedure di affidamento entro i termini previsti dal cennato allegato I.3, ipotizzando tra le soluzioni anche l'operatività del silenzio significativo ex articolo 17-*bis* della L. n. 241/90.

Con due distinte Deliberazioni²³, l'ANAC ha (quasi pleonasticamente) espresso il concetto secondo il quale non è possibile aggiudicare la commessa fintanto che non sia ultimata la fase di controllo sui requisiti dichiarati dal proposto aggiudicatario - così implicitamente affermando che è doveroso attendere anche l'esitazione delle richieste avanzate nei confronti delle Amministrazioni pubbliche detentrici di informazioni e documenti a comprova dei requisiti di ordine generale che non si rintracciano

23. La Delibera ANAC n. 57/2023 e la Delibera ANAC n. 57-bis/2023.

all'interno del FVOE -, e ribadito l'inapplicabilità dell'istituto del silenzio-assenso tra PP.AA., in aderenza di un principio già espresso *in subiecta materia* dalla giurisprudenza amministrativa²⁴.

Motivo per il quale, chiosa l'ANAC, l'ipotesi di inerzia dell'Amministrazione Pubblica interpellata dalla committenza pubblica individua quale unico risultato la stasi dell'iter procedimentale: *"la procedura rimane ferma e l'eventuale aggiudicazione non acquista efficacia fintanto che non perviene la documentazione richiesta che può essere comunque sollecitata"*

Vero è che, al fine di scongiurare tali (neanche tanto) eventuali epiloghi, l'art. 23, co. 8 del D. Lgs. n. 36/2023 stabilisce che *"l'omissione di informazioni richieste, il rifiuto o l'omissione di attività necessarie a garantire l'interoperabilità delle banche dati coinvolte nel ciclo di vita dei contratti pubblici costituisce violazione di obblighi di transizione digitale punibili ai sensi dell'articolo 18-bis del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005"*, ma la disposizione, considerata anche la portata delle Amministrazioni pubbliche (terze ma comunque) coinvolte nella attività di controllo da parte delle committenze pubbliche, non appare particolarmente persuasiva.

Nell'attesa della completa operatività del FVOE 2.0, la sfida che attende sarà quella di far coesistere le esigenze di celere affidamento della commessa e di consentire la conclusione dei procedimenti in conformità ai termini espressi dall'allegato I.3, con le esigenze proprie di quelle Amministrazioni pubbliche coinvolte, pur indirettamente, nel procedimento e che sono chiamate ad assistere, confermando ovvero disconoscendo la genuinità delle dichiarazioni rese in sede di gara dagli operatori economici, le committenze pubbliche.

24. Cfr. TAR Toscana, n. 516/2017: *"l'art. 20 della legge n. 241/1990 trova applicazione nei procedimenti per il rilascio di provvedimenti amministrativi, e non di certificazioni, qual è quella richiesta dall'art. 86 co. 2 lett. b) d.lgs. n. 50/2016"*.

L'accesso agli atti nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici, tra esigenze di trasparenza e tutela dei concorrenti: le criticità applicative

di Matteo Corbo, Irene Bonifaccio e Luigi Vacilotto

IL
PUN
TO

1. La *ratio* sottesa ad una specifica disciplina dell'accesso agli atti in materia di appalti pubblici

La materia dell'accesso agli atti è, fin dalla sua originaria codificazione nel contesto della legge n. 241 del 1990, una delle più spinose e complesse nell'ambito del panorama del diritto amministrativo; ciò, a maggior ragione, quando si tratta di accesso ai documenti che afferiscono alle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici. In tale contesto, infatti, risulta particolarmente complessa l'attività applicativa delle disposizioni esistenti da parte delle Stazioni appaltanti, alle quali è rimesso il difficile compito di bilanciare i confliggenti interessi di cui si dirà in seguito.

Utile alla comprensione - e di conseguenza, alla corretta applicazione pratica - delle disposizioni contenute nel Codice dei Contratti Pubblici è pertanto una preliminare digressione sulle *rationes* che informano la disciplina speciale in materia di accesso agli atti nei procedimenti ad evidenza pubblica.

Se infatti dal lato dell'accesso agli atti "generale" si è assistito nel tempo ad un progressivo allargamento delle maglie rispetto all'ostensibilità dei documenti amministrativi, prima con il D.Lgs. n. 33 del 2013 (in materia di accesso civico) e successivamente grazie al D.Lgs. n. 97 del 2016 (sul c.d. "accesso civico generalizzato"), nello specifico ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, tale ampliamento è stato estremamente più complesso.

Ciò, sulla base degli interessi sottostanti alla disciplina della particolare materia dei contratti pubblici.

Da un lato, infatti, è innegabile che la *ratio* sottesa alla normativa del settore di cui si tratta sia quella di garantire il corretto e oculato utilizzo delle risorse pubbliche, e quindi quella di prevenire i fenomeni corruttivi, data la particolare sensibilità ad eventi di tal fatta di un settore tanto cruciale (si stima che le commesse pubbliche rappresentino un valore pari al 16% del PIL dell'intera Unione Europea.)¹.



1. Fonte: Note tematiche sull'Unione Europea, voce "Contratti di Pubblico appalto", ove si sottolinea che "i contratti di appalto pubblico svolgono un ruolo fondamentale nelle economie degli Stati membri e contribuiscono per più del 16 % al PIL dell'UE".

È inoltre parimenti evidente come la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi relativi a procedure di gara si basi precipuamente sul vaglio giudiziale eseguito sulla valutazione comparativa effettuata dal soggetto aggiudicatore: da ciò deriva che, per garantire il pieno e concreto dispiegarsi del diritto di difesa, debba necessariamente essere reso conoscibile il contenuto delle offerte e delle dichiarazioni rese dagli operatori economici concorrenti.

In altri termini, solo attraverso la conoscibilità delle stesse si può dire garantito sia l'interesse pubblico alla corretta gestione delle finanze collettive, sia quello privato al regolare svolgimento delle operazioni di gara ed alla legittima aggiudicazione dei contratti pubblici.

Tuttavia, la partecipazione alle procedure di gara espone sensibilmente gli operatori al mercato, proprio attraverso le suddette offerte e dichiarazioni: è pertanto fondamentale che il legislatore ed i soggetti pubblici coinvolti nella procedura di affidamento garantiscano la riservatezza delle informazioni oggetto di *disclosure* nelle varie fasi in cui si articolano tali procedimenti.

Ciò, anche in considerazione del fatto che, come sottolineato dalla giurisprudenza², la partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica non implica una impropria accettazione del rischio di divulgazione di segreti industriali o commerciali. Principio, questo, enunciato alla luce della sempre maggior attenzione riservata alla tutela della concorrenza, la quale riveste un'importanza primaria a livello eurounitario e che potrebbe essere messa in pericolo qualora fossero resi pubblici i segreti industriali e commerciali di volta in volta comunicati da parte degli operatori economici per i fini della procedura concorrenziale a cui prendono parte. Le suddette, contrapposte necessità hanno

reso doveroso un adattamento alla materia dei contratti pubblici della disciplina in materia di accesso agli atti "generale".

Si esporranno di seguito, partendo da un breve *focus* della disciplina previgente, le modifiche apportate sul punto dal D.Lgs. n. 36 del 2023.

2. La disciplina in materia di accesso agli atti nella previgente formulazione del Codice dei Contratti pubblici

Una speciale disciplina dell'accesso agli atti era quella recata dal Codice dei Contratti Pubblici del 2016. In quel contesto, l'articolo 53 disponeva innanzitutto un rinvio al capo V della Legge 241/90, che regola l'accesso c.d. documentale.

Nessun riferimento si faceva, invece, alle norme in materia di accesso agli atti generalizzato, anche se è stata poi la giurisprudenza a chiarire l'applicabilità della norma di cui all'articolo 5, c. 2, D.Lgs. n. 33 del 2013 anche alla materia dei contratti pubblici³. Come si vedrà in seguito, questo orientamento è stato recepito nella redazione del nuovo Codice.

Alcuni dei tratti maggiormente salienti della previgente disciplina, oltre che quelli attorno ai quali si annidano le maggiori insidie interpretative ed applicative, sono quelli relativi al differimento dell'accesso e, soprattutto, alle esclusioni dal diritto di conoscere i contenuti delle offerte.

Relativamente al primo dei suddetti temi, la disciplina previgente prevedeva il differimento della comunicazione delle informazioni riguardanti i soggetti che avevano presentato offerte (nelle procedure di gara c.d. aperte) ed i soggetti che avevano manifestato interesse o richiesto l'invito (nelle procedure ristrette e negoziate), oltre che dei contenuti delle

2. Così Cons. Stato, sez. V, 07/01/2020, n. 64.

3. In questo senso si vedano TAR Lazio, Roma, sez. I, 26/02/2024, n. 3811; Cons. Stato, sez. V, 11/04/2022, n. 2670; sez. V, 03/08/2021, n. 5714.

offerte e degli eventuali procedimenti di verifica dell'anomalia.

Sul fronte delle esclusioni dal citato diritto all'accesso, l'elencazione offerta dall'allora vigente articolo 53 indicava da un lato varie tipologie di documenti riguardanti la Stazione Appaltante ed i soggetti che per essa operano (come i pareri legali acquisiti dalle medesime); dall'altro lato, *"le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima"*.

Quest'ultima causa di esclusione, come statuito dalla giurisprudenza, si riteneva (e si ritiene tuttora) superabile solo qualora l'istante avesse proposto ricorso avverso gli atti della procedura di gara o per conseguire il risarcimento dei danni, anche in via autonoma⁴.

È questo un primo, rilevante carattere di marcata differenza rispetto alla disciplina generale: nell'accesso agli atti disciplinato dalla l. 241/1990, infatti, ai fini della titolarità dell'interesse di tipo "defensionale", non si richiede la pendenza di un giudizio di impugnazione, bensì la sola prospettazione dell'interesse a tutelare gli interessi giuridici dell'istante, a prescindere financo dalla concreta proponibilità di un rimedio giurisdizionale.

Sul punto, occorre tuttavia evidenziare che l'esclusione dell'accesso agli atti di gara non opera sulla base della semplice asserzione della attinenza delle informazioni al proprio *"know how"*, bensì è necessario che il concorrente che pretenda l'oscuramento lo faccia con riferimento ad una informazione *"precisamente individuata, che sia suscettibile di sfruttamento economico"*⁵ da parte dei soggetti che richiedono l'accesso.

3. Le novità normative introdotte dal D. Lgs. n. 36 del 2023

Come anticipato, la disciplina del nuovo Codice ha profondamente innovato la materia dell'accesso agli atti di gara. Benché gli articoli di riferimento, oggi costituiti dal 35 e dal 36 del D. Lgs. n. 36/2023, ricalchino in buona parte l'art. 53 del Codice previgente, le innovazioni apportate hanno un impatto tutt'altro che trascurabile sull'attività degli operatori economici e dei soggetti committenti.

In diretto collegamento con la precisazione emersa dalla giurisprudenza amministrativa di cui si è poc'anzi dato conto⁶, si può innanzitutto evidenziare come il comma dedicato all'accesso "difensivo"⁷ abbia dato dignità normativa al principio secondo il quale gli atti sono accessibili solo se legati a finalità di tutela in giudizio degli interessi giuridici, definendoli ostensibili solo ad esito del superamento del vaglio di vera e propria indispensabilità *"per la predisposizione di determinate difese nell'ambito di uno specifico giudizio"*; indispensabilità, questa, la cui dimostrazione è comunque a carico del soggetto istante. Secondo la giurisprudenza⁸, inoltre, l'onere di analitica motivazione della *"stretta necessità per i fini della tutela degli interessi"* aumenta di intensità all'aumentare delle motivazioni prodotte in senso opposto, ossia al ribadire, da parte del concorrente controinteressato alla cui offerta l'istante vuole accedere, la contrarietà all'ostensione.

In altri termini, la decisione sull'ostensione potrà avere carattere positivo solo nel caso in cui, all'esito del bilanciamento tra interessi contrapposti, essa risulta indispensabile ai fini

4. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28/07/2016, n. 3431; TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, 22/11/2018, n. 11335.

5. Cfr. ex multis Cons. Stato, sez. V, 15/10/2024, n. 8258.

6. ibid 5

7. Si tratta dell'art. 35, comma 5, del D. Lgs. n. 36 del 2023.

8. Cfr. TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 07/10/2024, n. 1436, citando la relazione del Consiglio di Stato relativa ai commi 4 e 5 dell'art. 35, D. Lgs. n. 36 del 2023.

della difesa in giudizio degli interessi giuridici rappresentati del richiedente in relazione alla procedura di gara⁹.

Le novità maggiori, tuttavia, sono rinvenibili all'articolo 36, il cui comma 1 stabilisce che *"l'offerta dell'operatore economico risultato aggiudicatario, i verbali di gara e gli atti, i dati e le informazioni presupposti all'aggiudicazione sono resi disponibili, attraverso la piattaforma di approvvigionamento digitale di cui all'articolo 25 utilizzata dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, a tutti i candidati e offerenti non definitivamente esclusi contestualmente alla comunicazione digitale dell'aggiudicazione"*.

L'offerta risultata vincitrice diventa, quindi, immediatamente conoscibile agli altri concorrenti, naturalmente con il limite delle informazioni che la concorrente aveva chiesto, in fase di offerta, venissero oscurate, come si evince dalla lettura combinata dell'art. 35, comma 4, lett. a) e dell'art. 36, comma 3.

Inoltre, ai sensi del comma 2, *"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"*.

In queste ipotesi di ostensione immediata e "senza istanza" si può riconoscere il carattere fortemente innovativo della disciplina in analisi. I contenuti delle offerte diventano infatti - grazie anche alla digitalizzazione del ciclo di vita del contratto introdotto dal nuovo Codice - immediatamente noti agli operatori economici, ponendo soprattutto i primi cinque classificati nella posizione di conoscere rapidamente le informazioni ivi contenute.

Molteplici sono le finalità di una regolamentazione di tal fatta: si accavallano, infatti, l'interesse pubblico alla massima trasparenza delle operazioni di gara, che conferisce credibilità

all'azione della Stazione appaltante, anche e soprattutto nell'ottica della prevenzione della corruzione, e l'interesse privato a poter rapidamente valutare la legittimità della scelta operata dall'ente appaltante, anche ai fini dell'eventuale scelta di impugnare gli atti di gara.

Se da un lato emerge, per le ragioni appena esposte, la coerenza delle scelte legislative, dall'altro lato è parimenti lampante come sia rimesso all'Ente appaltante il gravoso compito di valutare quali siano le informazioni da oscurare per le ragioni sopra esposte. Si tratta senz'altro di un'attività nuova - perlomeno a livello di modalità esplicative - che può vedere contrapposti gli interessi dei concorrenti con le scelte delle Stazioni appaltanti. Risulta pertanto essenziale una definizione sufficientemente chiara di cosa sia l'informazione costituente segreto tecnico o commerciale, a maggior ragione data l'ampiezza di una tale dicitura legislativa. Copiosa è stata la giurisprudenza, anche europea, che sul punto si è espressa, anche nella vigenza del vecchio Codice.

4. La giurisprudenza nazionale ed europea

Come si è poc'anzi detto, il ruolo delle pronunce giudiziarie gioca, in questo campo, un ruolo essenziale. Solo la concreta precisazione dei limiti e dei contorni del concetto di "segreto tecnico o industriale" può essere utile alle Stazioni appaltanti in fase di decisione sulle istanze di oscuramento, come di accesso.

Sul punto, il Consiglio di Stato ha affermato che *"il segreto tecnico o commerciale deve identificarsi in quegli elementi di elevato contenuto tecnico e/o specialistico che identificano il cuore del know how della società e che consentono a quest'ultima di distinguersi dagli altri operatori del settore, la cui divulgazione arrecherebbe un irrimediabile pregiudizio alla società stessa"*¹⁰.

9. In questo senso, ex multis, TAR Campania, Napoli, sez. I, 04/10/2024, n. 5215

10. Così Cons. Stato, sez. V, 22/07/2022, n. 6448.

Si tratta, mutuando le espressioni di altra, precedente giurisprudenza, dell'insieme *"del saper fare" e delle competenze ed esperienze, originali e tendenzialmente riservate, maturate ed acquisite nell'esercizio professionale dell'attività industriale e commerciale e che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell'impresa nel mercato aperto alla concorrenza*¹¹.

Ulteriormente chiarificatrice appare essere la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, all'esito di un rinvio pregiudiziale operato da una corte polacca, nel definire i contorni del novero delle informazioni riservate, e pertanto non divulgabili nemmeno di fronte alle esigenze difensive (se non legate a queste da un vincolo di assoluta indispensabilità), ha ritenuto di ricomprendere tutte quelle la cui *"pubblicazione può (...) essere idonea a falsare la concorrenza, in particolare riducendo la capacità dell'operatore economico interessato di distinguersi attraverso la medesima concezione e la medesima descrizione in occasione di future procedure di aggiudicazione di appalti pubblici"*¹².

5. Conclusioni. La decisione di oscuramento da parte della Stazione Appaltante

In conclusione, sulla base di quanto sopra, emerge come il quadro normativo attualmente vigente ponga in carico agli operatori delle Stazioni appaltanti un onere dal peso maggiore rispetto a quello, già gravoso, che compete loro alla luce della disciplina del Codice previgente.

Se, difatti, prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti, la funzione della stazione appaltante risultava solo *"reattiva"* rispetto all'eventuale richiesta di accesso agli atti (come successive a tale richiesta si appalesavano

anche le valutazioni in merito all'oscuramento delle offerte prodotte dai partecipanti), con l'avvento del D. Lgs. n. 36 del 2023 tale funzione dell'Amministrazione ha assunto una connotazione *"preventiva"*. La P.A., infatti, è ora sempre tenuta a valutare le dichiarazioni motivate dei concorrenti in merito alla necessità di oscurare parti delle proprie offerte, richieste che, ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. a), perverranno unitamente alle offerte stesse. Data l'immediata ostensibilità delle offerte, sarà dunque necessaria una ponderata azione dei Responsabili del Progetto, volta a garantire quel bilanciamento tra tutela, da un lato, del segreto industriale e commerciale, e dall'altro dell'interesse pubblico alla trasparenza degli appalti pubblici, nonché dell'interesse privato alla tutela giurisdizionale vantabile astrattamente da tutti i concorrenti, atteso peraltro che *"in mancanza di informazioni sufficienti che gli consentano di verificare se la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice relativa all'aggiudicazione dell'appalto sia viziata da eventuali errori o illegittimità, un offerente (...) non avrà la possibilità, in pratica, di avvalersi del suo diritto a un ricorso efficace"*¹³.

Non è da escludere, infatti, un utilizzo strumentale della dichiarazione di inostensibilità da parte dei concorrenti, che potrebbero provare a giovare della disciplina di cui all'art. 36, comma 5, a norma del quale *"nel caso in cui la stazione appaltante o l'ente concedente ritenga insussistenti le ragioni di segretezza indicate dall'offerente ai sensi dell'articolo 35, comma 4, lettera a), l'ostensione delle parti dell'offerta di cui è stato richiesto l'oscuramento non è consentita prima del decorso del termine di impugnazione delle decisioni di cui al comma 4"*. Motivo in più per auspicare l'effettuazione, da parte dei funzionari della P.A. interessata, di un'approfondita valutazione delle richieste di oscuramento avanzate dai concorrenti, che tenga conto dei principi e della *ratio* generale di questa materia.

11. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 07/01/2020, n. 64; Cons. Stato, sez. V, 01/07/2020, n. 4220.

12. CGUE, 17 novembre 2022, causa C-54/21, Antea Polska e a.

13. Ibid., 12.

Provvedimento di mancata aggiudicazione dell'affidamento di un servizio pubblico. Necessaria una adeguata motivazione.

di Andrea Magagnoli

IL
PUN
TO

Premessa - La questione pratica e la sua risoluzione da parte del Consiglio di Stato con la sentenza n. 7456 depositata il giorno 6 settembre 2024.

La sentenza che si intende proporre all'attenzione del lettore presenta una certa complessità ed importanza in quanto individua tre principi di diritto applicabili alla delicata questione dei casi di non aggiudicazione della concessione di un servizio pubblico da parte di una stazione appaltante.

Il primo di essi ha riguardo al contenuto materiale del provvedimento di non aggiudicazione sotto l'aspetto della sua motivazione, il secondo invece ha riguardo alla pubblicazione delle condizioni di esercizio del potere di non aggiudicazione riconosciuto alla stazione appaltante, il terzo ed ultimo invece riguarda aspetti più strettamente processuali inerenti

la natura del potere riconosciuto alla stazione appaltante di pronunciare la non aggiudicazione ed agli eventuali rimedi giudiziari esperibili da parte di coloro che in qualche modo siano stati lesi da tale provvedimento.

Si tratta di tre principi di diritto destinati ad assolvere all'interno del sistema giudiziario una grande importanza. Infatti, anche se non possiamo dimenticare la mancanza nell'ordinamento italiano del principio del precedente giudiziario vincolante tuttavia, dall'autorevolezza dell'organo dal quale essi promanano, non potrà che derivare una loro funzione di criteri guida per i futuri casi giudiziari che riguardino le medesime fattispecie.

Il loro contenuto, in sintesi, come abbiamo detto riguarda un aspetto del rapporto che si realizza tra la stazione appaltante ed il soggetto concorrente nel corso di una procedura ad evidenza pubblica.

Vediamone in ogni caso più analiticamente gli aspetti attraverso la loro sintesi:

1. Il provvedimento che decide per la non aggiudicazione di un servizio pubblico deve contenere una motivazione piuttosto articolata. Essa, infatti, deve dare conto delle ragioni che costituiscono il fondamento della decisione che necessariamente dovranno presentare la natura di ragioni di tipo economico ovvero tecnico.
2. Il provvedimento di non aggiudicazione emesso da una stazione appaltante deve basarsi sulla facoltà prevista dall' art. 95 comma 12 del d.lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) tuttavia della presenza di tale facoltà deve essere data comunicazione ai potenziali destinatari tramite una specifica dicitura che dovrà essere contenuto nel testo del bando di gara ovvero nella lettera di invito.
3. La decisione di non aggiudicazione non costituisce manifestazione del potere di autotutela di cui sono dotate le amministrazioni bensì espressione di un'attività caratterizzata da un ampio margine di discrezionalità. Da ciò conseguono importanti conseguenze pratiche in ordine alla tutela giurisdizionale in quanto il potere del giudice amministrativo si presenta in tali casi come piuttosto limitato, esso infatti potrà avere ad oggetto solo due ambiti del provvedimento di non aggiudicazione che potrà essere valutato sotto l'aspetto della sua ragionevolezza ovvero sotto l'aspetto della logica della sua motivazione.

Circa la natura dei principi di diritto espressi da parte dei giudici del Consiglio di Stato con la sentenza qui in commento è possibile compiere alcune considerazioni preliminari.

Si tratta di principi che in un certo senso cercano di mediare tra le opposte esigenze espresse da una parte dall'ente che assume la veste della stazione appaltante e dall'altra dal soggetto che concorre all'aggiudicazione.

Infatti, osservandone il contenuto si nota facilmente come l'obbligo di adeguata

motivazione e quello della pubblicazione in capo alla stazione appaltante del potere di non aggiudicazione nel caso in cui ricorrano determinati presupposti tutelano la posizione del concorrente nella gara, garantendogli una più compiuta tutela del suo diritto di difesa. Al contrario, la limitazione dei poteri del giudice amministrativo nei confronti del provvedimento tramite il quale la stazione appaltante decide la non assegnazione costituisce un principio che si pone senza ombra di dubbio a tutela della posizione dell'ente che ha emesso il provvedimento.

1. Il caso concreto

Per potere cogliere in maniera più approfondita le ragioni che hanno portato i giudici del Consiglio di Stato ad elaborare la motivazione della sentenza qui in commento è necessario dapprima esaminare la situazione concreta che ha dato origine al procedimento ed alla decisione qui in commento.

Il fatto storico che costituisce la base della procedura giudiziaria è costituito dall'emissione di una determinazione da parte della stazione appaltante tramite la quale veniva disposta la non aggiudicazione dell'affidamento della concessione di un servizio pubblico al concorrente ad una gara.

La decisione emessa da parte dei funzionari della Stazione appaltante trovava la propria ragione di essere nell'esiguità dell'offerta economica presentata da parte del concorrente il cui importo era di poco superiore a quello previsto come base d'asta.

L'impresa concorrente a seguito del provvedimento di non aggiudicazione ritenendosi danneggiata da una decisione illegittima reputata come lesiva dei propri diritti, dava corso ad un'azione giudiziaria al fine di ottenere l'annullamento del provvedimento emesso da parte della stazione appaltante.

Deduceva nella propria tesi difensiva, l'evidente difetto di ragionevolezza che caratterizzava la decisione di non aggiudicazione dell'affidamento

che manifestava altresì una evidente carenza anche sotto l'aspetto del suo contenuto in quanto la motivazione che la corredeva era del tutto illogica in quanto non rispondente ai canoni previsti dalla normativa per la sua redazione.

Da ultimo la tesi difensiva rappresentava a sostegno delle proprie ragioni la mancanza di altri concorrenti alla gara, circostanza che avrebbe dovuto portare ad una valutazione di maggiore favore dell'unica offerta effettivamente presentata.

Il giudice amministrativo di primo grado prendeva una posizione favorevole alla stazione appaltante qualificando la sua decisione come legittima e rigettava il ricorso del concorrente escluso.

Alla base della loro decisione i componenti del Tribunale Amministrativo adito ponevano due ordini di motivazioni ricavate dai principi contenuti nella normativa vigente in materia di appalti pubblici.

Dall'esame della legislazione vigente nel settore, infatti, potevano essere ricavati due precisi dati fondamentali di per sé idonei a risolvere a favore della stazione appaltante la questione portata al loro esame da parte del concorrente escluso.

La delibera di non aggiudicazione, osservano i giudici amministrativi, trova un sicuro sostegno normativo all'interno della legislazione vigente nel contenuto dell'art. 95 comma 12 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei contratti pubblici). Tale disposizione con l'evidente fine di tutelare l'interesse pubblico disciplina l'esercizio di un potere specifico da parte della Stazione appaltante operante, tuttavia, nei soli casi di scarsa convenienza dell'offerta o della sua inidoneità tecnica.

Inoltre, prosegue la motivazione della sentenza, ad ulteriore sostegno della posizione della stazione appaltante gioca una diversa considerazione basata in questo caso sulla natura del potere di non aggiudicazione. Si tratta di una facoltà che rappresenta l'esercizio di un potere caratterizzato da un ampio margine di discrezionalità come tale sindacabile

solo entro margini molto ridotti da parte del giudice amministrativo. Il procedimento faceva ulteriore corso innanzi ai giudici amministrativi di secondo grado. Anche innanzi al Consiglio di Stato venivano rappresentate le medesime motivazioni difensive dedotte nel corso del giudizio innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale. Il procedimento dopo la sua discussione portava all'emissione della sentenza n. 7456/ 2024.

Vediamo ora i tre importanti principi di diritto individuati e contenuti nella motivazione della sentenza.

2. Provvedimento di non aggiudicazione possibile nel solo caso di ragioni economiche o tecniche

La prima delle questioni risolte da parte dei giudici del Consiglio di Stato ha ad oggetto il contenuto della motivazione di un provvedimento di non aggiudicazione. La parte motivazionale del provvedimento di non aggiudicazione costituisce una parte molto rilevante dell'atto tramite il quale la stazione appaltante decide di non procedere alla aggiudicazione.

La sua redazione dovrà seguire caratteristiche particolari individuate nella normativa vigente. Le fonti normative in particolare sono contenute nelle disposizioni previste in via generale per tutti i provvedimenti amministrativi, che vengono integrate da quelle previste invece in forma specifica per i provvedimenti emessi dalle stazioni appaltanti nel corso delle procedure ad evidenza pubblica.

Cominciamo l'analisi della motivazione con una considerazione circa la natura del provvedimento tramite il quale una stazione appaltante decida di rifiutare l'aggiudicazione di una concessione.

Si tratta di un provvedimento che determina una riduzione perlomeno potenziale dei diritti del soggetto che ha partecipato alla procedura e che abbia presentato la richiesta di affidamento della concessione del servizio pubblico.

La stazione appaltante nel caso in cui assuma la natura di soggetto pubblico agirà attraverso

atti che presentano una denominazione di tipo diverso, quale ad esempio quella di delibera o di determinazione ma che manifestano la medesima natura giuridica, che determina ben precise conseguenze in ordine alle caratteristiche del loro contenuto all'interno del quale rientra anche la motivazione.

La delibera di non aggiudicazione, infatti, indipendentemente dalla sua denominazione formale, nel caso in cui la funzione di stazione appaltante venga assunta da un soggetto, che presenti una natura pubblica potrà senza ombra di dubbio essere qualificata quale provvedimento amministrativo.

Si tratta di un atto dotato di una particolare caratteristica che lo contraddistingue dagli altri. Il provvedimento amministrativo, infatti, può modificare le situazioni giuridiche dei soggetti terzi destinatari dell'azione dell'amministrazione anche senza il loro consenso. Siamo in presenza di una caratteristica di grande importanza e che comporta effetti di non poco conto in quanto il provvedimento che costituisce esercizio del potere di non aggiudicazione si manifesta all'esterno tramite un atto di per sé idoneo ad assumere efficacia nei confronti dei suoi destinatari anche in assenza di un loro consenso.

Alla delibera di non aggiudicazione data la sua indiscutibile natura di provvedimento amministrativo dovranno pertanto essere applicate tutte le disposizioni contenute nell'ordinamento poste a tutela di coloro che entrino in contatto con l'amministrazione e che subiscano gli effetti dei suoi provvedimenti.

Concentriamo la nostra attenzione sulle disposizioni di carattere generale ed in particolare sul contenuto della legge 7 agosto 1990 n. 241 intitolata: "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e diritto di accesso". Si tratta di una vera e propria legge quadro che prevede una serie di forme di tutela per coloro che entrano in contatto con le amministrazioni. Tra di esse rientrano anche quelle inerenti alle modalità di redazione della motivazione del provvedimento. L'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi assume un carattere generale attraverso

l'articolo 3 della legge 7 agosto 1990 n. 241. L'onere di corredare il provvedimento di una motivazione adeguata è comunque applicabile in assenza di espresse esclusioni a tutti i provvedimenti amministrativi. Alle delibere di non aggiudicazione sarà pertanto applicabile il generale obbligo di motivazione previsto per tutti i provvedimenti amministrativi che verrà inoltre integrato con quello indicato dalla normativa in materia di contrattazione pubblica. L'art. 95 comma 12 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 testualmente dispone: "Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere alla aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente od idonea in relazione all'oggetto del contratto."

Dall'esame del contenuto della disposizione possono essere tratte due conclusioni. La prima è quella costituita dalla titolarità da parte della stazione appaltante di un potere di non procedere alla aggiudicazione, la seconda invece riguarda le modalità ed i casi in cui sia consentito l'esercizio di tale potere. Il suo esercizio, infatti, in base a quanto espressamente previsto dal comma 1 della disposizione di cui sopra sarà possibile solo nel caso in cui si realizzi una delle due casistiche previste dalla disposizione.

Si tratta di due ipotesi entrambe dirette a garantire l'interesse pubblico presente nel caso concreto che sicuramente non potrebbe essere perseguito nel caso di offerte non convenienti ovvero carenti dei requisiti tecnici necessari in modo tale da non essere in grado di soddisfare le esigenze della stazione appaltante. Da tali requisiti del potere di non procedere alla aggiudicazione deriva che un atto appartenente a tale categoria per potere essere considerato come legittimo dovrà essere esercitato secondo le condizioni previste nella normativa vigente.

La presenza di condizioni di scarsa convenienza ovvero della mancanza di requisiti di carattere tecnico è in ogni caso obbligatoria ed in loro assenza, il provvedimento non potrà essere considerato come legittimo la loro presenza dovrà essere verificata caso per caso. L'accertamento di tali requisiti per potere essere accertata dovrà essere descritta nel contenuto del provvedimento di non aggiudicazione. In

particolare, le ragioni per cui si sia ritenuto di non procedere alla aggiudicazione dovranno essere descritte nel contenuto della motivazione che dovrà illustrare le ragioni economiche o tecniche che hanno costituito il fondamento della non aggiudicazione.

L'art. 95 comma 12 del d.lgs. 50/2016 non contiene in ogni caso ulteriori specificazioni. Pertanto, in considerazione dell'assenza di espressi elementi nel testo della disposizione le ragioni che possono determinare la non aggiudicazione potranno assumere le forme più diverse purché riguardino in ogni caso la convenienza dell'offerta ovvero la sua adeguatezza alle esigenze della stazione appaltante, potranno essere ritenute valide motivazioni quali l'eccessivo prezzo contenuto nell'offerta ovvero la scarsa qualità della prestazione offerta. Sempre dall'esame del contenuto dell'art. 95 comma 12 del d.lgs. 50/2016 emerge un ulteriore dato inequivocabile che consente di compiere una ulteriore precisazione circa il contenuto della motivazione che deve corredare il provvedimento di non aggiudicazione. Tale elemento può essere ricavato dai termini impiegati nella disposizione che utilizza, in relazione al termine offerta, l'impiego della locuzione "Non conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto" per definire le situazioni che consentano alla stazione appaltante di procedere alla non aggiudicazione.

Si tratta di due motivazioni distinte che fanno riferimento a situazioni di fatto di tipo del tutto eterogeneo esse, tuttavia, vengono impiegate in forma alternativa. Dall'utilizzo di tale forma lessicale emerge la possibilità che le motivazioni di fatto e diritto poste alla base della delibera di non aggiudicazione possano appartenere ad una sola delle due categorie individuate nella normativa non è necessario, infatti, al fine di consentire l'esercizio che la situazione di fatto che ha costituito il presupposto per l'emanazione del provvedimento di non aggiudicazione presenti problematiche di tipo tecnico ed economico in maniera contestuale.

In sintesi, per riassumere quanto sino ora esposto si possono trarre le seguenti conclusioni circa il contenuto della motivazione di un

provvedimento di non aggiudicazione emesso da parte di una stazione appaltante.

Esso, infatti, per potere essere considerato legittimo e conforme ai canoni previsti dalla normativa vigente deve contenere contemporaneamente i due seguenti elementi:

1. Presenza di una motivazione che indichi le ragioni di fatto e diritto sulle quali esso si fonda,
2. Appartenenza degli elementi di fatto e diritto che hanno determinato la non aggiudicazione a ragioni di tipo economico ovvero tecnico.

3. Le ragioni della decisione di non aggiudicazione e la loro espressa previsione nel contenuto del bando ovvero nella lettera di invito

Passiamo ora all'esame del secondo dei principi individuati nel contenuto della motivazione della sentenza emessa da parte del Consiglio di Stato. Esso, parimenti al precedente, ha la funzione di tutelare il concorrente in una gara pubblica.

La garanzia per il contraente costituisce la ragione anche del secondo dei principi di diritto contenuti nella motivazione della sentenza qui in commento, tuttavia, differisce dal primo in relazione all'aspetto specifico ed all'ambito particolare in cui esso è destinato ad operare.

Tale diversità la si coglie sulla base di una considerazione apposita, infatti, se il primo dei principi di diritto ha ad oggetto l'ambito specifico della motivazione del provvedimento, il secondo, come invece vedremo, ha ad oggetto le modalità concrete dell'esercizio della facoltà di non procedere alla aggiudicazione.

Pertanto, nel caso del primo dei principi di diritto ci si trova in presenza di un enunciato riguardante un fase avanzata della procedura che già aveva visto l'emissione di un provvedimento, mentre nel secondo caso ci si trova dinanzi ad un principio che riguarda la fase precedente all'emissione del provvedimento di non aggiudicazione. Ma vediamo quali sono gli aspetti del secondo principio.

Il ragionamento seguito da parte dei giudici del Consiglio di Stato trae le proprie mosse da una constatazione derivante dalla lettura della normativa vigente basata sul contenuto del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 (codice dei contratti pubblici) ci si riferisce a quanto previsto dall'art 95 comma 12 che testualmente dispone: "Le Stazioni appaltanti possono decidere di non procedere alla aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente od idonea in relazione all'oggetto del contratto. Tale facoltà è indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera di invito."

La facoltà di non procedere alla aggiudicazione, osservano i giudici del Consiglio di Stato, è espressamente prevista dalla normativa, tuttavia, al fine di poterne beneficiare la stazione appaltante dovrà eseguire lo specifico adempimento previsto dalla legislazione.

Della presenza della facoltà di non procedere alla aggiudicazione, infatti, deve essere espressamente fatta menzione all'interno di uno dei due documenti indicati dalla norma. La facoltà, infatti, dovrà essere espressamente indicata nel contenuto del bando di concorso ovvero nella lettera di invito. Il loro contenuto garantirà al soggetto che viene a contatto con la stazione appaltante nel corso di una gara un diritto all'informazione anche se di contenuto sommario del contenuto effettivo dei poteri della parte pubblica. Passiamo ora all'esame delle conseguenze dell'inosservanza del predetto onere. Come abbiamo visto l'obbligo di pubblicità trae origine da una previsione legislativa, pertanto, assume senza ombra di dubbio un carattere vincolante per la stazione appaltante che dovrà in ogni caso ottemperarvi. Nel caso di una sua violazione è previsto per i soggetti che si ritengono lesi il diritto di potere adire all'autorità giudiziaria.

Una volta accertato che la stazione appaltante non ha dato corso a quanto previsto dalla normativa l'intera procedura non potrà che essere considerata invalida in assenza dei requisiti previsti dalla normativa per la sua esecuzione. Agli effetti che si producono sul piano più strettamente amministrativo potranno accompagnarsi anche conseguenze di tipo

risarcitorio a favore del potenziale concorrente che si è visto escludere da una procedura sulla base dell'esercizio di un potere il cui esercizio non era consentito nel caso concreto in assenza della forme prescritte dalla normativa vigente.

4. La tutela giurisdizionale nei confronti del provvedimento di non aggiudicazione

Il terzo ed ultimo dei principi individuati nel contenuto della motivazione della sentenza qui in commento riguarda gli aspetti più strettamente procedurali ed in particolare quelli del contenuto del controllo giurisdizionale al quale è sottoposta la stazione appaltante che decida di non procedere ad una aggiudicazione.

Si tratta, come abbiamo visto, di un provvedimento amministrativo che trae il proprio fondamento in un'espressa disposizione normativa.

Il ragionamento dei giudici amministrativi trae le proprie mosse dalla natura di tale potere che condiziona anche le modalità del controllo giurisdizionale. Si tratta di un potere che si estrinseca in una attività ben distinta da quella esercitata dall'amministrazione in sede di esercizio del potere di autotutela.

L'ordinamento, infatti, in ragione della necessità di garantire in maniera più efficace l'interesse pubblico consente all'amministrazione sulla base di una rinnovata valutazione delle esigenze pubbliche presenti nel caso concreto di procedere all'annullamento di un proprio atto precedentemente posto in essere.

Si tratta di un potere ben diverso da quello esercitato dalla stazione appaltante nel caso in cui essa deliberi la non aggiudicazione dell'affidamento di un servizio pubblico tale potere infatti non può essere qualificato quale forma di autotutela in quanto a differenza dei provvedimenti che costituiscono manifestazione del potere di autotutela non agisce su di un provvedimento già in essere, bensì su di una situazione in fieri in quanto priva il concorrente di potere assumere la qualità di parte in un

contratto con la stazione appaltante in modo da potere divenire titolare di veri e propri diritti nei confronti di quest'ultima. Chiarito tale presupposto, i giudici amministrativi compiono alcune precisazioni, il potere previsto dall'art 95 comma 12 del d.lgs. 50 2016 si estrinseca in una attività caratterizzata da un elevato grado di discrezionalità.

Alla stazione appaltante, infatti, è lasciata la competenza di effettuare la valutazione delle proprie esigenze e dell'interesse pubblico presenti nel caso concreto. Tale definizione e collocazione del potere di provvedere alla non aggiudicazione determina un effetto di non poco conto sugli aspetti relativi alla eventuale fase giurisdizionale conseguente ad un ricorso della parte interessata nei confronti del provvedimento di non aggiudicazione.

Il ricorso al giudice amministrativo, infatti, non potrà che assumere un aspetto piuttosto limitato. Compete, infatti, al giudice amministrativo una valutazione limitata del provvedimento di non aggiudicazione a due soli aspetti dell'atto.

Esso, infatti, potrà essere oggetto di giudizio sotto gli aspetti della ragionevolezza e della logicità della sua motivazione. Tale facoltà sia pure piuttosto limitata in ragione della natura del potere attribuito dalla normativa appaltante deve in ogni caso essere garantita al giudice amministrativo al fine di evitare eventuali aspetti di arbitrarietà nel provvedimento emesso da parte della stazione appaltante.

In materia di clausole di revisione dei prezzi: tra clausole 'tautologiche', (nuovi) obblighi normativi e questioni di giurisdizione

di Antonio Ragazzo

IL
PUN
TO

Introduzione

Il D. Lgs. n. 50/2016 – ancora in vigore per i procedimenti in corso, stante il disposto di cui all'art. 226, co. 2 del D. Lgs. n. 36/2023 – prevede una disciplina peculiare in punto di modifiche contrattuali.

L'art. 106, in particolare, individua una articolata elencazione di casi tipici in cui, al verificarsi di certi presupposti – tutti diversi a seconda della particolare tipologia concreta considerata – è consentita la modifica delle condizioni contrattuali convenute.

Lo stesso è a dire per la disposizione prevista all'art. 120 del D. Lgs. 36/2023, che pur innovando in taluni punti – coerenti con le novità introdotte dal 'Nuovo Codice', nei suoi tratti essenziali propone la medesima impostazione. Limitata in questa sede l'analisi alle modifiche relative al valore monetario delle prestazioni dedotte in contratto che, come vedremo, nel D.Lgs. 36/2023 si arricchiscono pure

di un ulteriore elemento di complessità ai sensi dell'art. 60, la lettura attenta delle due disposizioni ne restituisce anche la intima *ratio* ispiratrice: il tentativo, ad opera del Legislatore, di ridurre al minimo, e solo ai casi assimilabili a quelli legalmente previsti, la possibilità di ricorrere a modifiche contrattuali che, altrimenti, ed almeno in taluni casi, potrebbero alterare la logica stessa della evidenza pubblica.

Almeno, si intende, in quei casi in cui sia possibile immaginare che le stesse modifiche finiscano per configurare una surrettizia modalità – 'abusiva' – di aggiramento delle condizioni offerte durante la fase di scelta del contraente.

Non avrebbe alcun senso, invero, operare secondo le disposizioni del Codice, al fine dichiarato di selezionare la migliore offerta possibile, se poi le stesse condizioni (economicamente vantaggiose, ma in ipotesi difficilmente meno sostenibili) possono essere oggetto senza limiti di nuova 'trattativa negoziale' con la Stazione Appaltante.

1. Il meccanismo revisionale di cui all' art. 106, co. 1, lett. a) e lett. c) del D.Lgs. 50/2016 e quello previsto all' art. 120, co. 1, lett. a) e lett. c) del D.Lgs. 36/2023.

Le modifiche alle condizioni economiche d'appalto più significative, cui si accennava, vengono disciplinate, con riferimento alla (oramai) 'vecchia disciplina', all'art. 106, co. 1, lett. a) del D. Lgs. n. 50/2016, là dove si legge che le stesse sono certamente ammesse "se [...], a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi."

Dette clausole, per espressa previsione normativa "fissano la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti", e "non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto".

Esse vengono autorizzate dal RUP secondo le modalità proprie della stazione appaltante cui egli afferisce, in linea con l'idea di massima che il Responsabile Unico del Procedimento resta il *dominus* indiscusso dell'intera procedura di gara. Anche, e forse meglio dire soprattutto, in un momento tanto delicato quanto quello relativo alla modifica dei prezzi praticati per la remunerazione delle prestazioni eseguite (o da eseguire).

La stessa giurisprudenza amministrativa¹, di recente, ha avuto modo di chiarire come la disciplina puntuale prevista alla lettera a) del primo comma dell'art. 106 non vada confusa con quella – ben diversa – prevista alla lettera c) della stessa disposizione e valevole, invece, per i casi di "modifich[e] [...] determinat[e]

da circostanze impreviste ed imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice" alla concorrente condizione che, anche in questo caso, la modifica "non alter[i] [comunque] la natura generale del contratto".

Difatti, in risposta alle censure di parte ricorrente, orientate nel senso di affermare che lo stesso art. 106, comma 1, lett. c) "ammett[a] comunque la variazione del contratto (anche nell'elemento prezzo) ove questa sia determinata [dalle circostanze appena menzionate]", il giudice ha chiaramente statuito², che mentre la lettera a) prende in esame e disciplina le "variazioni dei prezzi e dei costi standard" – come nel caso oggetto di analisi, relativo al diniego opposto dalla Stazione Appaltante di revisione – la diversa lettera c) fa testuale ed espresso riferimento alle diverse "modifiche dell'oggetto del contratto" che si correlano alle "varianti in corso d'opera" e che "riguardano l'oggetto del contratto", tanto sul versante dei lavori da eseguire che, con riferimento alla erogazione di servizi e di forniture, alle prestazioni da rendere.

Pertanto, in maniera chiara, si è affermato che "le modifiche dell'oggetto del contratto sul versante del corrispettivo che l'appaltatore va a trarre dall'esecuzione del contratto vanno [...] sussunte nell'ambito della fattispecie di cui alla lettera a), che disciplina gli aspetti economici del contratto [...] [senza che si possa ricorrere all'altra fattispecie prevista alla lettera c) avente ad oggetto i casi di varianti] in corso d'opera".

A nulla rileva, allora, in questa prospettiva, quell'argomentazione in forza della quale – forzando il dato testuale della disposizione – tenuto conto dell'ampio spettro semantico del disposto previsto alla lett. c), voglia inferirsi la conclusione che "a prescindere da ogni previsione specifica in tema di revisione prezzi, una circostanza imprevista ed imprevedibile, [...] giustifica [sempre] una variazione dei

1. T.A.R. Campania, Sez. III, 12.09.2024, n. 4927.

2. Riprendendo argomentazioni già spese in altra pronuncia del Consiglio di Stato (cfr. Cons. St., Sez. IV, 31.10.2022, n. 9426)

prezzi contrattuali, nell'ottica di rideterminare l'equilibrio tra le prestazioni".

Le osservazioni *in parte qua* svolte valgono certamente anche per la nuova disciplina del recente D. Lgs. 36/2023, contenuta al già ricordato art. 120, pur se con un'importante novità.

Difatti, se da un lato risulta confermata l'impostazione che prevede alla lett. a) e, poi, alla lett. c), due diverse ipotesi di modifica contrattuale alla concorrente condizione che "le modifiche, la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa possano ritenersi inalterate"; dall'altro, assume rilievo la circostanza che la disposizione in parola apre con un chiaro riferimento – "[f]ermo quanto previsto dall'art. 60" – ad altra norma del D. Lgs. e che, per l'effetto, nel regolare i casi di cui alla lett. a) non faccia più espressamente rimando (in questa sede, come invece per il D. Lgs. 50/2016) a clausole "di revisione dei prezzi".

Per vero, si fa riferimento, nella nuova trama normativa, ad altre clausole che, pur se "chiare, precise e inequivocabili", possono al più consistere in diverse "clausole di opzione".

La novità è del resto inevitabile: essa risente della scelta operata dal Legislatore del D. Lgs. 36/2023 – di cui pure si dirà nel prossimo paragrafo – di prevedere all'art. 60 un obbligo normativo, consistente proprio nell'inserimento, generale ed avulso dalla particolare disciplina delle modifiche contrattuali, di apposite "clausole di revisione prezzi" nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento, per far fronte – *in ogni caso*, alle condizioni previste dalla disposizione – a particolari mutamenti da cui derivi una variazione del costo delle prestazioni da rendere.

Con tale scelta, infatti, il Legislatore ha inteso concepire un meccanismo tale che, per quanto attiene almeno alla modifica quantitativa dei prezzi praticati per la commessa, la loro revisione opera obbligatoriamente e senza margini di apprezzamento dell'Amministrazione, se l'evenienza in concreto considerata coincide

con quella legalmente prevista: si differenzia il modello rispetto a quello precedente, e la decisione di ricorrere ad eventuali clausole di revisione prezzi non è più qualificabile alla stregua di una (vera e propria) facoltà discrezionale rimessa alle scelte della Stazione Appaltante.

2. Le clausole di revisione dei prezzi tra tautologia e chiarezza, precisione ed inequivocabilità (ed obblighi normativi).

Si è detto poc'anzi che, con riferimento al perimetro di ammissibilità delle modifiche contrattuali per così dire 'economiche', e avuto riguardo alle peculiarità della 'vecchia disciplina' di cui al D. Lgs. 50/2016, sarebbe stato quantomai necessario che le stesse non si fossero limitate ad essere previste nei documenti di gara iniziali di quelle procedure bandite già nella vigenza del Vecchio Codice, ma – aspetto ancor più interessante – esse avrebbero dovuto essere contenute "in clausole chiare, precise e inequivocabili" che, a loro volta, avrebbero potuto "comprendere clausole di revisione dei prezzi".

Dal dato normativo si evinceva, pertanto, e con riferimento a quelle procedure oggi probabilmente in fase di esecuzione, un significativo onere di specificità posto in capo alla Stazione Appaltante, di cui la stessa avrebbe dovuto necessariamente tener conto nella fase prodromica di preparazione alla gara, al momento della redazione della relativa documentazione.

Nell'assolvimento di tale onere, alle Stazioni Appaltanti era quindi richiesto uno sforzo ulteriore che avrebbe trascorso la sola riproposizione di mere clausole di stile o di generici rimandi 'alla legge': dacché, e al contrario, il carattere della chiarezza, della precisione e della inequivocabilità avrebbero potuto ritenersi realmente soddisfatti solo a condizione di una attenta e assolutamente puntuale formulazione di clausole *ad hoc* giustificate dalla particolare natura del contratto considerato o dalla particolare condizione di operatività in cui lo stesso si dispiega.

Alle stesse conclusioni giunge il giudice amministrativo che – nella già richiamata sentenza del T.A.R. campano – affronta esattamente tale questione.

In quel caso, dopo aver escluso (come detto) che una simile casistica mai possa essere ricondotta alla diversa ipotesi della lettera c) – relativa al diverso caso delle “varianti in corso d’opera” – il giudice si confronta con la (generica) clausola prevista nel capitolato di gara che l’Amministrazione aveva previsto in materia di revisione prezzi, e nel senso che la stessa “è ammessa nei soli casi previsti dalla legge”.

Al ricorrente, che ne valorizza il contenuto (a suo dire) precettivo, in accordo con quanto previsto dall’art. 106, comma 1, lett. a) per contestare il diniego opposto alla richiesta revisionale, il giudice obietta una lettura antitetica che merita di essere riportata per le interessanti implicazioni che ne derivino.

Dopo aver precisato che “in materia di revisione prezzi nei contratti pubblici ha sempre operato una disciplina speciale che tendenzialmente restringe gli ambiti di scelta discrezionale della stazione appaltante, vincolandola a diversi presupposti sostanziali e procedurali” – come pure accennato in premessa – il giudice individua nella finalità “di garantire l’economicità dell’azione amministrativa, [insieme alla necessità] di tenere sotto controllo la spesa pubblica, nonché, in linea di continuità con il diritto eurounitario e con le correlate esigenze di tutela della concorrenza e del mercato, di evitare potenziali effetti elusivi del meccanismo della gara pubblica”; le finalità stesse che sottendono il particolare meccanismo di revisione in parola. Fatta questa precisazione, nel confrontarsi con il contenuto della clausola proposta dalla Stazione Appaltante alla luce del dato normativo, si interroga allora sulla rispondenza di una pattuizione così concepita con quel carattere chiaro, preciso ed inequivocabile che la legge le impone.

Sgomberando il campo da ogni equivoco, la sentenza si lascia apprezzare nella misura in cui esclude categoricamente che una clausola

di tal specie possa realmente ritenersi esaustiva di quelle caratteristiche che il modello legale richiede.

Si legge, in parte motiva che la stessa “[non] può essere assimilata a [...] [a quella] tipologia di clausole [...] attesa la sua palese indeterminatezza, che rimanda tautologicamente alle stesse condizioni previste dalla legge, le quali si sono poi rivelate nella specie insussistenti in virtù dell’inapplicabilità del citato art. 106, comma 1, lett. a)”.

La sentenza, pur nella sua ermeticità, consegna agli operatori del settore, per le procedure future, un significativo insegnamento, e suggerisce agli stessi una chiara linea d’azione: evitare che formule generiche – se non addirittura “tautologiche” – prive pertanto di un reale significato autonomo e precettivo, disseminino il contenuto della documentazione di gara e della relativa documentazione contrattuale, atteso il loro carattere assolutamente marginale (per non dire insignificante) ai fini della delicata disciplina relativa alle modifiche contrattuali. Tanto, a maggior ragione, se si considerano le affinità di disciplina di cui si è dato conto *supra*, per quanto attiene alle “clausole di opzione” di cui all’art. 120, co. 1, lett. a) del D. Lgs. 36/2023 riferite a tutte quelle gare ad oggi in divenire. Lo stesso onere di specificità, invece, per le “clausole di revisione dei prezzi”, nella nuova disciplina – che, come detto, trovano collocazione in una norma peculiare di carattere generale – è da intendersi assolto per espressa previsione normativa.

La stessa legge, infatti, al comma 2 dell’art. 60 ne individua il contenuto, prescrivendone pure le condizioni di operatività.

E così, dopo aver precisato che “queste clausole non apportano modifiche che alter[a]no la natura generale del contratto o dell’accordo quadro”, il dato normativo è chiaro nell’affermare che le stesse “si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva che determinano una variazione del costo dell’opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell’importo complessivo” e ancora,

che esse “operano nella misura dell’80 per cento della variazione stessa, in relazione alle prestazioni da eseguire”. Senza trascurare che, come precisa la norma al comma successivo, per garantire certezza ed omogeneità, “ai fini della determinazione della variazione dei costi e dei prezzi [...], si utilizzano [...] [particolari] indici sintetici elaborati dall’ISTAT”.

3. Il diverso riparto di giurisdizione in materia di revisione contrattuale dei prezzi.

La decisione del giudice amministrativo, oltre ad affrontare la questione della portata contenutistica delle clausole revisionali, si confronta anche con un altro – ed ulteriore – tema di vivo interesse attinente alla corretta individuazione del giudice competente, cui rivolgersi per dolersi della (asserita) lesione del proprio diritto alla revisione dei prezzi praticati in costanza di contratto.

Appurata la possibilità, ma solo alle condizioni previste dalla legge, di ricorrere agli strumenti contemplati dal Codice, potrebbe infatti prospettarsi l’ulteriore alternativa di riferirsi, per la disciplina del rapporto negoziale intrattenuto con la Pubblica Amministrazione, anche alle regole di diritto comune previste dal Codice Civile in materia di appalto.

Come è noto, invero, la fase esecutiva di esecuzione della commessa pubblica resta connotata comunque da una ineliminabile componente privatistica: per un verso, l’Operatore è messo nella stessa condizione di un qualunque appaltatore privato – salvo le deroghe di disciplina puntualmente indicate nel Codice degli Appalti - e allo stesso tempo, e per altro verso, la Pubblica Amministrazione si colloca alla stregua di un comune committente, pur se distinto per la sua intima natura pubblica, “allo stesso livello” del primo.

Su queste premesse (e al netto della correttezza di un simile incedere, qui non oggetto di analisi) non pare allora del tutto peregrina la lettura della (solita) parte ricorrente, nella misura in cui la stessa ha affermato che “ad ogni modo, l’applicazione al caso concreto dell’istituto della revisione prezzi troverebbe [anche] conforto

[nella lettura dell’art. 1664] del codice civile”.

Difatti, tale disposizione “al primo comma, in caso di circostanze prevedibili che comportino un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo, prevede la revisione del prezzo per la parte eccedente il predetto decimo ed, al secondo comma, riconosce all’appaltatore il diritto ad un equo compenso, in presenza di difficoltà di esecuzione che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell’appaltatore”. Tutto questo, tra l’altro, “senza contare che il riequilibrio delle prestazioni contrattuali, al fine di adeguarle, anche in termini di valore economico, alle esigenze sopravvenute, sarebbe comunque imposto dal rispetto dell’obbligo di buona fede sancito negli articoli 1175, 1366 e 1375 del codice civile”.

Il tentativo di ricondurre la disciplina relativa alla revisione dei prezzi nell’ambito della disciplina di diritto comune, per quanto pregevole, sconta almeno due ordini diversi di criticità.

Anzitutto, e non è questa la sede opportuna per affrontare approfonditamente l’argomento, come anticipato, essa inerisce al rapporto che intercorre tra detta disciplina e quella peculiare prevista nel Codice dei contratti; ma, soprattutto, in ottica preliminare e (talora) assorbente, assume rilievo in punto di giurisdizione. A voler pure considerare applicabile la disciplina civilistica, infatti, si pone l’importante interrogativo relativo a quale giudice sia effettivamente competente a decidere della controversia, ovvero, a volerla dire meglio, su quale autorità giurisdizionale sia dotata della effettiva giurisdizione sul punto.

Al riguardo, e cursoriamente, si rammenta infatti che il giudice amministrativo resta il giudice naturale degli interessi legittimi; là dove, al contrario, il giudice ordinario resta il giudice dei diritti soggettivi. E, ancora, che secondo tale prospettiva - in materia di appalti - la distinzione può ancorarsi, rispettivamente, a due delle diverse fasi che caratterizzano la procedura d’acquisto: la prima che accompagna e culmina con la approvazione della aggiudicazione, la seconda coincidente con l’intera fase di esecuzione contrattuale.

Ebbene, in tale cornice, e coerentemente con questa impostazione, la sentenza in commento ha ritenuto non a caso inammissibili le censure mosse dal ricorrente principale "con cui [si è] [...] reclama[ta] la rimodulazione del prezzo contrattuale in ritenuta applicazione delle regole civilistiche discendenti dall'art. 1664 c.c. e dal principio di buona fede declinato negli artt. 1175, 1366 e 1375 c.c.". Ciò, "per evidente difetto di giurisdizione del giudice amministrativo".

In definitiva, infatti, "una volta che si abbandon[a] il campo occupato dalle fonti normative disciplinanti in maniera specifica la materia degli appalti pubblici e si deducano a fondamento della pretesa revisionale disposizioni, come quelle in commento, destinate a regolare le posizioni paritetiche dei contraenti nell'ambito di un ordinario contratto di appalto, detta pretesa deve essere ricostruita tout court in termini di diritto soggettivo, con conseguente devoluzione della sua cognizione al giudice ordinario"³.

4. Qualche breve notazione (utile) per le Stazioni Appaltanti.

A voler tirare le fila delle considerazioni svolte, si ricavano almeno due importanti notazioni cui prendere atto nella ordinaria (ed ordinata) gestione di una procedura d'acquisto che voglia evitare l'inconveniente di dar luogo a contenziosi o a lungaggini procedurali che finiscano per ingessare l'attività amministrativa della Stazione Appaltante.

Anzitutto, si segnala – come in parte anticipato – che la assoluta necessità di evitare di ricorrere a sterili rinvii o a rimandi generali nella predisposizione della documentazione di gara quando si tratta(va) di immaginare clausole di revisione prezzi secondo il tipo legale di cui alla lettera a) del primo comma dell'art. 106 - per gare disciplinate dal D. Lgs. 50/2016 -

resta valido, tutt'ora, per la predisposizione di clausole d'opzione riconducibili al (solo parzialmente diverso) tipo legale di cui alla lettera a) del primo comma dell'art. 120 del D. Lgs. 36/2023 - per tutte quelle altre procedure avviate secondo la disciplina del 'Nuovo Codice'. Tutto ciò, ben inteso, con l'accortezza – per queste ultime procedure – di prevedere anche, ai sensi dell'art. 60, clausole di revisione dei prezzi aderenti al modello legale che, per le considerazioni svolte *supra*, si intenderanno correttamente 'formulate' anche (solo) se pedissequamente ri-propositive della lettera normativa⁴.

Un simile imperativo deve certamente accompagnare, in un primo momento, la redazione del capitolato d'appalto; ed in un secondo momento, e con la giusta attenzione, la redazione del contratto stipulando, di modo che lo stesso 'si confronti' debitamente, senza incoerenze, con il contenuto della documentazione tecnica.

Un tale incedere, del resto, consentirà anche all'Operatore economico di conoscere con esattezza le ragioni ed i presupposti che giustificheranno – in quella procedura – l'eventuale riconoscimento di modifiche agli accordi originariamente intesi e, oltre a favorire l'esecuzione della commessa nell'ottica di tutela all'interesse pubblico, mette(rà) (in teoria) al riparo da iniziative giudiziali.

Quandanche ve ne fossero, tra l'altro, e venendo alla seconda importante notazione da considerare, è sempre importante che l'Amministrazione si confronti con la (apparentemente banale) questione di giurisdizione sottesa a simili contenziosi: per vero, una lite incardinata avanti al giudice carente di giurisdizione consente, magari insieme alle altre, una facile difesa per quell'Amministrazione avveduta, che potrebbe poi, in definitiva, tradursi in una facile 'vittoria' in rito.

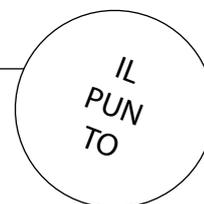


3. Cfr. sul punto, gli interessanti richiami riportati in sentenza del Consiglio di Stato: Cons. St., Sez. V, 28.12.2006, n. 8069 e, ancora, Cons. St., Sez. VI, 28.12.200, n. 7043.

4. Come confermato, tra l'altro, dalla semplice circostanza che la loro eventuale omissione dà sempre luogo (ed in ogni caso) ad un automatico fenomeno di eterointegrazione normativa.

Il titolare effettivo nel PNRR

di Elena Canciani



1. Quadro normativo di riferimento

REGOLAMENTO (UE) 2021/241 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, Articolo 22 **Tutela degli interessi finanziari dell'Unione:**

Comma 2. Gli accordi ... contemplano per gli Stati membri i seguenti obblighi:

d) ai fini dell'audit e del controllo e al fine di fornire dati comparabili sull'utilizzo dei fondi in relazione a misure per l'attuazione di riforme e progetti di investimento nell'ambito del piano per la ripresa e la resilienza, raccogliere le seguenti categorie standardizzate di dati, nonché garantire il relativo accesso:

- i) il nome del destinatario finale dei fondi;
- ii) il nome dell'appaltatore e del subappaltatore, ove il destinatario finale dei fondi sia un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi delle disposizioni nazionali o dell'Unione in materia di appalti pubblici;
- iii) il/i nome/i, il/i cognome/i e la data di nascita del/dei titolare/i effettivo/i del **destinatario dei fondi o appaltatore**, ai sensi dell'articolo 3, punto 6, della direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio;
- iv) un elenco di eventuali misure per l'attuazione di riforme e progetti di investimento nell'ambito del piano per la ripresa e la resilienza con l'importo totale del finanziamento pubblico di tali misure e con l'indicazione dell'importo dei fondi erogati nell'ambito del dispositivo e di altri fondi dell'Unione.

Il tema della verifica della Titolarità effettiva degli Investimenti si configura come strumento di prevenzione delle frodi e del conflitto di interesse.

La finalità principale dello strumento è tutelare il sistema economico finanziario ed assicurare la correttezza dei comportamenti degli operatori che ne fanno parte.

L'identificazione del Titolare effettivo rappresenta per l'Amministrazione centrale ed il Soggetto Attuatore del PNRR, una delle principali misure per la ridurre i rischi connessi a possibili attività fraudolente, tra cui il rischio di infiltrazioni mafiose o il rischio di riciclaggio di denaro, nonché un elemento fondamentale a supporto della verifica di eventuali conflitti d'interessi.

La definizione della figura del Titolare effettivo si può rinvenire nei contenuti dell'articolo 3, punto 6, della direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio nel quale si definisce "TITOLARE EFFETTIVO": la persona o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllano il cliente e/o le persone fisiche per conto delle quali è realizzata un'operazione o un'attività.

Nell'ordinamento nazionale, si tengono altresì presenti i criteri per la determinazione della titolarità effettiva di clienti (soggetti) diversi dalle persone fisiche di cui all'art. 20 del D.lgs. 231/2007.¹

Il tema della Tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea rimanda alla modalità di gestione del Dispositivo di Ripresa e Resilienza, cd. gestione diretta², in cui la Commissione Europea gestisce direttamente per il tramite delle sue Direzioni le risorse di cui lo Stato membro è Beneficiario. Tale forma di gestione, che si contrappone alla gestione concorrente della Politica di coesione³, è giustificata dal fatto che per finanziare il Pacchetto Next generation EU, per la prima volta sono stati contratti prestiti su mercati privati.

2. Circolari del MEF

Il tema della Titorarietà effettiva nel PNRR rimanda alla disciplina dei controlli nel PNRR rispetto alla quale si ricorda che per i casi di conflitto di interessi, attraverso specifici strumenti informatici (es. Sistema Arachne) si può verificare la frequenza delle interrelazioni tra codici fiscali e partite IVA associati o la ricorrenza degli stessi fornitori e contraenti mentre per i casi di doppio finanziamento, l'utilizzo del Sistema Informativo centralizzato del PNRR consente una visione completa della distribuzione dei fondi nei territori e delle relative fonti di finanziamento.

Quali rimandi utili completi della modulistica da compilare a cura dei Soggetti Attuatori si rinvia alla seguente documentazione elaborata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze:

STRATEGIA GENERALE ANTIFRODE del PNRR: [Allegato-alla-Circolare-del-22-dicembre-2023-n-35-STRATEGIA_GENERALE_ANTIFRODE_PNRR.pdf \(mef.gov.it\)](#)

[Circolare n. 27 del 15 settembre 2023](#) con cui viene adottata l'Appendice Tematica



1. Rif.: CRITERI PER L'INDIVIDUAZIONE DEL TITOLARE EFFETTIVO. In tema di individuazione del titolare effettivo è necessario fare riferimento al d.lgs. n. 231/2007 (art. 2 Allegato tecnico) e al d.lgs. n.125 del 2019. Comunemente, vengono applicati 3 criteri alternativi per l'individuazione del titolare effettivo: 1. criterio dell'assetto proprietario: sulla base del presente criterio si individua il titolare/i effettivo/i quando una o più persone detengono una partecipazione del capitale societario superiore al 25%. Se questa percentuale di partecipazione societaria è controllata da un'altra entità giuridica non persona fisica, è necessario risalire la catena proprietaria fino a trovare il titolare effettivo; 2. criterio del controllo: sulla base di questo criterio si provvede a verificare chi è la persona, o il gruppo di persone, che tramite il possesso della maggioranza dei voti o vincoli contrattuali, esercita/no maggiore influenza all'interno del panorama degli shareholders. Questo criterio è utilizzabile nel caso in cui non si riuscisse a risalire al titolare effettivo con l'analisi dell'assetto proprietario (cfr. punto 1); 3. criterio residuale: questo criterio stabilisce che, se non è stato individuato il titolare effettivo utilizzando i precedenti due criteri, quest'ultimo vada individuato in colui che esercita poteri di amministrazione o direzione della persona giuridica.
2. Rif.: A norma dell'articolo 322 TFUE e in particolare il regolamento finanziario REGOLAMENTO (UE, Euratom) 2020/2092 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del Bilancio dell'Unione.
3. Rif.: Nella Politica di coesione i finanziamenti sono gestiti congiuntamente dalla Commissione europea e dalle autorità nazionali (Stato, Regioni) e si realizza una governance multilivello.

“Rilevazione delle titolarità effettive ex art. 22 par. 2 lett. d Reg. (UE) 2021/241 e comunicazione alla UIF di operazioni sospette da parte della Pubblica amministrazione ex art. 10, d.lgs. 231/2007”.

L'Appendice Tematica prevede:

- un template di “Comunicazione sulla Titolarità effettiva per Enti pubblici”, per i Soggetti pubblici che partecipano alle procedure di selezione PNRR;
- un template di “Comunicazione sulla Titolarità effettiva per Enti privati”, per i Soggetti di natura privata che partecipano alle procedure di selezione e/o di gara PNRR;
- un Annesso informativo elaborato dall'Unità di Informazione Finanziaria e dalla Guardia di finanza avente ad oggetto: “Profili comportamentali a rischio da tenere presenti ai fini dell'individuazione e dell'invio di comunicazioni di operazioni sospette all'Unità di informazione finanziaria per l'Italia”.

[Circolare-del-28-marzo-2024-n-13.pdf](#)

“Integrazione delle Linee Guida per lo svolgimento delle attività di controllo e rendicontazione delle Misure PNRR di competenza delle Amministrazioni centrali e dei Soggetti Attuatori con la quale vengono adottate due Appendici tematiche:

1. La prevenzione e il controllo del conflitto di interessi ex art. 22 Reg. (UE) 2021/241;
2. La duplicazione dei finanziamenti ex art. 22 par. 2 lett. c) Reg. (UE) 2021/241”.

Per quanto attiene l'[Appendice tematica PNRR - Conflitto di interessi](#) la medesima ai paragrafi 5.1, 5.2 e 5.3 fornisce indicazioni relative all'acquisizione e verifica delle dichiarazioni di assenza di conflitto di interessi (che comprendono la verifica della comunicazione sulla Titolarità effettiva), nonché all'attestazione dei controlli svolti su tali dichiarazioni, da effettuarsi nelle seguenti fasi di attuazione del Piano: fase di selezione dei progetti e/o dei Soggetti attuatori, a cura delle Amministrazioni titolari di Misure PNRR (o di Enti esterni da queste delegati); fase di procedura di gara per l'aggiudicazione degli appalti, a

cura dei Soggetti attuatori (o delle Stazioni appaltanti esterne); fase di predisposizione della rendicontazione delle spese, a cura sia dei Soggetti attuatori (Rendiconto di progetto) che delle Amministrazioni titolari di Misure PNRR (Rendiconto di Misura).

Modulistica da compilare a cura dei RUP:

[Allegato 1COI - Dichiarazione assenza conflitto interessi - T.E. - selezione progetti](#)

Ai sensi della Circolare RGS n. 27/2023, la registrazione all'interno del sistema informativo ReGiS delle “titolarità effettive” viene effettuata nelle seguenti fasi:

- in fase di selezione dei progetti e/o dei Soggetti attuatori, di norma mediante la pubblicazione di bandi/avvisi a cura delle Amministrazioni centrali titolari di misure PNRR (o di Enti attuatori “esterni” da queste delegati);
- in fase di procedura di gara per l'aggiudicazione degli appalti, a cura dei Soggetti attuatori;
- in fase di rendicontazione delle spese da parte dei Soggetti attuatori e delle Amministrazioni titolari delle misure PNRR.

La Circolare RGS n. 27/2023 stabilisce specifici oneri di controllo in capo al Soggetto attuatore che è chiamato a svolgere sulle comunicazioni rese in merito alla titolarità effettiva dai partecipanti alla gara:

- controlli formali al 100% dei dati forniti da tutti i partecipanti alla procedura di gara;
- controlli specifici sui dati resi dall'aggiudicatario/contraente, che si sostanziano nella verifica della corretta raccolta dei suddetti dati, secondo le procedure operative descritte dalla circolare stessa.

Il sistema informativo ReGiS non consente infatti la finalizzazione dell'“Attestazione delle verifiche sulla procedura di gara” nel caso in cui non venga caricata alcuna documentazione (“comunicazioni” e “visure”) di supporto per l'item relativo alla raccolta dei dati riferiti alle titolarità effettive.

Il tema del Titolare Effettivo si colloca nella più ampia materia delle norme antiriciclaggio e il suo ruolo fondamentale è disciplinato dal testo del D.Lgs. n. 231-2007 e dal D.Lgs. n.125 del 2019.

La comunicazione del Titolare effettivo è pertanto un obbligo anche per Investimenti che non rientrano nel PNRR. Il DECRETO 11 marzo 2022, n. 55⁴ contiene il Regolamento recante disposizioni in materia di comunicazione, accesso e consultazione dei dati e delle informazioni relativi alla titolarità effettiva mentre il Decreto direttoriale n.236 del 9.10.2023 attesta l'operatività del sistema di comunicazione dei dati e delle informazioni sulla titolarità effettiva.⁵

Lo scorso 1° ottobre 2024 è stato pubblicato il documento "L'individuazione del titolare effettivo nelle società e negli enti di diritto privato"⁶ a cura del Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili. Il documento vuole offrire strumenti pratici e chiarimenti normativi per facilitare l'individuazione dei titolari effettivi.

4. Rif.: DECRETO 11 marzo 2022, n. 55 - Normattiva

5. Rif.: Link al testo del Decreto (pdf)

6. Rif.: "L'individuazione del titolare effettivo nelle società e negli enti di diritto privato" a cura del Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili

Siamo al fianco delle PMI per vincere le gare più ardue

**Consulenza sul Nuovo Codice - Supporto partecipazione gare
Utilizzo del MePA e sito ANAC - Servizi per le imprese estere**



**Scopri tutti i servizi che Mediaconsult
può offrire a Imprese e Professionisti**



Pareri & Sentenze

PARERI
E SEN-
TENZE

TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 31/10/2024, n. 5830

"Non basta dichiarare di voler rispettare le clausole sociali, ma è necessario indicare le specifiche modalità con cui si intende rispettarle: modalità che fanno parte integrante dell'offerta, e sono destinate a diventare obbligazioni contrattuali. Da tanto consegue anche la inapplicabilità del soccorso istruttorio, che non può essere utilizzato per integrare il contenuto dell'offerta"

"L'art. 102, rubricato "Impegni dell'operatore economico", del predetto Codice dispone, senza presidiare tale disposizione con sanzione espulsiva (che dunque non può essere posta neppure a valle, negli atti di gara, pena la violazione del principio di tassatività), che l'operatore si impegni a: "a) garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato; b) garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali [...]; c) garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate". La OMISSIS, attuale ricorrente, ha assunto l'impegno: a) di "garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato" (doc. 8 - domanda di partecipazione, pg. 3 lett. f); b) di "garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore" ... La OMISSIS ha anche dichiarato: d) di "impegnarsi ai sensi dell'art. 57 del codice al rispetto della clausola sociale ovvero di garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato" ... Ciò posto, nell'impegnarsi ad applicare il Ccnl Fise Assoambiente (Ccnl indicato dalla S.A.) la ricorrente sostiene di essersi anche direttamente impegnata ad applicarne il relativo art. 6 comma 2, che dispone espressamente: "l'impresa subentrante assume ex novo, con passaggio diretto, dal giorno iniziale della nuova gestione [...] tutto il personale addetto in via ordinaria o prevalente allo specifico appalto [purché in servizio da almeno 240 giorni alla data di scadenza del precedente affidamento - n.d.r.]" ... Non basta, allora, dichiarare di voler rispettare le clausole sociali, ma è necessario indicare le specifiche modalità con cui si intende rispettarle: modalità che fanno parte integrante dell'offerta, e sono destinate a diventare obbligazioni contrattuali. Da tanto consegue anche la inapplicabilità del soccorso istruttorio, che non può essere utilizzato per integrare il contenuto dell'offerta."

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. I, 25/10/2024, n. 2888

Il criterio di prossimità quale criterio di valutazione dell'offerta tecnica

“È invece fondata l'altra censura, contenuta sempre nel primo motivo del ricorso per motivi aggiunti, relativa alla violazione dell'art. 108, comma 4, d.lgs. n. 36/2023.

L'art. 108, comma 4, cit., prevede che la stazione appaltante introduce nei “documenti di gara ... i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto”; inoltre, stabilisce che la stazione appaltante “al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo dell'offerta dei concorrenti, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici”.

La stazione appaltante gode quindi di ampia discrezionalità nella scelta dei criteri di valutazione delle offerte per meglio perseguire l'interesse pubblico; tale scelta, è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità solo allorché sia illogica, irragionevole ed irrazionale oppure se i criteri non sono trasparenti ed intellegibili.

Nel caso in esame, la stazione appaltante non ha valorizzato la prossimità dell'impianto di smaltimento quale requisito speciale di partecipazione alla gara (art 10 del d.lgs. n. 36/2023). Ha invece valorizzato la prossimità da un lato quale criterio di valutazione dell'offerta tecnica (profilo tecnico) e dall'altro lato quale elemento premiale del concorrente (profilo economico) (art. 108 del d.lgs. n. 36/2023).”

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Quarta Ter, 23/10/2024, n. 18398

Il possesso del requisito di esecuzione rileva nella fase della stipulazione del contratto

“L'orientamento giurisprudenziale prevalente ha precisato che la regolazione dei requisiti di esecuzione va rinvenuta nella *lex specialis*, con la conseguenza che, se richiesti come elementi essenziali dell'offerta o per l'attribuzione di un punteggio premiale, la loro mancanza al momento di partecipazione alla gara comporta, rispettivamente, l'esclusione del concorrente o la mancata attribuzione del punteggio; se richiesti come condizione per la stipulazione del contratto, la loro mancanza rileva al momento dell'aggiudicazione o al momento fissato dalla legge di gara per la relativa verifica e comporta la decadenza dall'aggiudicazione, per l'impossibilità di stipulare il contratto addebitabile all'aggiudicatario (cfr. Cons. Stato, sez. III, 19 ottobre 2023, n. 9255).”

Consiglio di Stato, Sez. III, 22/10/2024, n. 8443

Quando le condizioni di esecuzione dell'appalto rilevano ai fini dell'esclusione dalla gara

“Sul punto anche la giurisprudenza ha affermato che “quando l'amministrazione aggiudicatrice include tra i criteri di selezione qualitativa dell'offerta anche le condizioni di esecuzione dell'appalto, l'offerta tecnica è conforme alla legge di gara se dalla stessa risulta l'impegno dell'offerente a rispettare tali condizioni nella fase esecutiva del servizio. Ciò sul presupposto che si tratta di elementi i quali, pur se utilizzati nel disciplinare quali criteri di valutazione dell'offerta tecnica cui ricollegare l'attribuzione di punteggi, rappresentano, tuttavia, il contenuto delle prestazioni contrattuali che l'appaltatore si obbliga ad adempiere dopo la conclusione del contratto; e che una verifica della effettiva sussistenza di tali requisiti anticipata alla fase di gara costituirebbe un ostacolo alla partecipazione in funzione anticoncorrenziale” (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 8.11.2022, n. 9803)”

Alla luce dei principi giurisprudenziali sopra evidenziati, quindi, affinché un'eventuale difformità dell'offerta da quanto richiesto dalla disciplina di gara possa costituire causa di esclusione è necessario che la stessa legge di gara qualifichi espressamente la relativa prescrizione come requisito minimo essenziale della prestazione a pena di inammissibilità dell'offerta.”

Tar Liguria, Sez. I, 14/10/2024, n. 673

Costi della manodopera e ribasso indiretto

“Ai sensi dell'art. 41, comma 14, del d.lgs. n. 36/2023, “Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13 [N.d.R: in base alle tabelle ministeriali del costo del lavoro]. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale”. Secondo l'interpretazione preferibile della disposizione, aderente alla littera legis, nella nuova disciplina gli oneri della manodopera quantificati dalla stazione appaltante non sono direttamente ribassabili, come accadeva nel sistema previgente, in quanto vanno scorporati dalla base d'asta da assoggettare a ribasso. Pertanto, ai fini dell'aggiudicazione rileva esclusivamente la percentuale di ribasso riferita all'importo dei lavori o dei servizi da appaltare, al netto dei costi del lavoro e della sicurezza (cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 8 febbraio 2024, nn. 119-120; T.A.R. Campania, Salerno, 11 gennaio 2024, n. 147). Tuttavia, come esplicitato nell'ultimo periodo dell'art. 41, comma 14, qualora l'operatore economico disponga di un'organizzazione aziendale particolarmente efficiente, che gli consenta di abbattere i costi della manodopera, questi ultimi possono essere diminuiti in via indiretta e riflessa, ossia offrendo un più elevato ribasso sull'importo dei lavori o dei servizi oggetto della commessa. Detto altrimenti, la formulazione del ribasso è consentita esclusivamente sul valore dell'appalto al netto della manodopera stimata dalla stazione appaltante (e al netto degli oneri di sicurezza), ma il concorrente ha la facoltà di ridurre indirettamente i costi del lavoro aumentando la percentuale di sconto praticata sulla componente direttamente ribassabile. Naturalmente, i minori costi della manodopera che l'operatore ritiene di sopportare in concreto vanno specificati nell'offerta economica, ai sensi dell'art. 108, comma 9, del d.lgs. n. 36/2023, nonché giustificati mediante la dimostrazione della propria efficienza aziendale.”

Tar Sicilia, Sezione staccata di Catania, Sez. II, 7/10/2024, n. 3300

Richiesta di rinvio a giudizio: "L'Amministrazione, nel disporre l'esclusione da una procedura di affidamento per grave illecito professionale, è tenuta ad attivare il contraddittorio procedimentale, all'esito del quale possono in ipotesi emergere circostanze tali da indurre l'Amministrazione medesima a non condividere la valutazione – preliminare, sotto un profilo processuale – del pubblico ministero"

"L'art. 407-bis, primo comma, c.p.p. menziona l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, sicché la richiesta di rinvio a giudizio risulta, secondo quanto espressamente stabilito dal legislatore, un mezzo di prova in linea di principio adeguato ai fini della dimostrazione della commissione del grave illecito professionale. ... L'art. 98, settimo comma, impone alla stazione appaltante di valutare i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al sesto comma motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente, precisando che l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente. ... Il secondo comma dell'art. 98 stabilisce che il provvedimento di esclusione debba essere motivato in relazione a tutte le condizioni di cui al secondo comma: a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale; b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore; c) adeguati mezzi di prova di cui al sesto comma. ... La decisione assunta risulta, quindi, motivata, mentre altra questione è se tale motivazione sia corretta e condivisibile nel merito (posto che la motivazione, nella specifica prospettiva qui in esame, costituisce un requisito di "forma" del provvedimento, mentre l'erroneità della motivazione – e la conseguente erroneità del provvedimento – costituisce un vizio di natura "sostanziale"). Tuttavia, le decisioni amministrative e le relative motivazioni rese a supporto presuppongono un ulteriore requisito procedimentale, cioè che esse siano l'esito di una compiuta ed esaustiva istruttoria. Con riferimento alla specifica fattispecie in esame il legislatore ha, invero, escluso ogni forma di automatismo fra i provvedimenti assunti dall'autorità giudiziaria (ancorché di natura non giurisdizionale) e le determinazioni della stazione appaltante, con la conseguenza che, come più volte affermato dalla giurisprudenza (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, V, 19 agosto 2024, n. 3858), l'Amministrazione, nel disporre l'esclusione da una procedura di affidamento per grave illecito professionale, è tenuta ad attivare il contraddittorio procedimentale, all'esito del quale possono in ipotesi emergere circostanze tali da indurre l'Amministrazione medesima a non condividere la valutazione – preliminare, sotto un profilo processuale – del pubblico ministero."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 420 del 18 settembre 2024
UPREC-PRE-0226-2024-S-PREC**

"Appalto pubblico – Servizi – Bando di gara – Base d'asta – Determinazione – Istruttoria – Verifica remunerazione di tutte le prestazioni – Tutela della concorrenza – Doverosità"

"Nella determinazione della base d'asta, la Stazione appaltante è tenuta non solo a individuare puntualmente il costo della manodopera, calcolato secondo le Tabelle Ministeriali e il CCNL di riferimento, ma anche a valutare il costo di tutte le prestazioni richieste dal Capitolato speciale d'appalto al fine di garantire il corretto gioco concorrenziale tra tutti gli operatori potenzialmente interessati a partecipare."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 410 del 11 settembre 2024
UPREC-PRE-0244-2024-S-PREC**

"Appalto pubblico - servizi - affidamento diretto - richiesta preventivi"

"La mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori 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"

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 409 del 11 settembre 2024
UPREC-PRE-0213-2024-F-PREC**

"Costituisce causa di esclusione dalla gara esclusivamente la mancata dimostrazione del pagamento del contributo di cui all'articolo 1, comma 67, della legge n. 266/2005, mentre la erronea indicazione del codice CIG nella causale del versamento non comporta l'esclusione dalla gara, ma solo l'eventuale integrazione documentale"

"... come osservato tratteggiatamente dalla scrivente Autorità "un inadempimento meramente formale, consistente nell'aver effettuato il versamento seguendo modalità diverse da quelle impartite dall'Autorità stessa, non può essere sanzionato dalla stazione appaltante con l'esclusione, senza che si proceda ad un previo accertamento dell'effettivo assolvimento dell'obbligo in questione (cfr., pareri AVCP n.8 dell'8 febbraio 2012; n.4 del 12 gennaio 2011; n.8 del 14 gennaio 2010; n.67 del 25 marzo 2010)" fino sostanzialmente ad arrivare ad affermare che "l'Autorità ha chiarito che costituisce causa di esclusione dalla gara esclusivamente la mancata dimostrazione del pagamento del contributo di cui all'articolo 1, comma 67, della legge n. 266/2005, mentre la mancata indicazione del codice CIG nella causale del versamento non comporta l'esclusione dalla gara, potendosi procedere all'integrazione documentale" (cfr. Delibere nn. 20 e 156 del 2007); ... nel caso di specie la controinteressata non ha omesso di versare il contributo, né ha mancato di fornire alla stazione appaltante la relativa dimostrazione, ma ha semplicemente indicato nel certificato di pagamento un codice CIG errato ..."

Autorità Nazionale Anticorruzione**DELIBERA N. 407 del 11 settembre 2024****UPREC - PREC 179-2024-S**

"Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Requisiti – Requisiti di ordine generale – Iscrizione nelle white list – Nuovo Codice – Etero-integrazione – Sussiste.

Appalto pubblico – Servizi – Servizi di ristorazione socioassistenziale – Scelta del contraente – Requisiti – Requisiti di ordine generale – Iscrizione nelle white list – Subappalto – Obbligo – Sussiste.

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Procedura – Gara – Bando di gara – Contrasto con capitolato – Prevalenza del bando – Sussiste.

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Requisiti – Requisiti di ordine generale – Iscrizione nelle white list – Servizi ambientali – Smaltimento dei rifiuti – Deposito temporaneo dei rifiuti – Differenze – Disciplina di settore."

"Il requisito di iscrizione nelle white list, per gli operatori economici che svolgono una delle prestazioni elencate nel comma 53 dell'art. 1 della L. n. 190/2012, rientra tra le cause di esclusione obbligatorie di carattere automatico di cui all'art. 94, comma 2, del nuovo Codice che – ancora più chiaramente rispetto al D.lgs. n. 50/2016 – stabilisce che costituisce motivo di esclusione la sussistenza (a carico dei soggetti di cui all'art. 94, comma 3) di tentativi di infiltrazione mafiosa o l'adozione di comunicazioni antimafia, a cui il legislatore ha equiparato l'iscrizione nelle white list. Tale requisito va posseduto dagli operatori economici che svolgono una delle prestazioni elencate nel comma 53 dell'art. 1 della L. n. 190/2012, anche se non espressamente previsto nella legge di gara. La ristorazione socioassistenziale, che include anche il servizio di preparazione e somministrazione dei pasti all'interno di una casa di riposo comunale o di una RSA (residenza sanitaria assistita), rientra nell'alveo dei servizi di ristorazione di cui alla lett. i-ter) del comma 1 della L. n. 190/2012. In caso di ricorso al subappalto, è, pertanto, necessario il possesso dell'iscrizione nella white list per erogare tale servizio in capo al subappaltatore.

Il contrasto tra il bando di gara e il capitolato speciale, con riferimento all'ammissibilità del subappalto, va risolto in favore del bando di gara (nel caso in esame, peraltro, il bando prevedeva espressamente la prevalenza delle sue clausole rispetto agli atti di gara e richiamava la disciplina sul subappalto dell'art. 119 del D.lgs. n. 36/2023, che non contiene più limiti quantitativi al subappalto).

Il deposito temporaneo dei rifiuti, prima della raccolta, di cui all'art. 185-bis del Codice dell'Ambiente è attività estranea al perimetro della gestione dei rifiuti in senso tecnico e non rientra nell'alveo della nozione di "servizi ambientali" di cui alla lett. i-quater) del comma 1 della L. n. 190/2012, per cui non è richiesta l'iscrizione nella white list ai fini del suo espletamento. Tale iscrizione è, invece, necessaria ex lege laddove agli operatori economici competano anche l'attività di raccolta e di smaltimento dei rifiuti prodotti nella RSA, che rientrano nell'alveo dei servizi ambientali."

A Domanda Rispondiamo

A.
D.
R.**1**

Il pagamento del contributo Anac deve essere effettuato necessariamente prima della partecipazione alla gara?

Il pagamento del contributo ANAC è un elemento estraneo all'offerta, e può essere richiesto nell'ambito del soccorso istruttorio. "Il versamento del contributo ANAC, pur condizionando l'offerta, può comunque essere tardivo ed è sanabile attraverso l'istituto del soccorso istruttorio in quanto trattasi di elemento estraneo al contenuto dell'offerta e, pertanto, non idoneo a violare il principio della par condicio tra i concorrenti. Del pari, sempre l'Anac, nell'approvare il predetto bando tipo con delibera n. 309 del 27 giugno 2023, all'art. 12 ha previsto che: "Il pagamento del contributo è condizione di ammissibilità dell'offerta. Il pagamento è verificato mediante il FVOE. In caso di esito negativo della verifica, è attivata la procedura di soccorso istruttorio. In caso di mancata regolarizzazione nel termine assegnato, l'offerta è dichiarata inammissibile". **(Tar Lazio, Terza Quater, n. 3340 del 19 febbraio 2024)**

2

Quali sono gli strumenti telematici di negoziazione che può usare la stazione appaltante non qualificata, per gli affidamenti con importo maggiore della soglia per l'affidamento diretto?

Il D.Lgs n. 36/2023 prevede che le stazioni appaltanti non qualificate possano avere una autonomia negli affidamenti sopra richiamati, prevedendo, all'art. 62 c. 6 lettera c) che: "procedono ad affidamenti per servizi e forniture di importo inferiore alla soglia europea di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 14 nonché ad affidamenti di lavori di manutenzione ordinaria d'importo inferiore a 1 milione di euro mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente;" Nelle definizioni contenute nell'allegato I.1 art.3 del D.Lgs n. 36/2023 vengono indicati quali siano gli strumenti di negoziazione: dd) «strumenti di negoziazione», strumenti di acquisizione che richiedono apertura del confronto competitivo. Rientrano tra gli strumenti di negoziazione: 1) gli accordi quadro stipulati da centrali di committenza nel caso in cui gli appalti specifici vengono aggiudicati con riapertura del confronto competitivo; 2) il sistema dinamico di acquisizione realizzato da centrali di committenza; 3) il mercato elettronico realizzato da centrali di committenza nel caso di acquisti effettuati attraverso confronto concorrenziale; 4) i sistemi realizzati da centrali di committenza che comunque consentono lo svolgimento delle procedure ai sensi del presente codice.

3

Può la stazione appaltante scorrere la graduatoria in caso di risoluzione consensuale del rapporto contrattuale pregresso?

Dall'esame dell'art. 124 del D.Lgs. 36/2023 che riprende in larga misura la disciplina dettata dal precedente Codice dei Contratti (art. 110 del D.Lgs. 50/2016) emerge che tra i vari presupposti per attivare lo scorrimento vi sia la risoluzione di cui all'art. 122. Quest'ultima norma considera peraltro solo la risoluzione disposta per situazioni oggettive o per grave inadempimento, senza menzionare la risoluzione consensuale.

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) si è più volte espressa in merito alla non legittimità dello scorrimento in conseguenza della risoluzione consensuale del contratto (Cfr. Delibera n. 737 del 9 settembre 2020; ANAC – Comunicato del Presidente 10 gennaio 2024). Infatti, l'art. 110 del D.lgs. 50/16 (ora 124) è norma di stretta interpretazione, non applicabile al di fuori dei casi tassativamente previsti tra i quali non rientra la risoluzione consensuale.

L'Autorità ha chiarito in particolare la ratio della norma. Infatti, ove si ammettesse uno scorrimento della graduatoria in presenza di ogni risoluzione consensuale, si potrebbe facilmente eludere l'esito della gara, delineandosi un'ipotesi di cessione del contratto di appalto pubblico; circostanza questa contraria al principio generale di immodificabilità soggettiva dell'appaltatore pubblico.

4

Le concessioni senza costi a carico della stazione appaltante vanno inserite nella programmazione?

Sul punto si è espresso il Presidente dell'Anac con un atto del 26/07/2023, secondo il quale l'obbligo rinvia dall'articolo 21 comma 1 del d. lgs. 50/2016, il quale impone alle amministrazioni aggiudicatrici l'obbligo di adottare il programma biennale degli acquisti di beni e servizi, e i relativi aggiornamenti annuali, senza specificare la tipologia di contratto mediante il quale tali acquisti vengono effettuati, ossia se con appalto o concessione.

“Di conseguenza, entrambe le tipologie di contratto devono essere inserite nella programmazione. Ne è riprova il fatto che nell'ambito del programma le amministrazioni devono individuare anche i bisogni che possono essere soddisfatti con capitali privati (articolo 21 comma 6 d. lgs. 50/2016).

Con riferimento al valore del contratto da inserire in programmazione, l'articolo 21 comma 6 del d. lgs. 50/2016 prevede che Il programma biennale contenga gli acquisti di beni e di servizi di importo unitario stimato pari o superiore a 40.000 euro. Tuttavia, il valore da considerare per valutare l'inserimento o meno nel programma non è il costo a carico dell'amministrazione ma il valore complessivo unitario della concessione, calcolato ai sensi dell'art 167 comma 4 del decreto legislativo 50/2016.

Anche se il nuovo codice ha reso la programmazione degli acquisti di beni e servizi triennale invece che biennale ed ha alzato il valore minimo degli acquisti da ricomprendere nella programmazione (cfr. art 37 co. 3 che richiama l'art. 50, co. 1 lett. b), le considerazioni sopra svolte con riguardo al d.lgs. 50/2016 possono essere riproposte nell'ambito dell'applicazione del d. lgs 36/2023 e del relativo allegato I.5.”

5

Il possesso dei requisiti di esecuzione ex art. 113 del D.Lgs n. 36/2023 rileva nella fase della stipulazione del contratto o nella fase di valutazione delle offerte?

La giurisprudenza prevalente ha precisato che la regolazione dei requisiti di esecuzione va rinvenuta nella *lex specialis*, con la conseguenza che, se richiesti come elementi essenziali dell'offerta o per l'attribuzione di un punteggio premiale, la loro mancanza al momento di partecipazione alla gara comporta, rispettivamente, l'esclusione del concorrente o la mancata attribuzione del punteggio; se richiesti come condizione per la stipulazione del contratto, la loro mancanza rileva al momento dell'aggiudicazione o al momento fissato dalla legge di gara per la relativa verifica e comporta la decadenza dall'aggiudicazione, per l'impossibilità di stipulare il contratto addebitabile all'aggiudicatario (*cf. Cons. Stato, sez. III, 19 ottobre 2023, n. 9255*).

6

Chi sono i soggetti obbligati a possedere la patente a punti o patente a crediti?

Dal 1 ottobre 2024 sussiste l'obbligo, per le aziende che operano nei cantieri temporanei e mobili di possedere una patente a crediti per la sicurezza sul lavoro (art. 29, comma 19 del D.L. 19/2024, convertito con Legge 56/2024). L'obbligo di possesso della patente riguarda non solo tutte le imprese edili, incluse quelle artigiane, ma anche tutte le aziende che operano in specifiche fasi lavorative all'interno dei cantieri.

Sono esentate da tale obbligo le aziende in possesso dell'attestato di qualificazione SOA in classifica pari o superiore alla III, come previsto dall'art. 100, comma 4, del Codice degli Appalti Pubblici, nonché coloro che effettuano mere forniture o prestazioni di natura intellettuale.

7

Quando la presenza di elementi economici nell'offerta tecnica può essere tollerata?

L'Autorità Nazionale Anticorruzione ha esaminato la questione nella Delibera n. 234 del 30/05/2023, in cui veniva contestata la mancata separazione tra offerta tecnica e offerta economica e della potenziale influenza che il dato economico assunto in fase di offerta tecnica possa esercitare sulla valutazione della commissione giudicatrice.

Nel parere succitato si legge che "il principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica non deve inteso in senso assoluto ma relativo, con riferimento al caso concreto, dovendosi verificare se l'anticipata conoscenza di un elemento dell'offerta economica già nell'ambito di quella tecnica abbia la capacità, anche solo potenziale, di influenzare la valutazione della commissione giudicatrice sulla preferenza da accordare all'una piuttosto che all'altra offerta. Ciò si traduce nella possibilità di ammettere che nell'offerta tecnica possano anche essere inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari allo scopo di rappresentare le soluzioni realizzative dell'opera o del servizio oggetto di gara, purché siano elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o i prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica."

8

Quali le conseguenze in caso di una quota di subappalto non utilizzata se il subappaltatore ha eseguito lavori per un importo inferiore a quello indicato nella richiesta di subappalto?

Il parere del MIMS N. 1032/2021 ha dato risposta ad un quesito relativo al caso di quota residua del subappalto, non utilizzata quando il subappaltatore abbia eseguito lavori per un importo inferiore a quello indicato nella richiesta di subappalto e nella relativa autorizzazione della Stazione Appaltante.

In particolare se l'importo restante potesse essere utilizzato sempre dall'appaltatore per altre richieste di subappalto e, se in alternativa fosse necessario inviare prima alla Stazione Appaltante la comunicazione di variazione in diminuzione dell'importo del subappalto entro i termini di scadenza del contratto di subappalto.

Alla luce della richiesta inoltrata il supporto giuridico ha chiarito che la quota residua potrà essere utilizzata dall'appaltatore per eseguire direttamente, oppure potrà essere sub affidata/ subappaltata. Ad ogni modo, la variazione dovrà essere comunicata alla Stazione Appaltante e, in caso di subappalto, essa dovrà essere autorizzata. Si precisa altresì che gli obblighi del subappaltatore rispetto a quanto previsto nel precedente codice sono rimasti immutati, di fatti l'art. 119 comma 2 prevede, all'ultimo periodo, l'obbligo di "comunicare alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del sub-contratto. È altresì fatto obbligo di acquisire autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato. È altresì fatto obbligo di acquisire autorizzazione integrativa qualora l'oggetto del subappalto subisca variazioni e l'importo dello stesso sia incrementato."

La Sentenza del TAR Milano sul requisito della distanza dalla sede della Stazione Appaltante: riflessioni sui limiti e le implicazioni dell'art. 108 d.lgs. 36/2023

IN
PIL
LOLE

La sentenza del T.A.R. Milano n. 2888 del 25 ottobre 2024 si propone di analizzare ed affrontare la questione della distinta applicazione dell'articolo 108 del Decreto Legislativo 36/2023 in materia di appalti pubblici, con un focus particolare sulla valutazione dei requisiti di distanza tra la sede dell'appaltatore e l'impianto di smaltimento dei rifiuti.

In particolare, la sentenza offre una riflessione sulla discrezionalità delle stazioni appaltanti nella determinazione dei criteri di aggiudicazione e sul rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza ed efficacia nell'ambito delle gare pubbliche.

Al centro del caso, infatti, vi è una questione relativa alla valutazione della "prossimità" di un impianto di smaltimento rispetto alla sede legale

della stazione appaltante, e al suo impatto sul concorso competitivo tra i concorrenti.

Analizzando in primis il contesto normativo il comma 4 dell'articolo 108 è uno dei dispositivi centrali in materia di criteri di aggiudicazione.

Esso stabilisce che i criteri devono essere:

- pertinenti rispetto alla natura e all'oggetto dell'appalto;
- oggettivi e coerenti con gli obiettivi pubblici del contratto;
- in grado di garantire un effettivo confronto concorrenziale su profili tecnici, economici e qualitativi;
- non discriminatori, cioè non favorenti un operatore rispetto a un altro in maniera ingiustificata.

Viene disposto quindi che la stazione appaltante individui criteri di aggiudicazione che siano proporzionati agli scopi del contratto, evitando che fattori non rilevanti per l'oggetto dell'appalto possano influenzare in modo significativo l'esito della gara.

La sentenza n. 2888 del TAR Milano riguarda un ricorso presentato da un operatore economico che aveva partecipato a una gara per l'affidamento di un appalto nel settore dello smaltimento dei rifiuti.

La stazione appaltante aveva deciso di utilizzare come criterio di aggiudicazione la vicinanza dell'impianto di smaltimento dei rifiuti alla propria sede legale. Questo criterio attribuiva un punteggio di 35 punti su 70 all'operatore che fosse in grado di garantire una distanza inferiore ai 30 km dalla sede legale della stazione appaltante.

Tale scelta si basava sulla convinzione che la vicinanza dell'impianto potesse determinare vantaggi operativi e ridurre i costi logistici, soprattutto per quanto riguarda il trasporto dei rifiuti.

Tuttavia, il ricorrente ha contestato questo sistema di valutazione, affermando che la distanza geografica non fosse un elemento tecnico rilevante ai fini dell'offerta e che, pertanto, favorisse indebitamente gli operatori locali.

Una delle questioni cruciali sollevate dal ricorso riguarda la violazione del principio di concorrenza effettiva. Il ricorrente ha sostenuto che il criterio di valutazione basato sulla distanza avrebbe escluso o limitato la partecipazione di operatori che, pur non avendo impianti di smaltimento nelle vicinanze, potessero offrire soluzioni tecnicamente più valide o più vantaggiose dal punto di vista economico.

Il TAR Milano ha condiviso questa argomentazione, affermando che il punteggio attribuito alla vicinanza dell'impianto non fosse giustificato da un'analisi tecnica che ne evidenziasse i benefici concreti per la qualità complessiva dell'offerta. In sostanza, il Tribunale

ha ritenuto che la distanza fosse un criterio non pertinente rispetto agli aspetti tecnici e qualitativi di un appalto per lo smaltimento dei rifiuti, dove invece dovrebbero prevalere elementi come la capacità tecnica dell'impianto, il rispetto delle normative ambientali e la qualità dei processi di trattamento dei rifiuti.

Il principio di concorrenza, secondo il TAR, deve garantire a tutti gli operatori la possibilità di partecipare alla gara senza che vengano introdotti fattori discriminatori che possano favorire indebitamente determinati concorrenti, in questo caso quelli localizzati nelle vicinanze.

Un altro elemento rilevante che il Tribunale ha sottolineato è il cosiddetto doppio vantaggio che gli operatori locali ottenevano grazie al sistema di valutazione adottato.

Da un lato, questi operatori erano favoriti dal punteggio tecnico attribuito dalla vicinanza geografica; dall'altro, la stazione appaltante si faceva carico dei costi di trasporto, riducendo ulteriormente l'onere economico per gli operatori locali.

Ciò significa che gli operatori nelle vicinanze non solo potevano proporre un'offerta economicamente più bassa grazie all'eliminazione dei costi di trasporto, ma ottenevano anche un punteggio tecnico maggiore, senza dover dimostrare alcuna superiorità in termini di qualità dell'impianto o efficienza operativa. Questo meccanismo ha quindi determinato una distorsione della concorrenza, poiché non premiava le offerte più vantaggiose sul piano tecnico o economico, ma esclusivamente la vicinanza geografica.

Il TAR Milano, dopo aver esaminato il caso, ha accolto il ricorso dell'operatore economico e annullato il provvedimento della stazione appaltante, dichiarando che il criterio di valutazione basato sulla distanza geografica fosse illegittimo.

In particolare, il Tribunale ha affermato che tale criterio violava l'art. 108, comma 4 del D.lgs. 36/2023, in quanto non rispetta i principi di proporzionalità e concorrenza effettiva.

Questa decisione ha rilevanti implicazioni per la giurisprudenza degli appalti pubblici in Italia, poiché riafferma che i criteri di valutazione devono essere:

- oggettivi e giustificabili in relazione all'oggetto dell'appalto;
- proporzionati rispetto agli obiettivi del contratto;
- trasparenti e in grado di garantire una concorrenza effettiva.

La sentenza evidenzia la necessità di evitare criteri di aggiudicazione che possano indebitamente favorire determinati operatori, specialmente se tali criteri non sono giustificati da una relazione diretta con la qualità dell'offerta o con gli obiettivi pubblici dell'appalto.

La sentenza n. 2888/2024 del TAR Milano rappresenta un importante punto di riferimento per l'evoluzione della giurisprudenza in materia di appalti pubblici, poiché ribadisce il ruolo fondamentale della concorrenza nel garantire l'equità e l'efficienza nei processi di affidamento.

L'articolo 108 del D.lgs. 36/2023 deve essere applicato in modo rigoroso, evitando che i criteri di valutazione possano compromettere la parità di trattamento tra gli operatori e favorire ingiustamente alcune imprese a discapito di altre.

Questa decisione invita anche le stazioni appaltanti a una maggiore attenzione nella formulazione dei criteri di aggiudicazione, affinché siano sempre adeguatamente giustificati e congruenti con le finalità dell'appalto.

Inoltre, potrebbe suggerire una riconsiderazione dei criteri di valutazione in altri settori degli appalti pubblici, in cui fattori apparentemente innocui, come la distanza o la localizzazione geografica, possano nascondere distorsioni della concorrenza.

In conclusione, la sentenza del TAR Milano costituisce una vittoria per i principi di trasparenza, concorrenza e equità nelle gare pubbliche e stabilisce un precedente significativo per l'interpretazione dell'articolo

108 del D.lgs. 36/2023, contribuendo a garantire che le stazioni appaltanti non superino i limiti della discrezionalità nella scelta dei criteri di aggiudicazione, tutelando così il corretto svolgimento delle gare pubbliche.

Il ricorso accolto dal TAR conferma l'importanza di adottare criteri di valutazione che, pur rispettando la discrezionalità amministrativa, siano sempre proporzionati, trasparenti e finalizzati alla realizzazione del miglior contratto possibile per la collettività.



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!